

**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA
ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ecem Ceylan AKÇAY**

**Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN

MAYIS 2021

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 140 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 01.04.2021 tarihinde aşağıda ismi yazılı danışmanım tarafından şahsıma iletilen Turnitin intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %20'tir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı Soyadı : Ecem Ceylan AKÇAY
Öğrenci Numarası : 187211004
Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Türü : () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN

ÖNSÖZ

Çocukların cinsel istismarı suçu, ülkemizde ve dünyada yaygın görülen suç tiplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle son yıllarda, cinsel istismar suçunda meydana gelen artış dikkat çekmektedir. Bu nedenle, çocuklar bakımından oldukça vahim sonuçlara sebep olan bu istismar çeşidinin kapsamlı ve sistematik bir şekilde incelenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Öncelikle tüm eğitim ve öğretim hayatım boyunca, başta annem Hülya AKÇAY ve babam Necati AKÇAY olmak üzere bana yol gösteren ve bugünlere gelmemde katkısı olan tüm değerli öğretmenlerime,

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde, benden yardımlarını ve desteklerini esirgemeyen değerli hocam Bayram YILDIRIM'a, abim Aydoğan Çağlar AKÇAY'a, sevgili arkadaşlarım Ece KIZILTUĞ, Elif Hazal USTA, Ersin USTA ve Kemal Can KÖK'e ve tez danışmanın değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN'a, sonsuz teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Ecem Ceylan AKÇAY

İÇİNDEKİLER

BEYAN BELGESİ	i
ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARA GENEL BİR BAKIŞ	4
I. Kavramsal Çerçeve	4
A. Çocuk Kavramı	4
B. Çocuk İstismarı Kavramı	6
C. Çocuk İstismarının Türleri	7
1. Fiziksel İstismar	7
2. Duygusal-Psikososyal İstismar	9
3. Çocuk İhmali	10
4. Cinsel İstismar	10
II. Cinsel İstismara Genel Bakış	12
A. Cinsel İstismarda Risk Faktörleri	12
B. Cinsel İstismar Faillerinin Özellikleri ve Sınıflandırılması	12
C. Cinsel İstismarın Mağdur Üzerindeki Etkileri	16
D. Cinsel İstismarın Açığa Çıkarılması	18
E. Cinsel İstismarın Önlenmesi	19
F. Cinsel İstismarın Benzer Kavramlardan Farkı	20
1. Cinsel Sömürü	21
a. Çocuk Seks Ticareti	22
b. Çocuk Fuhuşu	24
c. Çocuk Pornografisi	26
d. Çocuk Evlilikleri	29
2. Encest	31
İKİNCİ BÖLÜM	36
TARİHÇE, CİNSEL İSTİSMARIN ULUSLAR ARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ	36
I. Tarihçe.....	36
II. Cinsel İstismarın Uluslararası Belgelerde Düzenlenişi.....	42
A. Genel Olarak	42
B. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi	43
C. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi	43

D.	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi	44
E.	Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi.....	45
III.	Cinsel İstismarın Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi	46
A.	Genel Olarak	46
B.	Alman Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	47
C.	Fransız Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	48
D.	İtalyan Ceza Kanunu'nda Çocukları Cinsel İstismarı Suçu	49
E.	İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu'nda (2003) Çocukların Cinsel İstismarı Suçu.....	50
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	52
	5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU'NUN DÜZENLENİŞİ	52
I.	Genel Olarak.....	52
II.	Cinsel İstismarın Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenişi	55
III.	Korunan Hukuksal Yarar	60
IV.	Suçun Maddi Unsuru	61
A.	Konu ve Mağdur.....	61
B.	Fail.....	66
C.	Fiil	69
1.	Cinsel İstismar.....	69
2.	Sarkıntılık.....	74
V.	Suçun Nitelikli Halleri	77
A.	Cinsel İstismarın Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi	77
B.	Suçun Birden Fazla Kişiyle Birlikte İşlenmesi	83
C.	Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	86
D.	Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımları, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi	86
E.	Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi	88
F.	Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	92
G.	Cinsel İstismarın Birinci Fıkranın (a) Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle ya da (b) Bendindeki Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi.....	94
VI.	Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri.....	96
A.	Suçun Sonucunda Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması	96
B.	Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi	97
VII.	Suçun Manevi Unsuru	99
VIII.	Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	103
IX.	Kusurluluk	105
X.	Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	109
A.	Teşebbüs.....	109
B.	İştirak.....	115

C. İçtima.....	116
XI. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	120
XII. Yaptırım ve İnfaz Usulü	123
SONUÇ	128
KAYNAKÇA	132
ÖZGEÇMİŞ	141



KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM : Anayasa Mahkemesi
bkz : Bakınız
BM : Birleşmiş Milletler
C : Cilt
CD : Ceza Dairesi
CGK : Ceza Genel Kurulu
CGTİHK : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD : Ceza Hukuk Dergisi
CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu
CUMK : Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu
ÇHS : Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK : Çocuk Koruma Kanunu
DSM-IV-TR: Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı
E : Esas
E.T: Erişim Tarihi
ECPAT: End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes
f : Fıkra
JAREN: Journal of Academic Research in Nursing (Hemşirelik Akademik Araştırma Dergisi)
K : Karar
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
md : Madde
NCCAN : National Center on Child Abuse and Neglect (Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmali Merkezi)
RG : Resmi Gazete
S : Sayı
s : sayfa
ss: sayfalar
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TCK : Türk Ceza Kanunu
TDK : Türk Dil Kurumu
TMK : Türk Medeni Kanunu
UNİCEF: United Nations International Children's Emergency Fund (Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu)
vb : ve benzeri
vd : ve devamı
vs : vesaire
WHO : World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)

Y : Yıl
Yar : Yargıtay
YGCK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy: yüzyıl



ÖZET

Tezin Başlığı: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	
Tezin Yazarı: Ecem Ceylan AKÇAY	Danışman: Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN
Kabul Tarihi: 15.06.2021	Sayfa Sayısı: ix (ön kısım) + 140 (tez)
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku	Bilim Dalı: Kamu Hukuku
Tüm dünyada ve ülkemizde yaygın olarak görülen cinsel istismar; hukuk, tıp, psikoloji sosyoloji, antropoloji gibi pek çok disiplini ilgilendiren kapsamlı ve karmaşık bir toplumsal sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, çocuklar bakımından ağır psikolojik travmalara, çeşitli fiziksel hastalıklara hatta ölüme bile sebep olabilecek derecede ağır sonuçları olan cinsel istismarla mücadele etmek adına, ülkeler tarafından bu tür fiillerin ulusal mevzuatlarda suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Türk hukukunda da cinsel istismar niteliğindeki fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Kişiler Karşı Suçlar” bölümünde, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altındaki 103. Maddesinde, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” adı altında düzenlenmiştir. Bu çalışma, cinsel istismara ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan bu düzenleme çerçevesinde hazırlanmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde, cinsel istismarın kavramsal analizi yapıldıktan sonra cinsel istismar olgusu, tüm boyutlarıyla kapsamlı biçimde incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, cinsel istismarın tarihçesi ile cinsel istismara ilişkin uluslar arası alanda ve mukayeseli hukukta yapılan düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesindeki Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’na ilişkin hükümler, günümüze kadarki süreç içerisinde maddede yapılan değişikliklerle birlikte ele alınmıştır. Ayrıca, bu suça ilişkin uygulamada çıkan mevcut problemler, düzenlemedeki noksanlıklar ve tartışma yaratan hususlar, doktrindeki görüşler ve Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ışığında aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte bu bölümde, cinsel istismar niteliğindeki fiillere ilişkin mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemelere de yer verilmiştir.	
Anahtar Kelimeler: Çocuk, istismar, cinsel istismar, cinsel suçlar, cinsel davranış.	

ABSTRACT

Thesis Title: The crime of child sexual abuse in 5237 numbered Turkish Penal Code	
Thesis Author: Ecem Ceylan AKÇAY Advisor: Dr. İsmail DURSUN	
Date of Acceptance: 15.06.2021	Total Number of Pages: ix (pre text) + 140 (main body)
Department: Public Law	Field of Study: Public Law
Sexual abuse that is seen commonly worldwide and in our country is apparent as a cohesive and complex problem concerning many disciplines such as law, medicine, psychology, sociology, antropology etc. On this aspect, in order to fight against sexual abuse which result in serious psychological traumas, various physical diseases and even death of children, these actions are categorized as crimes in national laws by countries. In Turkish law, actions seen as sexual abuse are dealt under the name of “Sexual Abuse of Children” on article 103, “Crimes Against Sexual Privilege”, of 5237 numbered Turkish Penal Code’s section of “Crimes Against Individuals”. On the first part of the study, the notion of sexual abuse is analyzed thoroughly with every aspect after conceptual analysis of sexual abuse is made. On the second part of the study, chronology of sexual abuse and regulations on international and comparative law are covered. On the third and last part of the study, decrees of “Sexual Abuse of Children” on article 103 of 5237 numbered Turkish Penal Code, along with changes made on this article, are discussed. Furthermore; problems on executing this law, defaults on the decree and points that cause arguments are tried to be clarified. In addition, on this part, decrees on former 765 numbered Turkish Penal Code regarding actions seen as sexual abuse are mentioned.	
Keywords: Child, abuse, sexual abuse, sexual crimes, sexual behaviour.	

GİRİŞ

Çocukların gelişim süreçlerine olumsuz etkilerde bulunan davranışlar bütünü olarak ifade edilen çocuk istismarı, önemli bir sosyolojik problem olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Çocuk istismarına insanlık tarihi boyunca her kültürde rastlanılmaktadır. Özellikle toplumdaki ataerkil zihniyet, katı inanç sistemi, düşük sosyo-ekonomik sınıf, kültürel yapı, eğitim seviyesi ve ahlak anlayışı gibi etkenler çocuk istismarına yol açan toplumsal risk faktörleri arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte, toplumların belirlediği ve üyesi olan bireyleri uymaya zorladığı bazı kurallar ya da normlar, evrensel kültür veya etik kurallar açısından kabul görmeyen ve çocukların psiko-sosyal gelişimleriyle sağlıklı büyümelerini olumsuz yönde etkileyen birçok hususu içerebilmektedir.²

Fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar ve çocuk ihmal olmak üzere dört grup halinde ele alınan çocuk istismarı türleri arasında en yaygın görülen ve aynı zamanda karmaşık yapısı itibarıyla açığa çıkması en zor istismar çeşidi cinsel istismardır. Cinsel istismar, kişilik gelişimleri tam anlamıyla gerçekleşmemiş olan çocukların, yetişkinlerce cinsel doyuma ulaşma aracı olarak kullanılması olarak tanımlanmaktadır.³ Cinsel istismarın en ağır görünümünü de çocuğun güvendiği birinci derece yakını olan aile üyeleri tarafından istismar edildiği durumlar oluşturmaktadır.⁴ Cinsel istismar, genellikle çocuğa yakın olan yetişkin kişiler tarafından gerçekleştirildiği için uzun yıllar sürmekte ve çocukta onarılması güç yıkımlara sebebiyet vermektedir.⁵ Bu bakımdan cinsel istismar, böyle bir olayın vehametini anlayamayacak durumda olup aynı zamanda eyleme karşı koyabilecek fiziksel ve mental gelişimi tamamlamamış çocuğa karşı yapılan zarar verici bir saldırı olarak ifade edilmektedir.⁶ Gerçekten de cinsel istismarın çocuk üzerindeki etkileri incelendiğinde, cinsel istismar mağduru çocuklarda; vajen ya da makatta kanama, idrar zorluğu, bulaşıcı hastalıklar, tekrarlayan idrar yolu iltihabı gibi çeşitli fiziksel sorunların yanında anksiyete bozukluğu, depresif bozukluk, travma sonrası stres bozukluğu, madde bağımlılığı, intihara yönelim, cinsel aktivite bozukluğu, çeşitli kişilik bozuklukları gibi farklı psikolojik sorunların meydana geldiği gözlemlenmiştir.

Çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar, tüm toplumlarda yaygın görülen bir şiddet türü olmasına rağmen toplumlar tarafından cinselliğin sosyal bir tabu olarak görülmesi nedeniyle bu vakalar çoğunlukla gün yüzüne çıkarılmamaktadır. Yapılan araştırmalar neticesinde, cinsel istismara maruz kalan çocuklarda; utanç, suçluluk, güçsüzlük, lekelenmişlik, terk edilme korkusu gibi duyguların meydana geldiği ve bu nedenle de çocuk tarafından cinsel istismar olgusunun saklandığı tespit edilmiştir. Bu bakımdan cinsel istismar, genellikle eylem nedeniyle çocuğun saklanamayacak ölçüde

¹ Kara, Bülent/Biçer, Ümit/Gökalp, Ayşe Sevim, Çocuk İstismarı, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y:2004, C:47, S:2, s.140.

² İnci, Yusuf, Çocukların Cinsel Suistimali ve İstismarının Sosyokültürel ve Ekonomik Boyutları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2010, s.59.

³ Kara ve diğerleri, s.143.

⁴Karataş, Zeki, Çocukların Cinsel İstismardan Korunmasında Çocuk Adalet Sisteminin Önleyici Fonksiyonu, Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi, Y:2018, C:2, S:2, s.133.

⁵ Karataş, s.132.

⁶Ziyalar, Neylan, Çocukların Cinsel İstismardan Korunması Bir Eğitim Modeli Önerisi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 1998, s.1.

fiziksel zarar uğradığı durumlarda, sağlık profesyonelleri tarafından tanınmasıyla ortaya çıkmaktadır.⁷

Tarihsel süreç içerisinde, toplumlar tarafından kabul görülmeyen bazı fiiller, suç olarak görülerek çeşitli şekillerde yaptırımlara tabi kılınmıştır. Bu kapsamda, bireylerin cinsel bütünlüklerini ihlal eden fiiller de her toplumda farklı biçimlerde düzenlenmiş ve cezalandırılmış olsa da suç tipleri arasında yer alabilmiştir.⁸ Cinsel suçlar, cinselliğin bir edep ve ahlak töresi olarak görüldüğü eski dönemlerde, genel adap ve aile düzenini bozduğu gerekçesiyle kamuya karşı işlenen suçlar olarak kabul edilmekteyken, cinselliğin bir özgürlük olarak görülmeye başlamasıyla kişilerin cinsel dokunulmazlıklarına karşı suçlar olarak düzenlenmeye başlamıştır.

Uzun yıllar boyunca toplumlarca benimsenen çocukların; yetişkinlerin ve devletlerin mülkiyetine tabi olduğu düşüncesinin terk edilmesiyle çocukların da hak sahibi birer birey oldukları anlayışı kabul görmeye başlamıştır. Böylece çocuk haklarının ortaya çıkmasıyla çocukların cinsel dokunulmazlıklarının da korunması düşüncesi işlerlik kazanmış ve bu alana ilişkin gerek uluslar arası alanda gerekse ulusal mevzuatlarda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

Türk Hukuku'nda da çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunması amacıyla, çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar niteliğindeki fiiller, suç olarak öngörülmüştür. Bu çerçevede, cinsel istismar fiilleri; mülga 765 sayılı TCK döneminde, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bölümünde "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler" başlığı altında cezalandırılmaktayken, halen yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da "Kişilere Karşı Suçlar" bölümünde, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altındaki 103. maddede yer verilen "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu" kapsamında cezalandırılmaktadır.

Çocukların cinsel istismara maruz kalmaları, toplumumuz açısından yeni bir olgu değildir. Ancak, son zamanlarda cinsel suçlara ilişkin vakalar, sosyal medya ve diğer kitle iletişim araçlarının etkinlik kazanmasıyla daha kolay şekilde gün yüzüne çıkmaktadır.⁹ Bununla birlikte, cinsel istismarın açığa çıkarılması ve önlenmesi açısından sistematik ve disiplinli bir çalışma yapılması büyük önem taşımaktadır. Bu amaçla yapılacak bilinçlendirme ve farkındalık çalışmaları; çocukların, ailelerin, sağlık ve eğitim çalışanlarının cinsel istismara karşı duyarlılığını artıracaktır.¹⁰

Bu çalışmanın ilk bölümünde; öncelikle çocuk ve istismar kavramları ele alındıktan sonra cinsel istismara ilişkin risk faktörleri, fail ve mağdur profilleri, cinsel istismarın mağdur üzerindeki etkileri ile açığa çıkarılması ve önlenmesi hususları açıklanmış ve nihayet cinsel istismarın, cinsel sömürü ile ensest kavramlarından farkları ortaya koyulmuştur.

⁷ Keskin, Gülseren/Çam, Olcay, Çocuk Cinsel İstismarına Psikodinamik Bakış Açısı ve Hemşirelik Yaklaşımı, Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi, Y:2005, C:21, S:2, s.193.

⁸ Nişancı, Doğan, 6545 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2015, S:120, s.210.

⁹ Aygül, Hasan Hüseyin/Şensoy, Alara Fulya, Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:2018, C:17, S: 2, s.534.

¹⁰ Karataş, s.136.

Çalışmanın ikinci bölümünde; cinsel istismarın, tarihsel sürecinden bahsedildikten sonra cinsel istismara ilişkin uluslararası alanda ve mukayeseli hukukta yer alan düzenlemelere değinilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesi, 6545 sayılı Kanun ve 6763 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle birlikte ele alınarak, doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları ışığında incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, cinsel istismar fiillerine ilişkin mülga 765 sayılı TCK'daki hükümlere de değinilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARA GENEL BİR BAKIŞ

I. Kavramsal Çerçeve

A. Çocuk Kavramı

Çocuk kavramı, geçmişten günümüze kadarki süreç içerisinde toplumların kültür, inanç, etnik köken, ekonomik yapıları gibi sosyolojik özelliklerine göre değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bu bakımdan çocuk kavramı, toplumsal yapıyı oluşturan ve toplumdan topluma değişkenlik arz eden bu faktörlere bağlı olarak farklılaşmakta ve bu nedenle herkesin üzerinde uzlaştığı bir tanım belirlemek mümkün olmamaktadır.¹¹ Türkçede çocuk, TDK tarafından “*küçük yaştaki erkek veya kız; soy bakımından oğul veya kız, evlat; bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız, uşak*”¹² şekilde tanımlanmıştır. Toplumların yanında birçok bilim ve disiplinler de çocuk kavramını ve çocukluk dönemini kendi alanları çerçevesinde farklı şekillerde ele almıştır. Psikolojide çocukluk, bireyin gelişimine ve olgunlaşmasına bağlı olarak dört döneme ayrılarak incelenmektedir. Bunlar; oral (0-2 yaş), ilk çocukluk (2-6 yaş), orta çocukluk (6-12 yaş) ve ergenlik (12-18 yaş) dönemleri olarak sınıflandırılmıştır. Psikologlar, bireyin çocukluk evresinden ergenliğe geçmesinden önce kısa bir geçiş dönemi kabul etmekte ve bu dönemi “erinlik” olarak nitelendirmektedir. İşte bu erinlik dönemine ulaşılmasıyla çocukluk evresinin sona erdiği ifade edilmektedir.¹³ Tıpta da çocukluk dönemi, bireyin bedensel ve ruhsal gelişimi baz alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamdaki çalışmalarda, bazı yaş kategorilerindeki çocuklarda benzer davranış modellerinin bulunduğu saptanmıştır.¹⁴ Buna bağlı olarak da çocuğun gelişimi; süt çocukluğu (0-12 aylar), özerklik dönemi (12-36 aylar), oyun dönemi (3-6 yaş), ilkökul dönemi (6-11 yaş)¹⁵ ve çocuklukla erişkinlik arasındaki gençlik dönemi (adolescence çağı, 12-21 yaş)¹⁶ olarak sınıflandırılmıştır.

Hukukta ise çocukluk evresi, yaş kriterine bağlı olarak şekillendirilmeye çalışılmıştır.¹⁷ Bu bağlamda, Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁸ md. 1’de; 18 yaşından küçük herkes çocuk olarak kabul edilmekle beraber ulusal mevzuatlara göre 18 yaşından önce ergin kılınan kişiler, bu kapsamın dışında tutulmuştur.

¹¹ Memiş Kartal, Pınar, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.6.

¹² <http://www.tdk.gov.tr>, E.T: 01.05.2020.

¹³ Yıldız, Yakup, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2012, s. 3.

¹⁴ Yörükoğlu, Atalay, Çocuk Ruh Sağlığı, 4. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1982, s. 15.

¹⁵ Yörükoğlu, s.17.

¹⁶ Yörükoğlu, s. 277.

¹⁷ Memiş Kartal, s. 6.

¹⁸ Anılan Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, sözleşmeyi 14.09.1990 tarihinde ihtirazi kayıtla imzalamış ve sözleşme, 27.01.1995 gün ve 22184 S. Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi¹⁹ md. 3/a'da da 18 yaşın altındaki kişilerin çocuk olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Türk Hukuku'nda çocuk kavramı, farklı kanunlarda yer alan hükümlerle nitelendirilmeye çalışılmıştır. 1982 tarihli Anayasa'nın 41. maddesiyle çocuklara birtakım haklar tanınmış, devlete de çocukların korunması bir ödev olarak yükletilmiştir. Ancak anılan hükümde çocuk tanımına yer verilmemiştir. Bunun dışında Anayasa'nın 67. maddesinde seçme ve halkoylamasına katılma hakkına, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının sahip olacağı belirtilmiştir. Yine benzer şekilde Anayasa'nın siyasi partilerle ilgili düzenlemeleri içeren 68. maddesinde de parti üyesi olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olma şartı getirilmiştir. Anayasanın bu hükümleri, Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinde²⁰ tanımlanan erginlik yaşıyla paralellik arz etmektedir. Bu bakımdan, anılan düzenlemeler çerçevesinde, 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk statüsünde olacağı sonucuna varılmaktadır. Bunun dışında, TMK md. 282'de yer alan hükümde çocuk kavramı, soy bağı kavramıyla ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmış, buna göre soy bağının çocuğun ebeveynleriyle olan hukuki bağlantısını ifade ettiği belirtilmiştir.²¹ Dolayısıyla ebeveynleriyle soy bağı ile bağlanmış kişi kanunen çocuk olarak kabul edilmektedir.²²

TCK'da çocuk, md.6/b'de; 18 yaşını doldurmamış kişiler olarak açıklanmıştır. Madde gerekçesinde bu tanımın, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki hükümler göz önüne alınarak yapıldığı ifade edilmiştir. Ancak, anılan sözleşmede 18 yaşını doldurmamış olmakla birlikte kanunen reşit kılınan kişilerin, çocuk kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Buna karşın, Türk hukukunda da mahkeme kararıyla veya evlenme yoluyla erken yaşta ergin kılınma durumları mevcut olmasına rağmen TCK kapsamında ergin kılınan küçükler çocuk tanımı dışında tutulmamıştır. Bu bakımdan, 18 yaşından küçük olmakla birlikte evlenme yoluyla ergin kılınan kişiye karşı rıza dışı yapılan cinsel içerikli davranışların, cinsel saldırı mı yoksa cinsel istismar mı olarak nitelendirileceği buna bağlı olarak da bu eylemlere, TCK md. 102'de düzenlenen ve yetişkinlere karşı yapılan cinsel davranışlara tatbik edilen hükümlerin mi yoksa çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışları suç olarak düzenleyen TCK md. 103'teki hükümlerin mi uygulanacağı doktrinde tartışma konusu olmaktadır. Bu konuya ilişkin tartışmalar, çalışmanın 3. bölümünde ele alınacaktır.

5237 sayılı TCK'da çocuk kavramı, ayrıca TCK md. 31'de çocuk faillerin cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemede ele alınmış ve suça sürüklenen çocuklar bakımından 0-12, 12-15 ve 15-18 olmak üzere 3 farklı yaş kategorisi öngörülmüştür. Ancak, mağdur çocuklar yönünden bu tarzda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanunun özel hükümler kısmında, çocuğa karşı işlenen fiillerin bazen ayrı bir suç bazen de

¹⁹ Sözleşme, 25.10.2007 tarihinde, İspanya'nın Lanzarote Adasında imzaya açılmıştır. Türkiye, sözleşmeyi 07.12.2011 tarihinde onaylamış ve sözleşme, 01.04.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁰ TMK md. 11: "Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar."

²¹ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 327.

²² Yenerer Çakmut, Özlem, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukuku'nda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta Yayıncılık, 2008, s.30.

yetişkinlere karşı işlenen suçların cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri olarak düzenlendiği görülmektedir.²³

TCK md.6'daki tanıma paralel bir hüküm, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu md.3'te de yer almaktadır. Ayrıca bu kanun, çocuk kavramını korunma ihtiyacı olan çocuk ve suça sürüklenen çocuk²⁴ şeklinde ikiye ayırarak ele almıştır.

B. Çocuk İstismarı Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan istismar, “sömürme, kötüye kullanma, yararlanma, işletme”²⁵ şeklinde açıklanmaktadır. Çocuk istismarı ise genel olarak çocuğun gelişim sürecini kötü anlamda etkileyen davranışlar bütünü şeklinde tanımlanabilir.²⁶ Bu kavram, ilk kez 1700'lü yıllarda bir avukatın, çocuklara karşı işlenmiş suçlara ilişkin sayısal verileri ortaya koymak amacıyla yaptığı çalışmayla dikkat çekmeye başlamıştır.²⁷ Çocuk istismarının, sistematik olarak ele alınmasından önce ünlü yazarlar Victor Hugo ve Charles Dickens'ın romanlarında, çocuk istismarına yer verildiği görülmektedir. 1860 yılında Tardieu, Paris Tıp Akademisi'nde yaptığı çalışmada dövülerek öldürülmüş 32 çocuğa yaptığı otopsilerden elde ettiği bulgulardan yola çıkarak cinsel ve fiziksel yönden istismar kavramlarını tanımlamıştır.²⁸ 1946 yılında ise pediatrik radyolog John Caffey, muayene ettiği hastalarında tespit ettiği kırılmış kemikler ile beyin kanaması bulgularını çocuk istismarıyla ilişkilendirmiştir.²⁹ Caffey, böyle bir kanıya çocuklardaki bu nedeni belirlenememiş travmalardan anne ve babaların sorumlu olduğunu düşünerek varmıştır.³⁰ Bu duruma, Caffey sendromu adı verilmiştir.³¹ Caffey'den sonra 1961 yılında Kempe, anne ve baba veya evlat edinen kişiler tarafından fiziksel istismara maruz bırakılan çocukları “hırpalanmış çocuk” (battered child) olarak tanımlayarak “hırpalanmış çocuk sendromu”nu geliştirmiştir.³² Böylelikle Kempe tarafından çocuk istismarı, 18 yaşından küçük çocuklara karşı yapılan ve çocukların fizyolojik, psikolojik, sosyolojik ve cinsel gelişimlerini bozan her türlü eylem olarak tanımlanmıştır.³³

²³ Memiş Kartal, s.10; Örneğin; kanunda çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlar (TCK md.103 ve TCK md.104) yetişkinlere yönelik yapılan cinsel davranışlardan (TCK md.102) ayrı olarak düzenlenmişken çocuklara karşı yapılan cinsel taciz niteliğindeki eylemler, TCK md.105'te yer alan cinsel taciz suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hali olarak öngörülmüştür.

²⁴ ÇKK md. 3/1-a: Korunma ihtiyacı olan çocuk; “bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu”, suça sürüklenen çocuk; “kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu” ifade eder.

²⁵ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Yorum Yayıncılık, Ankara 1982, s. 239; TDK, Türkçe Sözlük, 6. Baskı, Bilgi Basımevi, Ankara 1974, s.421.

²⁶ Kara ve diğerleri, s.140.

²⁷ Acehan, Selen/Bilen, Ayşegül/Ay, Mehmet Oğuzhan/Gülen, Müge/Avcı, Akkan/İçme, Ferhat; Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Y:2013, C:22, S:4, s.593.

²⁸ Acehan ve diğerleri, s.593.

²⁹ Kara ve diğerleri, s.141.

³⁰ Sokullu Akıncı, Füsün, İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları ve Hukuksal Korunmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:2013, C:19, S:2, s.6.

³¹ Acehan ve diğerleri, s.593.

³² Sokullu Akıncı, İstismar Mağduru Çocukların..., s.6.

³³ Yiğit, Rana, Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, Y:2005, C:8, S:3, s.90.

Çocuk istismarı olarak kabul edilecek davranışların, toplumların sosyolojik özelliklerine göre farklılık göstermesi, kavramın kültürel açıdan da ele alınması gerekliliğini gündeme getirmiştir.³⁴ 1975 yılında, çocuk istismarı tanımına kültür faktörü de eklenerek anne ve babanın, çocuk yetiştirmedeki kültürel standartlara uygun olmayan ve çocuğa zarar veren eylemleri, cinsel istismar olarak değerlendirilmiştir.³⁵ 1980 yılında ise Garbarino ve Gilliam; çocuğa zarar veren, toplum kurallarına aykırı olan ve uzman kişilerce tespit edilen eylemlerin çocuk istismarı olarak nitelendirilebileceğini belirterek kavramın boyutunu genişletmiştir.³⁶ Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ise çocuk istismarını, “*çocukların sağlığını, sağ kalımını, gelişimlerini ya da ilişkilerindeki güven duygusunu olumsuz olarak etkileyen fiziksel, duygusal, cinsel istismar, ihmal ve diğer sömürü türleriyle sonuçlanan kötü davranışlar*” olarak tanımlamıştır.³⁷ WHO’ya göre istismar olarak kabul edilen eylemlerin, çocuk tarafından bu şekilde algılanmaması veya yetişkinler tarafından istismar niteliğinde görülmemesi yahut kasıtlı olarak yapılmaması hallerinde de istismar olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.³⁸

C. Çocuk İstismarının Türleri

Çocuk istismarı; fiziksel istismar, duygusal-psikososyal istismar, çocuk ihmali ve cinsel istismar olmak üzere 4 gruba ayrılarak incelenmektedir. Çocuk istismarı, bu istismar türlerinden birinin çocuğa tatbiki şeklinde gerçekleşebileceği gibi birden fazla istismar çeşidinin birlikte uygulanmasıyla da kendini gösterebilir. Bu bakımdan, özellikle çocuğun fiziksel veya cinsel yönden istismarında, yapılan eylemin ayrıca çocuğun duygusal açıdan istismarına da yol açtığı görülmektedir.³⁹

1. Fiziksel İstismar

Çocuğun, ebeveynleri ya da bakımıyla sorumlu kişilerce “kaza dışı” yaralanması ya da çocuğun bu kişilerce yeterince gözetilmemesi sonucu zarar görmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ WHO’nun yaptığı tanımlamada, çocuğun sağlıklı bir yaşam sürmesine, gelişimine ya da onura yönelik gerçekleştirilen ve çocuğu fiziksel açıdan zarara uğratan ya da uğratabilecek vasıftaki kasti eylemler, fiziksel istismar olarak kabul edilmiştir.⁴¹ Fiziksel istismar, çocuk istismarı türleri içerisinde en çok görülen ve en kolay tanımlanan istismar türüdür.⁴² Eski çağlardan beri çocukların aileleri tarafından fiziksel istismara maruz kaldığı bilinmektedir. Antik Çağ’da, kusurlu doğan bebeklerin

³⁴ Ziyalar, s.6.

³⁵ Ziyalar, s.6.

³⁶ Can, Muhammet/Tırtıl, Lale/Dokgöz, Halis, Çocuk İstismarı Olgularında Hekim Sorumluluğu, Klinik Gelişim, Y:2009, C:22, Adli Tıp Özel S., s.89.

³⁷ <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>, E.T: 21.03.2021.

³⁸ Aksoy,ERCÜMENT/ÇETİN, Gürsel/İnanıcı, Mehmet Akif/Polat, Oğuz/Sözen, M. Şevki/Yavuz, Fatih, Çocuk İstismarı ve İhlali, <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html>, E.T:09.05.2020.

³⁹ Dedeler, Meryem/Öpöz, Tuğçe/Öztürk, Cansu, Çocukluk Çağı Cinsel İstismarına Yönelik Tedavi ve Önleme Yaklaşımları: Bir Gözden Geçirme, AYNA Klinik Psikoloji Dergisi, Y:2016, C:3, S:1, s.3.

⁴⁰ Kara ve diğerleri, s.142.

⁴¹ Çocuklara Kötü Muamelenin Önlenmesi: Bu Konuda Harekete Geçilmesine ve Kanıt Toplanmasına Yönelik Bir Kılavuz, Dünya Sağlık Örgütü, 2006, s.10.

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43499/9241594365_tur.pdf?sequenc, E.T: 08.03.2021.

⁴² Yağmur, Fatih, Çocuk İstismarı ve İhmali, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Eylül 2008, S:12, s.72.

öldürülmesi savunulduğu gibi Orta Çağ Avrupası'nda, öğretmenlerin çocukları dövdüğü bilinmektedir.⁴³

Çocuğun fiziksel istismarı olarak kabul edilebilecek davranışlar, kültürel farklılıklar nedeniyle toplumdan topluma göre farklılaşmaktadır. Özellikle, Batı toplumlarıyla Doğu ve Uzak Doğu toplumları arasındaki farklılıklar dikkat çekmektedir. Bu bakımdan örneğin, Batı toplumlarında çocuklar bağımsız birer birey olarak görülmekteyken, Uzak Doğu toplumlarında çocukların disiplinli bir şekilde yetiştirilmesini ve çocuğun aileye karşı itaatkâr bir birey olmasını sağlamak amacıyla azarlama, dövme, cezalandırma gibi eylemlere başvurulması olağan karşılanmakta ve bu tür eylemler fiziksel istismar niteliğinde görülmemektedir.⁴⁴

Yapılan araştırmalarda, fiziksel istismara zemin hazırlayan bir takım çevresel faktörlerin de var olduğu gözlemlenmiştir. Bu bakımdan, özellikle ekonomik sıkıntıların neden olduğu işsizlik, fakirlik, sürekli göç etme, çevreye uyum sağlayamama gibi durumlar ve bunlara bağlı gelişen stres, istismara neden olabilmektedir.⁴⁵

Çocuğun fiziksel yönden istismarı; dövme, yakma, zehirlenme, zorla su içirme, boğma gibi farklı şekilde görülebilmektedir. Çocuğun vücudunda oluşan lezyonlar, istismarın tespitinde yol gösterici olmaktadır. Ekimoz, hematom, yanıklar, sıyrıklar gibi ciltte oluşan lezyonlar fiziksel istismara uğrayan çocuklarda yaygın olarak görülmektedir.⁴⁶ Özellikle, çocuğun vücudunun travmaya maruz kalabileceği baş, kulak, genital bölge, karın, diz, dirsek, sırt, kalça gibi bölgelerinde ekimozlara rastlanması fiziksel istismar tanısı açısından büyük önem arz etmektedir.⁴⁷ Bunun dışında, fiziksel istismara uğrayan çocuklarda, psikolojik bulguların da mevcut olduğu saptanmıştır. Özellikle istismara uğrayan çocuklarda, yetişkin kişilerle veya aile bireyleriyle fiziksel temastan kaçınma, kendine veya etrafına zarar verme eğiliminde olma, saldırgan ve içe kapanık davranış sergileme, suç işlemeye yönelme, öğrenmede ve dil gelişiminde problem yaşama⁴⁸, sosyal ilişkilerden çekinme, karanlıktan korkma, huzursuzluk, insanlara karşı güven kaybı⁴⁹ gibi davranışsal bulgulara rastlanmıştır. Bununla birlikte, çocuklarda görülen bu tür davranışların, her zaman istismara bağlı olarak ortaya çıkacağını söylemek mümkün değildir. Ancak, bu tarz vakalarda istismar ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵⁰

Fiziksel istismar türlerinden sallanmış veya sarsılmış bebek sendromu, 5 yaşa kadarki çocuklarda görülebilen ancak yaygın olarak 2 yaşından küçük çocukların maruz kaldığı kafa travması şeklinde oluşan ve ağır neticelere yol açan istismar çeşididir.⁵¹ Bu sendrom genellikle bebeğin, annesini yememesi veya sürekli ağlaması sebebiyle kızan anne ve babaları veya bakıcıları tarafından şiddetli biçimde sallandığında, beynin kafatası içerisinde

⁴³ Can ve diğerleri, s.89.

⁴⁴ İnci, s.72.

⁴⁵ İnci, s.73.

⁴⁶ Can ve diğerleri, s.90.

⁴⁷ Yağmur, s. 72.

⁴⁸ Can ve diğerleri, s.90.

⁴⁹ Dedeler ve diğerleri, s.3.

⁵⁰ Can ve diğerleri, s.90.

⁵¹ Kara ve diğerleri, s. 142; Acehan ve diğerleri, s.595; Yağmur, s.72.

hareket etmesi sonucu bebekte oluşan subdural hematom, beyin kanamaları, retinal kanamalar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu vakalarda solunum güçlüğü, bilinç kaybı gibi bulgulara sıkça rastlanılmaktadır.⁵²

Fiziksel istismarın trajik bir diğer türü de Munchausen by Proxy (Polle) Sendromu'dur. Munchausen Sendromu, ilk kez 1951 yılında Asher ve arkadaşları tarafından hasta olmadığı halde hastalık hikâyesi uydurarak doktor muayenehanesine veya acil servise gelen ve kendilerine cerrahi müdahale yapılmasına göz yuman insanları belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Munchausen by Proxy (Polle) Sendromu'nu ise 1977 yılında Meadow ortaya koymuştur. Polle Sendromunda, çocuğun ailesi veya çocuğu koruyan kişi, çocuğu hasta gibi göstererek tıbbi müdahaleye maruz bırakmaktadır. Bu sendromdaki istismarcıların, çoğunlukla çocukların annelerinin olduğu tespit edilmiştir. Bazı vakalarda çocuğun hasta görünmesi için annelerin, çocuğa zehir ve ilaç verdiği ya da arı, böcek gibi hayvanlara çocuklarını sokturduğu görülmüştür.⁵³

2. Duygusal-Psikososyal İstismar

Çocuklara, psikolojilerini bozacak kötü muamelelerde bulunmak veya çocukların ihtiyacı olan ilgiyi, sevgiyi ve bakımı göstermeyerek onlara duygusal açıdan zarar verme durumu, duygusal istismarı ifade etmektedir.⁵⁴ Duygusal istismarın çocukta bıraktığı psikolojik hasarın etkileri uzun süre devam etmektedir.

Duygusal istismar, genellikle çocuğa bakmakla yükümlü kişiler tarafından gerçekleştirilen bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğa küfretme, bağırma, kendini değersiz hissettirme, sevgi ve alaka göstermeme, çocuğu aşağılama, küçümseme, korkutma, yalnız bırakma, sürekli olarak olumsuz eleştiriye maruz bırakma, başkalarıyla kıyaslama, asosyal olmaya yönlendirme gibi davranışlar duygusal-psikososyal istismarı oluşturmaktadır.⁵⁵ Duygusal istismar sonucunda çocuklarda; ebeveynlerinden uzaklaşma, gergin olma, bağımlı kişilik, kendini değersiz hissetme, uyumsuz ve saldırgan tavırlar sergileme durumları meydana gelmektedir.⁵⁶ Duygusal istismarın tespiti, fiziksel ve cinsel istismara nazaran daha zor olmakla birlikte çocukta bıraktığı hasar çok daha uzun süre etkisini sürdürmektedir. Bu bağlamda, duygusal yönden istismara uğrayan çocuklar, çeşitli psikolojik sorunlar yaşamakla beraber özgüven eksiklikleri nedeniyle kendilerini sosyal ortamlardan soyutlamakta ve başka insanların yanında kısıtlamaktadır.⁵⁷ Bunların dışında, çocukların fiziksel ve mental gelişimlerinde meydana gelen zarar nedeniyle öğrenme güçlüğü, dikkat dağınıklığı gibi problemler yaşadığı da gözlemlenmiştir.⁵⁸

⁵² Acehan ve diğerleri, s.595.

⁵³ Hancı, Hamit/Eşiyok, Burcu, Munchausen by Proxy Sendromu: Vekaleten Hastalık, Haziran 2000, C:9, S:6, <https://www.ttb.org.tr/STED/sted0600/8.html>, E.T:10.05.2020.

⁵⁴ Kara ve diğerleri, s.143.

⁵⁵ Dedeler ve diğerleri, s.4.

⁵⁶ Kara ve diğerleri, s.143.

⁵⁷ İnci, s.75.

⁵⁸ Aral, Neriman/Gürsoy, Figen, Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı, Milli Eğitim Dergisi,2001, S:151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aral_gursoy.htm, E.T:10.05.2020.

3. Çocuk İhmali

Çocuk ihmali, ebeveynleri veya çocuğa bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından çocuğun; beslenme, bakım, giyim, korunma, gözetim, tıbbi gereksinimler gibi temel ihtiyaçlarının veya duygusal gereksinimlerinin karşılanmaması ya da çocuğa ideal yaşam koşulları için gereken ilginin gösterilmemesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁹ Çocuk ihmali daha geniş bir perspektifte devletin; sağlık, eğitim, sosyal yardım ve güvenlik kurumlarının ihmali davranışlarını da kapsamaktadır.⁶⁰

Çocuk ihmali; fiziksel ihmal, duygusal ihmal veya cinsel ihmal şeklinde gerçekleşebilmektedir. Buna göre; ebeveynlerin veya çocuğa bakmakla yükümlü olanların, çocuğa mevcut sosyal kaynakları sağlamaması fiziksel ihmal; çocuğun ihtiyaç duyduğu sevgi, ilgi ve yakınlıktan mahrum bırakılması duygusal ihmal; çocuğun cinsel gelişimine önem verilmemesi, çocuğun cinsel sömürü fiillerine karşı korunmaması veya bu duruma ilgisiz kalınması da cinsel ihmal olarak ifade edilmektedir.⁶¹

Çocuk ihmali çocuk istismarından farklılaştıran husus, ihmalde pasif istismarda ise aktif gerçekleştirilen hareketlerin varlığıdır.⁶² Yapılan araştırmalar, çocuk istismar ve ihmaliyle ebeveynlerin yaşamsal stresleri arasında doğrudan bağlantı olduğunu ortaya koymuştur. Özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel faktörlere bağlı olarak ebeveynlerde oluşan stres, çocuk istismarına ve ihmaline zemin hazırlamaktadır. Aynı zamanda, ebeveynlerin ve çocukların kişilik yapıları, ailenin çocuğa karşı gereğinden fazla beklenti içine girmesi gibi etkenlere bağlı olarak da gelişebilmektedir. Bunların dışında, boşanmış aileler de çocuk istismarı ve ihmali açısından büyük tehlike arz etmektedir. Bu bakımdan dağılmış aile yapısı, çocuğun istismar ve ihmaline imkân verdiği gibi anne ve babası arasında yaşanan tartışmalara ve şiddet içerikli davranışlara tanık olan çocukların, ileriki zamanlarda ebeveynlerini örnek alarak istismarcı bir kişiliğe büründükleri de görülmektedir.⁶³

4. Cinsel İstismar

Çocukluk döneminde maruz kalınan cinsel istismar, çocuğun hastalanmasına bazen ölmesine sebep olabilen ve yetişkinlik dönemine kadar devam edebilecek psikolojik ve fizyolojik etkilere sahip olan bir şiddet türü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴ Cinsel istismar, literatürde farklı şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır. 1978 yılında Kempe tarafından cinsel istismar kavramı, gelişimlerini tamamlamamış çocuk ve ergenlerin, cinsel aktivitelerde bulundurulmaları veya ailevi rolleriyle ilgili sosyal tabulara aykırı olarak kullanılmaları olarak tanımlanmıştır.⁶⁵ Cinsel istismarı, Finkelhore ve Russell 16

⁵⁹ Ziyalar, s.8.

⁶⁰ Kara ve diğerleri, s.144.

⁶¹ Aral/Gürsoy, Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı, Milli Eğitim Dergisi, 2001, S:151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aran_gursoy.htm, E.T:10.05.2020.

⁶² Kara ve diğerleri, s. 144.

⁶³ Aral/Gürsoy, Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı, Milli Eğitim Dergisi, 2001, S:151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aran_gursoy.htm, E.T:10.05.2020.

⁶⁴ Keskin/Çam, s. 192.

⁶⁵ Bulut, Sefa, Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme, Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, C:3 S:28, s. 140; Z-Page, Ayten, Çocuk Cinsel İstismarı: Cinsel İstismara Neden Olan Etkenler ve Cinsel İstismarın Çocuklar Üzerindeki Etkileri, Türk Psikoloji Yazıları, Y:2004, C: 7, S:13, s. 103.

yaşından küçüklere kendilerinden en az 5 yaş büyük kişilerce gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışlar şeklinde tanımlarken⁶⁶ 1991 yılında Kutchinsky, çocukların yetişkinler veya kendilerinden yaş olarak büyük kişilerce cinsel doyuma ulaşmak maksadıyla istismara uğratılması olarak ifade etmiştir.⁶⁷ NCCAN'nın tanımlamasında ise çocuklar ile erişkinler arasında gerçekleşen cinsel davranışlar, o erişkinin ya da başka bir kişinin cinsel tatmini amacıyla yapılmışsa cinsel istismar niteliğinde olacaktır. Ayrıca, iki çocuktan birinin diğeri üzerinde hâkimiyeti bulunuyorsa ya da biri diğerdan yaş olarak çok büyükse, istismarın bu çocuk tarafından da gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

Cinsel istismar tipleri hakkında pek çok sınıflandırma yapılmakla beraber en kapsamlı sınıflandırmalardan biri olan Foller'in sınıflandırmasına göre; cinsel istismar, temas içermeyen cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği gibi temas içeren cinsel davranışlarla da gerçekleştirilebilecektir.

Temas içermeyen davranışlar: seksi konuşma (istismarcının, çocuğa cinsel önerilerde ve yorumlarda bulunması), teşhircilik (istismarcı kişinin, çocuğun karşısında cinsellikle bağdaştırılabilecek vücut kısımlarını teşhir etmesi ya da masturbasyon yapması), röntgencilik (istismarcı tarafından açıkça veya gizlice çocuğun soyunurken veya çeşitli cinsel faaliyetlerde bulunurken izlenmesi) olarak sınıflandırılmaktadır.

Temas içeren davranışlar: cinsel dokunma (istismarcının, çocuğun erojen bölgelerine dokunma, okşama ve/veya masturbasyon yapma şeklindeki eylemleri ile aynı tür eylemleri kendisine yönelik olarak çocuğa yaptırmayı), frotaj (istismarcının özel bölgelerini çocuğun vücuduna veya giysilerine sürtündürmesiyle cinsel doyuma ulaşması), oral-genital ilişki, interfemoral ilişki (failin penisi çocuğun bacakları arasına yerleştirmesi), cinsel penetrasyon, cinsel sömürü ile bunların birkaçının birleşiminden ya da çocuğu aşağılayıcı başkaca eylemlerle birlikte yapılan cinsel istismardan meydana gelen istismar olarak sınıflandırılmaktadır.⁶⁸

Cinsel istismar, hukuki açıdan da ele alınarak hem ulusal düzeyde hem de uluslararası platformlarda, çocukların bu tür davranışlara karşı korunması amacıyla birçok düzenlemeye konu edilmiştir. Türk Hukuku'nda da çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar fiilleri, TCK md.103'te suç olarak düzenlenmiştir. Anılan maddede, cinsel istismar olarak nitelendirilecek davranışlar, mağdurun yaşı ve algılama yeteneği baz alınarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre; 0-15 yaş aralığında olan çocuklar ve 15-18 yaş aralığında olup fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış bu suçu oluştururken, 15-18 yaş aralığında olan ve fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ise yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar olarak

⁶⁶ Gölge, Zeynep Belma, Cinsel Saldırıda Etkili Faktörler ve Suçlu Profili, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2005, s. 11.

⁶⁷ Bulut, s. 140; Ziyalar, s.11.

⁶⁸ Aktepe, Evrim, Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2009, C:1, S:2, s. 98; Alpaslan, Ahmet Hamdi, Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar, Kocatepe Tıp Dergisi, Y:2014, C:15, S:2, s. 194; Ziyalar, s. 13-15; Polat, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Pedofili, Adli Tıp Bülteni, Y:2015, C:20, S:1, s. 60-62.

kabul edilecektir. Bu hükümde belirtilen cinsel davranışlar deyimi, fiziksel temas ile gerçekleştirilen fiilleri ifade etmektedir. Çocuklara yönelik gerçekleştirilen ve fiziksel temas içermeyen cinsel nitelikli eylemler ise cinsel taciz olarak nitelendirilerek TCK md. 105'te ayrı olarak düzenlenmiştir.

II. Cinsel İstismara Genel Bakış

A. Cinsel İstismarda Risk Faktörleri

Yapılan araştırmalar sonucunda, çocuğun cinsel istismarı vakalarında birçok risk faktörünün etkili olduğunu saptanmıştır. Özellikle; çocuğun bireysel özellikleri, aile yapısı, sosyal çevre koşulları gibi faktörler istismar ihtimalini artırmaktadır.⁶⁹

Riskli ailesi yapısı, çocuğun cinsel istismarında önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, düşük sosyo-ekonomik sınıf, fakirlik, ailenin sosyal açıdan izole bir yaşam sürdürmesi, boşanma, ebeveynler arasındaki çatışmalar, sözel ve fiziksel şiddet ile cinsel uyum sorunları, baskıcı veya alkolik ebeveynler, aile bağlarının zayıflığı, ebeveynlerden birinin yokluğu veya hasta olması, çocuğun anne sıcaklığından mahrum kalması ve ebeveynlerin çocuğa karşı cezalandırıcı bir tutum sergilemeleri istismara yol açan faktörler arasında sayılmaktadır.⁷⁰ Bununla birlikte, çocuk ile ebeveynleri arasında fiziksel ilişkinin yetersiz olması nedeniyle çocuğun bedeninin dokunmaya doymaması da onu istismara açık hale getirmektedir. Nitekim çocuk, canı acımadığı sürece kendisine karşı yapılan istismarı sevgi ilişkisi gibi değerlendirebilmektedir.⁷¹ Bunun dışında çocuğun zihinsel, fiziksel ve/veya gelişimsel bir engelinin olması ya da dikkat eksikliği, dürtüsel bozukluklar gibi psikiyatrik bir rahatsızlığının bulunması da cinsel istismara uğrama riskini artırmaktadır.⁷²

B. Cinsel İstismar Faillerinin Özellikleri ve Sınıflandırılması

Çocuğu cinsel yönden istismar edenler; anne, baba, üvey baba, üvey anne, uzak akrabalar, kardeşler, tanıdık kimseler, bakıcı, öğretmen veya yabancı bir kimse olabilmektedir. Çocukları istismar edenlerin çoğunluğunu erkekler oluşturmaktadır ve bunların %85-%90'ı çocuğa yakın kimselerdir. Bununla birlikte, erkek mağdurların %20'si, kız mağdurların ise %52'si kadın failer tarafından istismara uğratılmaktadır.⁷³

Tutuklu tecavüzcü erkekler üzerinde yapılan bir araştırmaya göre ise failerin, dengesiz ve şiddet içeren ailelerde büyüdüğü, babalarıyla zayıf ilişki içinde olup onlar tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığı, bir kısmının çocukken istismara uğradığı ve yaşamlarının bir bölümünde alkol ve uyuşturucu madde kullandıkları görülmüştür.⁷⁴

İstismarcılar, genellikle saygın görünümünün aksine özünde kendine güveni ve saygısı olmayan, çekingen ve ürkek kişilerdir.⁷⁵ Zekâ geriliği, çocukluk döneminde kendini

⁶⁹ Karataş, s. 134.

⁷⁰ Bulut, s. 145; Keskin/Çam, s. 194; Ziyalar, s.30.

⁷¹ Ziyalar, s. 30; Karataş, s. 135.

⁷² Alpaslan, s. 196.

⁷³ Bulut, s. 142.

⁷⁴ Aygül/Şensoy, s.535.

⁷⁵ Ziyalar, s.27; Ovayolu, Nimet/Uçan, Özlem/Serindağ, Selver, Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Y:2007, C:2, S:4, s.17.

özdeşleştireceği birinin olmaması ve destek sistemlerinden yoksun kalmış olma bu kişilerin diğer özellikleri olarak sayılmaktadır.⁷⁶ Bu kişiler, narsistik yapıları dolayısıyla başkalarını kendi gereksinimlerini karşılamakla sorumlu kişiler olarak görmektedir.⁷⁷ Empati duyguları yoktur veya sınırlıdır. İktidar ve güç duygularını yüceltmek için çocukları kullanırlar.⁷⁸ Çocukları kendi istekleri doğrultusunda yönlendirebilmek amacıyla tehdit, baştan çıkarma, oyun ya da ikna yöntemlerine başvururlar.⁷⁹ Kendilerindeki düşük özsaygıyı ve suçluluk duygusunu bastırarak saldırgan bir davranış biçiminde çocuğa yansıtmaktadırlar. İlişkilerinde benmerkezciliği ön planda çıkarmaları, yetişkinlerle ilişkiye girmelerini engellemektedir.⁸⁰ Bu bakımdan, çocuklarla bitmeyeceğini düşündükleri bir ilişki kurmaya çalışmaları, patolojik düşünce yapılarının temelini oluşturmaktadır.⁸¹

Çocuk cinsel istismarcıları, özelliklerine ve cinsel yönelimlerine göre araştırmacılar tarafından çeşitli şekillerde sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Günümüzde, bu sınıflandırmalardan en yaygın olarak kullanılanı Groth ve arkadaşları tarafından yapılmıştır. Bu sınıflandırmaya göre istismarcılar, saplantılı (takılmış) çocuk tacizcileri ve regresse çocuk tacizcileri olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸²

i. Saplantılı çocuk tacizcileri: Bu kişilerin, öncelikli cinsel yönelimi çocuklardır ve saplantılı bir biçimde çocuklara hayranlık duyarlar. Çoğunluğunda, ergenlik dönemi öncesini de kapsayan en az 6 aylık dönemde sürekli olarak yoğun ve tekrarlayıcı cinsel uyarılma fantezileri veya pedofili görülmektedir.⁸³ Bu gruptaki tacizciler, yetişkinlerle iletişim kurabilecek cinsel olgunluğa ulaşmamış kişilerdir. Bu nedenle, yetişkinlerle yaşayacakları ilişkiyi kendileri için tehdit edici görmekte ve bu tarz ilişkilerde reddedilme ve yetersiz performans gösterme korkusu yaşamaktadırlar.⁸⁴ Buna karşın bu kişiler, çocuklarla iyi iletişim kurabilmektedir.

ii. Regresse çocuk tacizcileri: Normalde yetişkinlerle ilişkiye giren ancak bazı stres faktörlerine bağlı olarak cinsel ilişkilerinde çocuklara yönelmiş kişilerdir.⁸⁵ İşsizlik, evlilikle ilgili sorunlar, normal cinsel boşalımda yaşanan güçlükler, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı gibi durumlar bu kişilerin özgüvenlerini sarsarak kendilerine cinsel partner olarak bir çocuğu seçmeye yöneltmektedir.⁸⁶ Bu tacizciler, kolayca erişebilecekleri çocukları tercih ederler, bu nedenle genellikle istismar ettikleri çocuklar kendi çocuklarıdır.⁸⁷

⁷⁶ Keskin/Çam, s.196.

⁷⁷ Keskin/Çam, s.195.

⁷⁸ Ziyalar, s.29.

⁷⁹ Tülü, İsmail Altan, Tecavüz Suçlularında ve Çocuk Cinsel İstismarcılarında Suç Analizi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 15.

⁸⁰ Keskin/Çam, s.195.

⁸¹ Keskin/Çam, s.196.

⁸² Tülü, s.42; Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.35.

⁸³ Tülü, s.42-43.

⁸⁴ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s. 35.

⁸⁵ Polat, s.65.

⁸⁶ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.35-36.

⁸⁷ Tülü, s.43.

Cinsel istismarcılara ilişkin bir diğer önemli sınıflandırma Dietz'in sınıflandırmasıdır. Bu sınıflandırmada istismarcılar, durumsal çocuk tacizcileri ile tercihsel çocuk tacizcileri olmak üzere iki temel gruba ayrılmıştır.

1. Durumsal Çocuk Tacizcileri: Bu grup tacizciler, aslında cinsel partner olarak yetişkinleri tercih eden ancak bazı nedenlerden dolayı cinsel tatmin sağlamak amacıyla çocuklara yönelen kişiler olarak ifade edilmektedir.⁸⁸

i. *Regresse Çocuk Tacizcileri*: Bu grup, Groth'un sınıflandırmasına benzer olarak geliştirilmiştir. Bu kişilerin, özgüveni ve benlik saygısı düşüktür. Kolayca erişebilecekleri çocuklara yönelirler ve çocuklarla zorlama yoluyla ilişkiye girerler.⁸⁹

ii. *Ahlaken Fark Gözetmeyenler*: Bu kişiler, çevrelerindeki herkesi istismar etme eğilimindedir.⁹⁰ Fırsatçıdırlar, uygun buldukları herkesi istismar etme potansiyeline sahiptirler ancak öncelikli kriterleri mağdurun güçsüz ve savunmasız olmasıdır. Başka çocukları istismar edebilecekleri gibi kendi çocuklarını da istismar edebilmektedirler. Zor kullanarak veya çocuğa tuzak kurarak onu elde etmeye çalışırlar.⁹¹

iii. *Cinsellikte Fark Gözetmeyenler*: Bu kişiler, farklı cinsel deneyim yaşamak maksadıyla çocuklara yönelmektedir. Nitekim, çocuklarla cinsel ilişkiye girmek onlarda merak uyandırmaktadır.⁹²

iv. *Yetersiz Olanlar*: Bu gruptakiler; psikiyatrik veya mental hastalıklar, kişilik bozuklukları, yaşlılık gibi sorunlar yaşayan kişilerdir. Bazıları, yaşadıkları sorunlardan dolayı uğradıkları hayal kırıklığının acısını, çocuğa karşı cinsel işkence yaparak çıkarabilirler.⁹³ Sosyal becerileri yetersizdir ve kendilerine güvenemediklerinden yetişkin kişilerle ilişki kuramamaktadırlar. Cinsel meraklarını gidermek için savunmasız olarak gördükleri çocuklara yönelmektedirler.⁹⁴

2. Tercihsel Çocuk Tacizcileri: Bu kişilerin cinsel tercihi çocuklardır. Cinsel açıdan çocuklara yönelmelerinde, durumsal çocuk tacizcilerinde olduğu gibi stres faktörleri etkili değildir. Çocuklardan etkilenirler ve cinsel fantezilerinin odağı çocuklardır.⁹⁵

i. *Baştan Çıkarıcı Olanlar*: Çocukları baştan çıkararak istismar eden kişilerdir. Çocuklarla iletişim kurmayı iyi bilirler. Çocuklara kur yaparak, hediyeler alarak veya ilgi göstererek onları eyleme hazır hale getirirler. İstismar ettikleri kişiler aynı sınıf, aynı mahalle veya aynı okul grubundaki çocuklar olabilmektedir.⁹⁶

⁸⁸ Polat, s.64.

⁸⁹ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.37.

⁹⁰ Polat, s. 65.

⁹¹ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.37.

⁹² Polat, s.65.

⁹³ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.38.

⁹⁴ Tülü, s.44.

⁹⁵ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.40.

⁹⁶ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.41.

ii. *İçe Dönük Olanlar*: Bu kişiler, sosyal açıdan yetersiz kişilerdir. Bu nedenle, küçük yaştaki çocuklara yönelirler.⁹⁷ Çocuk fuhuşu servislerini kullanırlar. Teşhircilik veya açık telefon konuşması yaparak çocukları istismar edebilmektedirler.⁹⁸

iii. *Sadistik Olanlar*: Cinsel olarak uyarılmaları için çocuklara fiziksel acı çektirirler. Bu nedenle şiddete başvururlar.⁹⁹

Tercihsel çocuk istismarcıları, klasik tanımlamada “pedofili”ye karşılık gelmektedir. Ancak, sınıflandırma yapılırken pedofili yerine tercihsel çocuk istismarcıları terimi kullanılmıştır. Çünkü pedofillerin hepsi çocuk istismarcısı değildir. Tercihsel çocuk istismarcıları, pedofillerin çocuklara saldırıda bulunan grubunu oluşturmaktadır.¹⁰⁰

Pedofili, çocukları seven kişi anlamına gelmekte olup cinsel sapkınlık olarak nitelendirilmektedir.¹⁰¹ DSM-IV-TR’de öngörülen kriterlerde, pedofili tanısı için kişide ergenliğe ulaşmamış bir çocukla cinsel münasebette bulunmaya dair yoğun cinsel fantezilerin, dürtülerin veya davranışların en az 6 aylık bir süreçte devam etmesi aranmaktadır. Ayrıca, kişinin 16 yaşını tamamlamış olması ve cinsel münasebete girdiği çocukla aralarında en az 5 yaş farkı bulunması gerekmektedir.¹⁰² Bu bakımdan, her istismarcı pedofilik değildir. WHO, pedofiliyi erişkin kişilerde kişilik ve davranış bozukluğu kategorisindeki cinsel davranış bozukluğu bölümüne dâhil bir eylem olarak sınıflandırmıştır.¹⁰³ Pedofillerin, cinsel açıdan çocuklara yönelimlerinin genellikle ergenlik döneminde ortaya çıktığı görülmekle beraber daha ileri yaşlarda da oluşabileceği bilinmektedir.¹⁰⁴

Pedofili, bir dürtü bozukluğu olarak nitelendirilmektedir ve pedofillerin, cinsel yönden çocuklara meyilli olmaları, diğer çocuk cinsel istismarcılarından farklı olarak dış etkenlere ya da stres faktörlerine bağlı değildir. Bu nedenle, belirli bir olaydan sonra pedofili tanısı düşünülüyorsa kişinin mental durumunu etkileyen madde kullanımı veya psikiyatrik bir bozukluğun varlığı araştırılmalı ve eğer böyle bir durum mevcutsa kişinin pedofilik eyleminden önceki cinsel tercihleri de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁰⁵

Pedofilik kişiler; içe kapanık, psikopatik, psikoseksüel ve sosyal yönden olgunlaşmamış kişilerdir.¹⁰⁶ Pedofillerin büyük çoğunluğunun erkek olduğu görülmektedir. Pedofilinin oluşumunda gelişimsel, ailesel ve toplumsal faktörlerin etkili olduğu bilinmektedir.¹⁰⁷

Pedofiller, farklı özellikleri dikkate alınarak çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır. Bu bakımdan, istismar edilen çocukların yaşları baz alınarak ergenliğe girmiş veya ergenliğe

⁹⁷ Tülü, s.44.

⁹⁸ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.42.

⁹⁹ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.42.

¹⁰⁰ Gölge, Cinsel Saldırıda..., s.43.

¹⁰¹ Memiş Kartal, s.40.

¹⁰² Polat, s. 62; Erdoğan, Ayten, Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2010, C:2, S:2, s.134-135.

¹⁰³ Memiş Kartal, s.40.

¹⁰⁴ Polat, s.64.

¹⁰⁵ Polat, s.64.

¹⁰⁶ Erdoğan, s.140.

¹⁰⁷ Erdoğan, s.141.

girmemiş çocukları istismar edenler şeklinde sınıflandırıldıkları gibi yalnızca çocuklara ilgi duyanlar ile çocuklarla birlikte yetişkinlere de ilgi duyanlar olarak ya da sadece karşı cinse yönelenler, sadece aynı cinse yönelenler ile hem karşı cinse hem de aynı cinse yönelenler olarak da sınıflandırılmaktadır.¹⁰⁸

Pedofiller, diğer çocuk cinsel istismarcılarından farklı olarak ani bir davranışla hareket etmezler. Tüm eylemlerini önceden planlayarak gerçekleştirirler. Çocuğu soymak veya çıplak çocuğu seyretmek, çocuğun karşısında mastürbasyon yapmak, cinsel organını çocuğa dokundurmak, oral seks, penetrasyon gibi çeşitli cinsel davranışta bulunabilirler. Ancak diğer cinsel istismarcılarla kıyaslandığında pedofillerde, penetrasyon şeklindeki davranışlara daha az rastlanılmaktadır.¹⁰⁹

Pedofili, bir davranış bozukluğu olarak kabul edilmekle beraber failin ceza sorumluluğuna etki eden bir akıl hastalığı olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle pedofiller, diğer cinsel istismar faileri gibi cezalandırılmaktadır.¹¹⁰

C. Cinsel İstismarın Mağdur Üzerindeki Etkileri

Cinsel istismara uğrayan çocukların, bu duruma özgü tipik davranım bozuklukları gösterdikleri saptanmıştır.¹¹¹ Cinsel istismar nedeniyle mağdurda meydana gelen tepkiler, kısa ve uzun dönem etkileri şeklinde sınıflandırılarak incelenmektedir.

Kısa dönem etkileri, istismarın akabinde görülen, devamlılık arz etmeyen ve mağdurun yaşına bağlı olarak birtakım sorunlara yol açan tepkileridir.¹¹² Bu akut stres tepkileri; fiziksel, psikolojik ve davranışsal açıdan farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Fiziksel olarak; genital bölgede ve vücudun diğer bölümlerinde sıyrıklar, morluklar, genital bölgede şişlik, kaşıntı, ağrı, vajende veya makatta kanama, vajinada akıntı, idrar ya da gaita yapmada güçlük, bulaşıcı hastalıklar görülebilmektedir.¹¹³ Psikolojik olarak; çocukta dikkat eksikliği, öfke, depresyon, yoğun kaygı yaşama, insanlardan kaçma, uyku bozuklukları gibi akut stres tepkileri gelişebildiği gibi çocuğun bu yaşantıdan bazı uyum mekanizmaları kullanarak kaçmaya çalışmasına bağlı olarak çocukta travmatik amnezi, kişilik çatışmaları ve kişilik bölünmeleri de meydana gelebilmektedir.¹¹⁴ Ayrıca, cinsel istismar sonucunda çocukta, davranışsal olarak aşırı temizlenme ya da temizliği ihmal etme, bebekçe davranma, hayali arkadaşlarla konuşma, yoğun cinsel merak ve cinsel davranışlar gösterme, sosyal becerilerin gerilemesi gibi stres tepkileri de görülmektedir.¹¹⁵

Cinsel istismarın uzun dönem etkilerinde ise çocuğun kendini algılamada, kişilerarası ilişkilerde ve cinsel konularda çeşitli stres tepkileri gösterdiği saptanmıştır. Bu kapsamda; depresyon, yeme bozukluğu, öfke, korku, kabus görme, yiyecek, ilaç veya alkol bağımlılığı, aşırı suçluluk duygusu, utanç, çaresizlik ya da kendine zarar verme gibi

¹⁰⁸ Erdoğan, s.138.

¹⁰⁹ Polat, s.64.

¹¹⁰ Memiş Kartal, s.42.

¹¹¹ Z-Page, s.107.

¹¹² Bulut, s.146.

¹¹³ Alpaslan, s.198; Yiğit, Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest, s.93.

¹¹⁴ Z-Page, s.108.

¹¹⁵ Z-Page, s.108.

duygusal tepkiler görülmektedir.¹¹⁶ Bununla beraber, çocukta yaşanan ruhsal travmaya karşı savunma mekanizması olarak dissosiyatif amnezi¹¹⁷, disosiyatif kimlik bozukluğu¹¹⁸ ve borderline (sınırdaki) kişilik bozukluğu¹¹⁹ gelişebilmektedir.

Cinsel istismar çocuğun, kişilerarası ilişki kurma ve sosyal ilişkilerini sürdürme becerisini de olumsuz yönde etkilemektedir. İstismara uğrayan çocukların, ilişki kurmaktan kaçındığı yahut aşırı yakınlık ihtiyacı duyarak kontrollü ve beklentisi yüksek ilişkiler içerisine girdikleri gözlemlenmiştir. Ayrıca cinsel istismar, düşük benlik saygısına ve sosyal yalıtıma yol açtığından istismara uğrayan kişiler yetişkinlik dönemlerindeki ilişkilerinde zorluklar yaşamaktadır. Bu kişilerde reddedilmeye karşı aşırı duyarlılık, terk edilme korkusu, kimseye güvenmeme gibi durumlara sık rastlanılmaktadır.¹²⁰

Cinsel istismarın bir diğer etkisi de kişilerde meydana gelen duygusal paylaşım zorluğudur. Yapılan araştırmalarda, istismar edilen kişilerin sevmeye ve sevilmede güçlük yaşadığı saptanmıştır. Bununla birlikte; cinsel isteksizlik, tatmin olamama, cinsel işlev bozukluğu, sapkın cinsel davranışlar (pedofili vs.), cinsel bağımlı davranışlar (pornografik film ve dergiler vs.) da bu kişilerde sıkça görülmektedir.¹²¹ Ayrıca, bu kişilerin güvensizlik ve cinsel açıdan uyum sorunlarına sahip olmaları nedeniyle ayrılık ya da boşanmayla sonuçlanan ilişkiler yaşadıkları ve bazılarının da hayat kadınlığına yöneldiği bilinmektedir.¹²²

Cinsel istismara uğrayan çocuklarda meydana gelen ruhsal sorunların temelinde dört farklı “travmatik dinamik” olduğu, Finkelhor tarafından öne sürülmüştür. Bunlar; travmatik cinsellik, ihanet duygusu, güçsüzlük ve damgalanmadır.

i. Travmatik Cinsellik: Çocuk, erken yaşlarda maruz kaldığı uygun olmayan cinsel deneyimler nedeniyle sağlıklı olmayan anormal bir cinsel gelişme göstermektedir.¹²³ Bu bakımdan, istismar mağduru çocuklar, erotik davranışlar göstermekte ve yetişkinlik dönemlerinde kompulsif bir şekilde cinsel deneyimlere yönelmektedir.¹²⁴ Ayrıca bu çocuklarda, olağan gelişim dönemlerinin gerektirdiğinden daha çok cinsellikle ilgilenme, cinselleşmiş davranışlarda bulunma, cinselliğe karşı olumsuz tutum geliştirme, cinsel kimlik karmaşası gibi durumlar yaşanmaktadır.¹²⁵ Bunun dışında, cinsel istismara maruz

¹¹⁶ Bulut, s.147.

¹¹⁷ Travmatik veya stres verici özellikte olan kişisel bilgileri, alelade bir unutkanlıkla açıklanamayacak bir biçimde anımsayamama durumudur. (Gölge, Zeynep Belma, Cinsel Travma Sonrası Oluşan Ruhsal Sorunlar, Nöropsikiyatri Arşivi, Y:2005, C: 42, S:1-2-3-4, s.22).

¹¹⁸ Kişide, birden fazla farklı kimlik ya da kişiliklerin bulunması durumudur. (Gölge, Cinsel Travma..., s.23).

¹¹⁹ Kişinin kendini değerlendirmesinde, duygulanımında ve ilişkilerinde dengesizlikle karakterize bir kişilik bozukluğudur. (Gölge, Cinsel Travma..., s.23).

¹²⁰ Bulut, s.147.

¹²¹ Bulut, s.148.

¹²² Z-Page, s.109.

¹²³ Z-Page, s.107.

¹²⁴ Keskin/Çam, s.198.

¹²⁵ Öztürk, Aslıhan Burcu, Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma, Toplum ve Sosyal Hizmet, Y:2009, C:20, S: 2, s.90.

kalmış kişiler, yetişkinlik dönemlerinde cinsel şiddet davranışlarına yönelebilmekte veya kendi çocuklarını cinsel ya da fiziksel açıdan istismar edebilmektedir.¹²⁶

ii. *İhanet Duygusu*: İstismara uğrayan çocuk, bir yetişkin tarafından kasten zarara uğratıldığından güven duygusunu yitirerek kendisine ihanet edildiği hissine kapılmaktadır.¹²⁷ Çocuğun, tanıdığı biri tarafından istismar edilmesi, bu ihanet duygusunu artırmaktadır. İstismarcının yabancı olduğu durumlarda ise çocuk, ailesinin kendisini koruyamadığını düşünerek ihanete uğramışlık hissini onlara yöneltmektedir.¹²⁸ Mağdur çocuğun, kime güveneceğini belirleme konusunda kendine güvenmemesi durumu ise ileride tekrar mağdur olma riskini artırmaktadır.¹²⁹

iii. *Güçsüzlük*: Çocuğun, zorla ve güç kullanılarak istismar edilmesi kaygı, korku, çaresiz hissetme gibi duygulara kapılmasına yol açmaktadır.¹³⁰ Çocuk, uğradığı şiddeti ve cinsel istismarı başkalarına yöneltmek güçsüzlük hissini bastırmaya çalışabilir. Bazen de güçsüzlük duygusunun ortaya çıkardığı öfkeyle kendine zarar verme veya intihar durumlarının yaşandığı bilinmektedir.¹³¹

iv. *Damgalanma*: Cinsel istismarla birlikte çocukta oluşan utanç, suçluluk gibi duygular çocuğun benlik algısını etkiler.¹³² Birçok mağdur çocuk, kendi vücudunu kirli ve iğrenç olarak düşünmekte ve vücuduna karşı kızgınlık duymaktadır.¹³³ Bu dinamik, istismarcının çocuğa kötü, kirli ve suçlu olduğu yönündeki ithamları sonucunda meydana gelmektedir.¹³⁴ Damgalanma, çocuğun kendisini yalıtılmış, toplum dışına itilmiş hissetmesine ve toplum tarafından kabul edilmeyen davranışlara yönelmesine neden olmaktadır.¹³⁵

D. Cinsel İstismarın Açığa Çıkarılması

Çocukluk çağı cinsel istismarı, yaygın görülen bir istismar türü olmasına rağmen çoğu zaman çocuk tarafından söylenmediğinden gizli kalmaktadır. Birçok çocuk, bu durumdan dolayı korku, utanç ve suçluluk duyarak uğradıkları şiddeti saklamaktadır.¹³⁶ Bazı durumlarda çocukların, istismarcıyı sevdikleri ve ona zarar gelmemesi için istismarı sakladıkları bazen de istismar davranışının yanlış olduğunu bilmedikleri veya bu davranışı sevgi ifadesi olarak algılayarak bu durumundan rahatsız olmadıkları için sakladıkları görülmüştür.¹³⁷

¹²⁶ Keskin/Çam, s.199.

¹²⁷ Keskin/Çam, s.198.

¹²⁸ Öztürk, Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma, s.90.

¹²⁹ Gölge, Cinsel Travma Sonrası Oluşan Ruhsal Sorunlar, s.25.

¹³⁰ Z-Page, s.107-108.

¹³¹ Öztürk, Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma, s.90.

¹³² Ovayolu ve diğerleri, s.19.

¹³³ Gölge, Cinsel Travma Sonrası Oluşan Ruhsal Sorunlar, s.26.

¹³⁴ Bulut, s.146.

¹³⁵ Öztürk, Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma, s.90.

¹³⁶ Ovayolu ve diğerleri, s.17.

¹³⁷ Orak, Oya Sevcan, Annelere ve Çocuklara Uygulanan Koruyucu Temelli Psikososyal Girişimlerin Çocukların Cinsel İstismardan Korunma Bilgi Düzeyine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Psikiyatri Hemşireliği Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Erzurum 2015, s.18.

Cinsel istismara maruz kalan çocukların sayısı tam olarak bilinmemektedir. Bunun nedeni, istismar mağduru çocukların ve ailelerinin utanç, toplumdan dışlanma korkusu gibi nedenlerle ruh sağlığı uzmanlarına veya yasal yollara başvurmaktan kaçınmalarıdır.¹³⁸

Yapılan araştırmalarda, istismara uğrayan çocukların %30'unun 2-5 yaş, %40'ının 6-10 yaş, %30'unun 11-17 yaş grubunda bulunduğu saptanmıştır.¹³⁹ Finkelhor yaptığı çalışmalar neticesinde, cinsel istismara uğrayan çocukların çoğunluğunu kız çocuklarının oluşturduğunu ortaya koymuştur. Ancak, erkek çocukların uğradığı istismarın açığa vurulması, kız çocuklarına göre daha azdır.¹⁴⁰ Başka bir araştırmada ise erkek çocukların kızlara göre daha çok fiziksel ve cinsel zorlanmaya maruz bırakıldıkları ve tehdit edildikleri saptanmıştır.¹⁴¹ Günümüzde, tam rakamlar bilinmemekle birlikte kız çocuklarının dörtte birinin, erkek çocuklarının da onda birinin cinsel istismara maruz kaldığı tahmin edilmektedir.¹⁴²

Cinsel istismarın ortaya çıkması çoğu zaman tesadüfi olup istismar olgusu, çocukta anormal davranışların gözlemlenmesi ya da çocuğun fiziksel yaralanma nedeniyle doktora götürülmesi sonucunda fark edildiği gibi çocuğun üçüncü bir kişiye durumu anlatması veya hamile kalmasıyla da öğrenilebilmektedir.¹⁴³

E. Cinsel İstismarın Önlenmesi

Çocukların cinsel istismardan korunması çalışmaları birincil, ikincil ve üçüncül düzey olmak üzere 3 düzeyde yapılmaktadır. Birincil düzey istismarı önleme çalışmalarını, ikincil düzey erken tanı ve tedavi çalışmalarını, üçüncül düzey ise istismar mağdurlarının rehabilite edilmesini içermektedir.¹⁴⁴

Cinsel istismarla ilgili yapılan araştırmalar, cinsel istismarla mücadelede koruyucu çalışmalara yoğunlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur.¹⁴⁵ Bu bakımdan, çocukların cinsel istismardan korunabilmesi için çocukların, ailelerin ve öğretmenlerin eğitilmesine dikkat çekilmektedir.¹⁴⁶

Toplumsal farkındalığın ve araştırmaların artışıyla birlikte 1980'li yıllar boyunca Kuzey Amerika'daki ülkelerde, cinsel istismarın önlenmesi amacıyla çeşitli programlar oluşturulmuştur.¹⁴⁷ Bu eğitim programları, çocukları ve ergenleri cinsel istismara karşı

¹³⁸ Ziyalar, s. 21.

¹³⁹ Karataş, s.132.

¹⁴⁰ Keskin/Çam, s. 192; Ovayolu ve diğerleri, s.15.

¹⁴¹ Bulut, s.142.

¹⁴² Bulut, s. 141; Ziyalar, s.23.

¹⁴³ Ovayolu ve diğerleri, s.17-18.

¹⁴⁴ Demirtürk Selçuk, Ezgi/Karadeniz, Havva, Çocuk İstismarına Yol Açan Ailesel Nedenler ve Çocuğun Korunmasına Yönelik Önlemler, Sağlık ve Toplum Dergisi, Y:20, S:1, Ocak-Nisan 2020, s.32-33.

¹⁴⁵ Orak, s.23.

¹⁴⁶ Mavi Aydoğdu, Saadet Gonca/Özsoy, Ülkü, Çocuk Hakları İhlali: Cinsel İstismar Journal of Academic Research in Nursing (JAREN), Y:2017, C:3, Ek Sayı, s.59.

¹⁴⁷ Çeçen, Ayşe Rezan, Çocuk Cinsel İstismarı: Sıklığı, Etkileri ve Okul Temelli Önleme Yolları, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Y: 2007, C: 4, S: 1, s.11.

korumak ve cinsel istismara uğramış çocuk ve ergenlerin tekrar istismara maruz kalmalarını engellemek adına önemli uygulamalardır.¹⁴⁸

Gelişmiş ülkelerde, çocukların cinsel istismar fillerine karşı korunmaları bakımından kişisel güvenlik, iyi ve kötü dokunuş vb. eğitim programları uygulanmakta ve böylece çocukların cinsel istismar konusunda uyanık, bilinçli ve donanımlı olmaları sağlanmaya çalışılmaktadır.¹⁴⁹

Cinsel istismar konusunda, çocukların eğitilmesinin yanında ebeveynlerin de çocuğun söylediğine inanmak ve uygun tepkiler göstermek konusunda bilgilendirilmesi önem arz etmektedir. Ebeveynlerin çocuklarıyla iletişiminin geliştirilmesi, çocuğu istismardan korumada ve istismar olgusunun erken fark edilmesinde etkili olduğu gibi çocuğun güvendiği ebeveyniyle iletişime geçebilmesini de kolaylaştırmaktadır.¹⁵⁰ Ayrıca, ebeveynlerin ve çocuğa yakın olan diğer kişilerin istismar mağduru çocuklara karşı suçlayıcı ve cezalandırıcı davranışlardan kaçınarak anlayışlı, koruyucu ve destekleyici tavırlar sergilemelerinin, çocuktaki travma belirtilerini tedavi ettiği bilinmektedir.¹⁵¹

Cinsel istismarın önlenmesinde, disiplinlerarası bir yaklaşımla psikolog, sosyal hizmet uzmanı, öğretmen, çocuk psikiyatristi gibi uzmanların ekip olarak çalışması önem arz etmektedir.¹⁵² Bu bakımdan, çocuklarla etkileşim halinde olacak bu kişilerin de cinsel istismar konusunda eğitilmeleri gerekmektedir. Bu kişilerin, çocukların cinsel davranışları konusunda bilgi sahibi olmaları, çocukların cinsel kimliklerine uygun olan ile sapkın olarak nitelendirilebilecek davranışların neler olduğunu bilmeleri ve çocukları doğru şekilde yönlendirebilmeleri gerekmektedir.¹⁵³

F. Cinsel İstismarın Benzer Kavramlardan Farkı

Gerek uluslararası hukuk sistemlerinde gerekse de Türk Hukuku ekseninde, çocukların cinsel açıdan istismarı, istismarcının cinsel doyuma ulaşmak amacıyla çocuğa yönelik gerçekleştirdiği cinsel içerikli fiilleri ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu bakımdan cinsel istismar, çocuğun maddi kazanç sağlamak maksadıyla alınıp satıldığı veya fuhuş, pornografi gibi araçlarla cinsel bakımdan sömürülmesini ifade eden “cinsel sömürü” kavramından ayrılmaktadır. Ayrıca, evlenmeleri hukuken ve ahlaken yasaklanmış yakın akraba olan kişiler arasındaki cinsel münasebetleri ifade eden “ensest” de bu kişilerden birinin çocuk olduğu bazı durumlarda çocuğun cinsel istismarıyla ilişkilendirilebilmekle birlikte farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bölümde, çocuğun cinsel sömürüsü olarak kabul edilen “çocuk seks ticareti”, “çocuk pornografisi”, “çocuk fuhuşu” ve “çocuk evlilikleri” kavramları ile encest kavramı açıklanarak cinsel istismarın bu kavramlarla benzer ve farklı yönleri ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

¹⁴⁸ Orak, s.24.

¹⁴⁹ Çeçen, s.11.

¹⁵⁰ Aktepe, s.114.

¹⁵¹ Z-Page, s.110.

¹⁵² Karakartal, Demet, Çocuk Cinsel İstismarının Önlenmesinde Cinsel Eğitimin Önemi, Uluslararası Beşeri Bilimler ve Eğitim Dergisi, Y:2020, C:6, S:13, s.150.

¹⁵³ Karakartal, s.149.

1. Cinsel Sömürü

Sömürü, kelime olarak bir kimseden ya da şeyden haksız ve sürekli çıkarlar sağlamak¹⁵⁴ anlamına gelen “sömürmek” eylemini ifade eden bir kavramdır. Birleşmiş Milletler, cinsel sömürüyü genel bir bakış açısıyla; “*Bir başkasının cinsel sömürüsünden parasal, toplumsal ya da siyasal yarar sağlanması dâhil ancak bunlarla sınırlı kalmamak üzere, bir kişinin güç durumunda olmasından, aradaki güç dengesizliğinden ya da güven duygusundan cinsel amaçlar için fiilen yararlanılması ya da bu yönde girişimde bulunulması*” olarak tanımlamıştır.¹⁵⁵

Cinsel sömürü, genellikle cinsel istismar kavramıyla iç içe geçmiş durumları ifade etmekle birlikte farklı bir kavramdır.¹⁵⁶ İki kavram arasındaki en önemli farklardan biri failin yöneldiği amaçtır. Cinsel istismarda fail, cinsel dürtülerini tatmin etme amacı güderken cinsel sömürü de sömüren kişi maddi veya başkaca bir menfaat sağlamak maksadıyla hareket etmektedir. Ayrıca, cinsel istismarda cinsel duyguların tatminine yönelmiş tek bir istismar olgusu mevcutken cinsel sömürde çocuk, cinsel bir meta olarak kullanılmakta, alınıp satılmakta ve bu durum sistematik bir şekilde sürekli olarak yapılmaktadır.¹⁵⁷

Çocukları cinsel sömürden korumak maksadıyla uluslararası alanda pek çok düzenleme yapılmış ve çocuğun cinsel sömürsü niteliğindeki eylemlerin neler olduğu açıklanarak taraf devletlere kendi ulusal yasalarında bu konulara ilişkin düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, cinsel sömürü kavramının daha çok ticari ve ekonomik menfaat elde etmek amacıyla çocukların çeşitli şekillerde cinsel açıdan sömürülmesi anlamında kullanıldığı görülmektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 34’te; devletlere, çocukların cinsel sömürü teşkil eden fillerden korunmasını sağlama görevi yüklenmekle birlikte aynı maddenin b ve c bentlerinde çocukların, cinsel sömürü maksadıyla fuhuşta ya da pornografik faaliyetlerde kullanılmasına ya da başkaca yasal olmayan cinsel faaliyetlerde bulundurulmasına özellikle vurgu yapılmıştır.

Avrupa Konseyi’nin Çocukların Cinsel Sömürüye Karşı Korunmasına İlişkin 2001 tarihli ve 16 sayılı Tavsiye Kararı’nın tanımlar kısmında ise cinsel sömürü; çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu, seks köleliği ve bu amaçlara yönelik olarak yapılan çocuk ticaretini de kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.¹⁵⁸

Cinsel sömürü olarak nitelendirilen eylemlere ilişkin uluslararası hukuk sistemlerinde çeşitli düzenlemeler yapıldığı gibi Türk Ceza Kanunu’na da bu düzenlemelere paralel hükümler koyulmuştur. Bu kapsamda, TCK’da yer alan insan ticareti, müstehcenlik ve

¹⁵⁴ TDK, Türkçe Sözlük, s.724.

¹⁵⁵ Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Terimler & Kavramlar Kılavuzu, Uluslararası Çocuk Merkezi, ECPAT Türkiye 2019, s.22, <https://koruncuk.org/uploads/blog/Luksemburg-Terimler-ve-Kavramlar-Kilavuzu.pdf>, E.T:13.06.2020.

¹⁵⁶ Memiş Kartal, s.17.

¹⁵⁷ Memiş Kartal, s.17.

¹⁵⁸ İnci, s.81.

fuhuş suçlarına ilişkin düzenlemelerde, çocukların cinsel sömürüsü niteliğindeki eylemlere ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Bu bölümde, çocukların cinsel sömürüsü olarak kabul edilen çocuk seks ticareti, çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve çocuk evlilikleri fiilleri, gerek uluslararası hukuk gerekse de Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler çerçevesinde incelenecektir.

a. Çocuk Seks Ticareti

İnsan ticaretinin, global alanda insanlığa yönelik hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen bir eylem olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁹ İnsan ticareti, genellikle örgütlü bir şekilde ve profesyonel kişiler tarafından zorla çalıştırma, fuhuş, pornografik etkinlik, yasadışı organ ticareti, kölelik gibi amaçlarla maddi bir menfaat elde etmek amacıyla yapılmaktadır. İnsan ticaretinin tüm dünyayı etkisi altına alan bir olgu olması, devletlerin ulusal düzeyde aldıkları önlemlerin etkisiz ve yetersiz kalmasına sebebiyet verdiğinden bu hususta bölgesel ve uluslararası iş birliği yapma zorunluluğu doğmuştur.

İnsan ticaretinin, tarihsel süreçte genellikle kadınların ve kız çocuklarının ekonomik kazanç sağlamak maksadıyla fuhuş yaptırmak, zorla evlendirmek, cinsel istismar biçimlerine tabi kılmak, zorla çalıştırmak gibi saiklerle bulundukları yerden farklı yerlere gönderilmeleri şeklinde gerçekleştirilmesi sebebiyle insan ticaretine dair yapılan ilk uluslararası metinlerde bu konular kapsamında düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

İnsan ticaretinin güncel biçimine uygun en kapsamlı tanımı, 15 Kasım 2000 tarihli “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”¹⁶⁰de yapılmıştır. Protokolün 3. maddesine göre; insan ticaretinin, “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması*” anlamına geldiği, burada bahsedilen istismar teriminin ise kişilerin fuhuşunun istismarının yanında diğer cinsel istismar şekillerini de kapsadığı ifade edilmiştir. İnsan ticareti kapsamında değerlendirilen çocuk ticareti de sözleşme içerisinde ele alınmış ve aynı maddenin c bendinde, a bendinde sayılan yöntemlere başvurulmasa da çocukların istismar maksadıyla temin edilmesinin, bulundukları yerden farklı yerlere taşınmasının, devredilmesinin, barındırılmasının veya teslim alınmasının insan ticareti olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir.

Bunun dışında, çocukların cinsel amaçlı ticareti hakkında düzenlemeler öngören bir diğer uluslar arası belge de 25 Mayıs 2000 tarihli “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek

¹⁵⁹ Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İnsan Ticareti Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2006, S:67, s.57.

¹⁶⁰ Türkiye, bu Protokolü 30.01.2003 tarih ve 4804 sayılı Kanunla onaylamıştır. Protokol, 18.03.2003 tarih ve 25052 S. Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Protokol'ün tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>, E.T: 20.07.2020.

Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol”¹⁶¹ dır. Burada çocuk satışı, ücret veya başkaca bir menfaat karşılığında çocukların kişiler arasında devredilmesi olarak ifade edilmiş ve Protokolün md.3/1-a bendinde, çocuk satışı çerçevesinde çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin suç olarak öngörülmesi hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir.

Uluslararası hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku’nda da çocuk ticaretine dair düzenlemeler yapılmıştır. İnsan ticareti, 4771 sayılı Kanun ile mülga 765 sayılı TCK’nın 201/b. maddesine ilave edilen hükümle ilk kez Türk Hukuku’na girmiştir.¹⁶² Halen yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’da ise insan ticareti suçu, 80. maddede düzenlenmiştir. Anılan hükümde yer alan ve konumuz kapsamında değerlendirdiğimiz insan ticareti suçunun “fuhuş yaptırmak” saikiyle icra edilmesi durumu, mülga TCK’da yer almadığı gibi 5237 sayılı TCK’daki düzenlemenin ilk halinde de mevcut değildi. Kanunda insan ticaretinin en yaygın gerçekleştirilme şekillerinden biri olan fuhuş amaçlı sömürüye yer verilmemesi doktrinde eleştirilmekteydi.¹⁶³ Bu nedenle, 5560 sayılı Kanun ile madde metninde yapılan değişiklikle “fuhuş yaptırmak” saiki, TCK md.80’deki düzenlemeye ilave edilmiştir.¹⁶⁴

TCK’daki İnsan Ticareti Suçu’na ilişkin hüküm dikkate alındığında, İnsan ticaretinin ve dolayısıyla çocuk ticaretinin cinsel amaçlarla gerçekleştirilmesinde yalnızca “fuhuş yaptırmak” maksadına dair düzenleme yapıldığı görülmektedir. (TCK md.80). Ancak, insan ticaretine ilişkin BM Protokolünde, insan ticaretinin cinsel istismarın diğer biçimlerini de içeren maksatlarla yapılmasına dair hüküm bulunmaktadır. Bu bakımdan, Protokoldeki düzenleme gerek yetişkinlerin gerekse çocukların fuhuş dışında örneğin pornografik materyallerde kullanılması gibi cinsel içerikli başkaca amaçlarla ticarete konu edilmesi durumlarında da koruma sağlarken TCK’daki düzenleme yalnızca “fuhuş yaptırmak” maksadıyla sınırlı bir koruma getirmektedir. Dolayısıyla, kişilerin pornografik materyallerin üretilmesinde kullanılmak üzere insan ticaretine konu edilmesi durumunda, TCK md. 80’de düzenlenen suç gerçekleşmeyecektir. Ancak buradaki eylem, madde kapsamında yer alan “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak maksatlarıyla” bağdaştırılabildiği ölçüde faillerin TCK md.80 kapsamında sorumluluğu doğabilecektir.¹⁶⁵ Kanaatimizce bu husus, önemli bir eksiklik olup kanunda bu duruma ilişkin açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

¹⁶¹ http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeyeek.pdf, E.T: 20.07.2020.

¹⁶² Değirmenci, s.73; Arslan, Çetin, İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2004, C:53 S:4, s.23.

¹⁶³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.124.

¹⁶⁴ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.96.

¹⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.104.

b. Çocuk Fuhuşu

Fuhuş kelimesi, “*değişik erkeklerle münasebette bulunarak onların cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etme sanatı*”¹⁶⁶ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bakımdan, fuhuşta kazanç elde etmek amacı ile bir kişinin kendi bedenini başka bir kişiye onun cinsel arzularını tatmin etme maksadıyla kullandırması söz konusu olmaktadır.¹⁶⁷

Çocukların cinsel sömürüsü olarak nitelendirilen eylemlere dâhil olan çocuk fuhuşu ise ÇHS’ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol’ün 2. maddesinde; çocuk fahişeliği adı altında çocukların para ya da başkaca bir menfaat karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılmaları olarak tanımlanmıştır. Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)’nin 19. maddesinde de bu düzenlemedekine benzer bir tanıma yer verilmiştir.

Çocukların ticari amaçlarla cinsel açıdan sömürülmesinin engellenmesi amacıyla uluslararası alanda pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu amaçla, ÇHS’nin 34. maddesinde çocukların cinsel sömürüden korunma hakkı düzenlenmiş ve taraflara, çocukları cinsel sömürü ve cinsel suistimal fiillerinden korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan maddenin b bendinde de çocukların “fuhuş yoluyla sömürülme” durumlarına karşı korunması hususu ayrıca vurgulanmıştır.

Bir diğer düzenleme olan Lanzarote Sözleşmesi’nin 19. maddesinde, çocuk fuhuşu kapsamında değerlendirilecek fiiller açıklanmıştır. Buna göre; çocuğa fahişelik yaptıрма, çocuğun fuhuşta bulunmasına sebep olma, çocuğu fuhuş yapmaya zorlama veya çocuk üzerinden bu amaçlar doğrultusunda kazanç sağlama veya çocuğu başka şekillerde suistimal etme ile çocuk fuhuşuna katılma eylemleri, suç olarak öngörülmüş ve taraf devletlere, bu maddedeki hükümlere paralel yasal düzenlemeler yapma ve gerekli olan diğer tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Türk Hukuku’nda fuhuşa ilişkin düzenlemeler, “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklar Mücadele Tüzüğü”nde yer almaktadır. Burada fuhuş kelimesi tanımlanmamakla beraber “genel kadınlar”, “genel evler” ile “tek başına fuhuş yapılan evler” kavramları açıklanmıştır. Anılan tüzükte, isabetsiz olarak fuhuş yapan erkekler ile homoseksüel kişilere dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husus önemli bir eksikliktir, zira fuhuş yalnızca kadınlara özgü bir faaliyet değildir. Buna karşılık, TCK md.227’de yer alan fuhuş suçu kapsamında fuhuşa teşvik edilen kişiler açısından cinsiyet bir önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, erkeklerin fuhuşa teşvik edildiği durumlarda da TCK md.227’deki suç meydana gelecektir.

Türk Hukuku’nda Fuhuş Suçu, 765 sayılı TCK’da “fuhşiyata tahrik” başlığı altındaki 435. maddede düzenlenmişti. Anılan hükümde, fuhşiyata tahrik suçu kapsamında cezalandırılacak fiiller; “*kandırarak fuhşa teşvik etme ve bunun yolunu kolaylaştırma*”

¹⁶⁶ Zafer, Hamide, Fuhuş Suçu (TCK m.227), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Y:2019, C:21, Özel S., s.3160.

¹⁶⁷ Zafer, s.3160-3161.

olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, mağdurun yaşı baz alınarak üç ayrı yaş grubu belirlenmiş ve bu fiillerin 15 yaşını doldurmamış küçüğe karşı işlenmesi, 15-21 yaş aralığındaki kişilere karşı işlenmesi ile 21 yaşını doldurmuş kişilere karşı işlenmesi hallerine göre farklı cezalar öngörülmüştür. Kanunda bu tür bir ayırım yapılmasının nedeni, 765 sayılı TCK dönemindeki çocuk tanımından kaynaklanmaktaydı.¹⁶⁸ 765 sayılı Kanunda, çocuk tanımına ilişkin genel bir hüküm bulunmamakla beraber, Kanun kapsamında düzenlenen suçlara ilişkin bazı hükümlerde çocuktan ne anlaşılması gerektiği belirtilmiş bazı hükümlerde de nasıl bir yaş aralığı benimsendiği ifade edilmişti.¹⁶⁹ Düzenlemedeki bir diğer önemli husus, maddenin ilk fıkrasında, mağdur bakımından 15 yaşını doldurmamış “küçük”, ikinci fıkrasında da 15 yaşını doldurmuş ancak 21 yaşını bitirmemiş “kimseler” ibaresi kullanıldığı için bu fıkralar açısından mağdur kadın veya erkek olabilecektir. Ancak, son fıkrada fuhşa teşvik fiilinin 21 yaşını doldurmuş “kız ve kadınlara” karşı yapılmasından söz edilmesi, bu hükmün sadece kadın mağdurlara yönelik olarak düzenlendiğini göstermektedir.¹⁷⁰ Bununla birlikte, 21 yaşını doldurmuş kişileri fuhşa teşvik eden kişinin yalnızca mağdurun kocası, annesi, babası veya kardeşleri olması halinde cezalandırılacağı öngörülmüştür.¹⁷¹ Maddede ayrıca, 15 yaşını doldurmamış ya da 15-21 yaş aralığında olan mağdurların; üstsoyu, kardeşleri, kendisini evlat edinenler yahut velisi, vasisi, öğretmenleri, eğiticileri, hizmetçileri veya koruma altına verildikleri kişiler tarafından fuhşa teşvik edilmesi, suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında, 15-21 yaş aralığındaki mağdurlar bakımından ayrıca failin, mağdurun kocası olması durumu da cezada artırım yapılması gereken nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür.¹⁷²

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise fuhuş, 227. maddede “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Bu hükümde, çocukların ve yetişkinlerin fuhuşu olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Konumuz kapsamında olan çocuk fuhuşuna ilişkin düzenleme maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükümde çocukların fuhuşa teşvik edilmesi, bunun kolaylaştırılması, çocukların bu amaçla tedarik edilmesi, barındırılması veya çocuk fuhuşuna aracılık edilmesi fiilleri suç olarak öngörülmüştür. Ayrıca uluslararası metinlerde, çocukların fuhuşa sürüklenmesine ilişkin yapılan hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağını öngören hükümlerin maddeye işlendiği görülmektedir.¹⁷³ Maddenin 2. fıkrasında, yetişkin kişilerin fuhuşa teşviki düzenlenmiştir. Maddenin 4., 5. ve 6. fıkralarında ise ilk iki fıkrada belirtilen suçların nitelikli hallerine yer verilmiştir. Fuhuş suçu münferit şekilde işlenebileceği gibi fuhuş yaptırmaya maksatlı insan ticareti suçunun işlenmesi durumunda da gündeme gelebilmektedir. TCK md.80/1’e göre; fuhuş yaptırmak maksadıyla tehdit, baskı, cebir, şiddet uygulayarak, nüfuzu kötüye kullanarak, kandırarak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak kişilerin rızalarını elde etmek

¹⁶⁸ Zafer, s.3161.

¹⁶⁹ Memiş Kartal, s.36.

¹⁷⁰ Otacı, s.357.

¹⁷¹ Zafer, s.3161.

¹⁷² Otacı, s.360.

¹⁷³ Parlar, Ali/Banko, Meltem, 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesine Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.548.

suretiyle bu kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka yere götüren, sevk eden veya barındıran kimseler insan ticareti suçundan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte, çocukların fuhuş maksadıyla tedarik edilmeleri kaçırılmaları, bir yerden başka bir yere götürülmeleri, sevk edilmeleri veya barındırılmaları durumlarında ise 1. fıkrada öngörülen araç fiillere başvurulmamış olsa bile insan ticareti suçu oluşacaktır. (TCK md.80/3).

Fuhuş suçu ile insan ticareti suçu birbirinden bağımsız suçlardır. Bu nedenle, failin bu iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.¹⁷⁴ Ancak, konumuz itibarıyla çocukların fuhuş amaçlı tedarik edilmesi ile barındırılması durumlarında failin fiili hem fuhuş hem de insan ticareti suçuna vücut verecektir. Bu durumda faile verilecek ceza fikri içtima kurallarına göre belirlenecektir.¹⁷⁵

Çocuk fuhuşuyla çocukların cinsel istismarı karşılaştırıldığında, fuhuşta bir menfaat karşılığında başkalarının cinsel tatminin sağlanması amacıyla çocuğun tedariki söz konusuyken cinsel istismarda kişi kendi cinsel arzularını tatmin etmek için çocuğu kullanmaktadır.¹⁷⁶ Ancak, fuhuş yaptırma maksadıyla tedarik edilen ya da fuhuşa teşvik edilen çocukla ilişkiye giren kişi, çocuğu cinsel doyuma ulaşma maksadıyla kullandığından bu kişi tarafından çocuğun cinsel istismara uğratıldığı söylenebilecektir.¹⁷⁷ Bu bakımdan, çocukla ilişkiye giren kişinin somut olayın özelliklerine göre cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçları kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir.

c. Çocuk Pornografisi

Pornografi, Fransızca “pornographie” kelimesinin dilimize yansıması olup “açık saçık yazı, resim veya film gibi şeyler”¹⁷⁸ anlamında kullanılmaktadır. Çocukların cinsel sömürü biçimlerinden biri olan çocuk pornografisinin özellikle internetin yaygınlaşmasıyla birlikte ciddi boyutlara ulaşması, bu sorunun çözümüne yönelik uluslararası alanda pek çok düzenleme yapılması sonucunu doğurmuştur.¹⁷⁹

Lanzarote Sözleşmesi’nin 20. 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 tanımlanmıştır. Ayrıca Sözleşme ile taraf devletlere, md. 20/1’de belirtilen çocuk pornografisi üretmek, sunmak veya temin etmek, bunları dağıtmak, iletmek, tedarik etmek, bulundurmak, bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak çocuk pornografisine bilerek erişim sağlamak fiilleri ile md.21’deki çocuğu pornografik gösterilerde çalıştırmak, bu tür gösterilere katılmasına neden olmak, bunlara katılmaya zorlamak,

¹⁷⁴ “...insan ticareti ile fuhuş suçlarının birbirlerinden bağımsız olmaları sebebiyle sanıklar ..., ... ile ...’nın, mağdurlar ... ile ...’ya yönelik eylemlerinden ayrıca “fuhuş” suçundan da cezalandırılabilme ihtimalleri bulunduğundan,...” (Yargıtay 18. CD, 20.12.2017, 29935/15179, Zafer, s.3180).

¹⁷⁵ Zafer, s.3180.

¹⁷⁶ Memiş Kartal, s.37-38.

¹⁷⁷ İnci, s.101.

¹⁷⁸ Yılmaz, s.389.

¹⁷⁹ Güngör, Devrim, Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan Cilt II, Ankara 2015, s.545.

çocuktan bu amaçlar doğrultusunda kar elde etmek, çocuğu başka şekillerde suistimal etmek ile çocukların katıldığı pornografik performanslara bilerek katılmak fiillerini yasal mevzuatlarında suç olarak düzenlemeleri hususunda yükümlülük getirilmiştir.

Çocuk Pornografisi hususunun düzenlendiği önemli bir sözleşme olan “Avrupa Birliği Siber Suç Sözleşmesi”¹⁸⁰’nin 9. maddesinde de Lanzarote Sözleşmesi’ndeki hükümlere benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

Çocuk pornografisi konusunda, önemli yenilikler getiren bir diğer belge Avrupa Birliği Konseyi’nin 2003 tarihli Çocukların Cinsel İstismarı ve Çocuk Pornografisi ile Mücadeleye İlişkin Çerçeve Kararı’dır. Bu Kararda çocuk pornografisi, görünüşte ve sanal çocuk pornografileri kavramlarını de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.¹⁸¹

Çocuk pornografisi içerisine dâhil edilen görünüşte çocuk pornografisi kavramı, gerçekte küçük olmayan ancak küçüklere benzeyen kişiler kullanarak pornografik materyal üretilmesini, sanal çocuk pornografisi kavramı da bilgisayarda üretilen pornografik materyalleri ifade etmektedir.¹⁸²

Türk Ceza Hukuku’nda çocuk pornografisine dair hükümler, TCK’nın 226. maddesinde “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde “Müstehcenlik” adı altına düzenlenmiştir.

Müstehcen, kelime olarak “açık, saçık, edepsizce olan”¹⁸³ anlamına gelmektedir. Mülga 765 sayılı TCK md.426’da müstehcenlik, “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırılık” olarak ifade edilmekteydi. 5237 sayılı TCK’daki düzenlemede ise müstehcenlik kelimesinin tanımı yapılmamıştır. Madde gerekçesinde, normatif nitelikte olan bu kavramın, toplumsal değer yargıları dikkate alınarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁸⁴ Kavram, doktrinde de tartışılmıştır. *Dönmezer*’e göre; eser bütün ile şehvet ve safahat eğilimlerini tahrik edecek ar ve haya ile adabı rencide edebilecek nitelikte ise müstehcen olarak nitelendirilmelidir.¹⁸⁵ *Özbek*’e göre de şehvet duygusuna yönelmiş, bu duyguyu tahrik eden ve ar ile haya duygularını rencide edici nitelikteki şeyler müstehcen olarak kabul edilmelidir.¹⁸⁶

Çocukların, müstehcen sayılan fiillere karşı korunmasına yönelik olarak 5237 sayılı TCK md. 226’nın 1. fıkrasının a ve b bentleri ile 3. ve 5. fıkralarındaki suçlar öngörülmüştür. Anılan hükümlerde, çocukların korunması düşüncesinin ön planda tutulduğu görülmektedir. Mülga 765 sayılı TCK’daki düzenleme, genel nitelikte olup maddede çocukların mağdur olduğu durumlara ilişkin ayrı ve özel bir hüküm bulunmamaktaydı.

¹⁸⁰ Sözleşme için bkz. <https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirligiSiberSuclarSozlesmesi.doc>, E.T: 20.07.2020.

¹⁸¹ Güngör, s.546.

¹⁸² Yıldız, Sevil, Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi, Erciyes İletişim Dergisi, Ocak 2009, C: 1, S:1, s.183.

¹⁸³ Yılmaz, s.352; TDK, Türkçe Sözlük, s.590.

¹⁸⁴ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara 2006, s.965.

¹⁸⁵ Dönmezer, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1975, s. 205.

¹⁸⁶ Özbek, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.18.

Ancak, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu¹⁸⁷'nda, TCK md.226/1'de yer alan hükümlere paralel düzenlemeler mevcuttu. Bu bakımdan, 5237 sayılı TCK md. 226, Mülga TCK'daki düzenlemeler ile 1117 sayılı Kanundaki hükümleri kapsar şekilde hazırlanmıştır. Anılan düzenleme dikkate alındığında, kanun koyucunun özellikle son zamanlarda ciddi bir sorun haline gelen müstehcenlikle mücadeleyle önem verdiği görülmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 226. maddesindeki çocuk mağdurlara yönelik olarak getirilen hükümler dikkate alındığında, md.226/1-a'da; çocuklara müstehcen görüntü, yazı ya da sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriklerini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek, md.226/1-b'de; müstehcen ürünleri çocukların girebilecekleri veya görebilecekleri yerlerde ya da alenen göstermek, sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükümdeki suçların basın-yayın yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda da md.226/2'deki suç oluşacaktır.¹⁸⁸ TCK md.226/3'te; müstehcen nitelikteki ürünlerde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak ile bunları ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak fiilleri cezalandırılmaktadır. Anılan hüküm dikkate alındığında, çocuk pornografisi kavramının, görünüşte çocuk pornografisi ile sanal çocuk pornografisini de kapsayacak şekilde genişletilmesi düşüncesinin, çeşitli uluslararası metinlerde ve mukayeseli hukuktaki düzenlemelerde olduğu gibi Türk Hukuku'ndaki düzenlemeye de işletildiği görülmektedir.¹⁸⁹ TCK md.226/5'te ise md.226/3'de belirtilen ürünlerin basın-yayın yoluyla yayınlanması, buna aracılık edilmesi veya bunların çocuklar tarafından görülmesinin, dinlenmesinin veya okunmasının sağlanması durumları, suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir.

Çocuk pornografisi, çocuğun cinsel sömürü biçimlerinden biri olarak karşımıza çıksa da bazı hallerde çocukların cinsel istismarına da yol açabilmektedir. Bu bakımdan, TCK md.226/3 kapsamında çocukların pornografik materyallerin üretiminde kullanılması durumunda, bazen çocuğun cinsel istismara uğraması söz konusu olabilmektedir. Burada, pornografik ürünlerin üretilmesinde çocukların kullanımının cinsel istismar boyutuna varması gerekli olmamakla birlikte yapılan hareketler cinsel istismar boyutuna ulaşırsa TCK md.103'teki cinsel istismara ilişkin hükümler de dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, TCK md.103/1-a hükmündeki çocuklar bakımından rızalarıyla da olsa bedensel temas içeren her türlü cinsel davranış, bu suça vücut verecektir. TCK md.103/1-b hükmündeki çocuklara karşı ise ancak rızaları dâhilinde yapılan ve cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar suçun oluşumunu önleyeceğinden, bu çocuklara yönelik rıza dışı yapılan cinsel davranışlar ile bu çocuklarla rızaen de olsa girilen cinsel ilişki, cinsel istismar olarak nitelendirilecektir.

¹⁸⁷ RG, 07.07.1927, S:627.

¹⁸⁸ Taneri, Gökhan, Müstehcenlik Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2018, C:13, S:1, s.593.

¹⁸⁹ Anılan düzenleme, 24/03/2016 tarihli 6698 sayılı Kanunun 30. maddesiyle yapılan değişiklikle madde kapsamına dâhil edilmiştir.

d. Çocuk Evlilikleri

Çocuk evlilikleri; çocukların gerek ruhsal gerekse de mental açıdan henüz evlenme, evlat sahibi olma vb. sorumlulukları alabilecek olgunluğa erişmeden evlendirilmelerini ifade eden bir kavramdır.¹⁹⁰ Çocuk evliliklerinin nedenleri, toplumdan topluma farklılık göstermekle beraber ailelerin ve bireyin eğitim seviyesinin düşüklüğü, ailenin sosyoekonomik yapısı, gelenekler, inanışlar, cinsiyetler arası eşitsizlik, aile içinde yaşanan şiddet, doğal afetler ile savaşlar başlıca nedenler olarak sayılmaktadır.¹⁹¹

Çocuk evlilikleri, evlenen kişilerden birinin veya her ikisinin çocuk olduğu evlilikleri ifade etmektedir.¹⁹² UNİCEF ise çocuk evliliklerinin, 18 yaş öncesinde yapılan resmi nikâh veya gayri resmi birliktelikleri ifade eden bir kavram olduğunu belirtmiştir. UNİCEF'in bu tanımlamasında, medeni nikâh olmaksızın yapılan evlilikler ile gayri resmi birlikteliklerin de çocuk evlilikleri kavramına dâhil edilmesinin önemini vurguladığı görülmektedir.¹⁹³

Erken yaşta evlenme oranı dünya genelinde azalıyor olsa da halen kızların büyük çoğunluğunun çocuk yaşta evlendirildiği görülmektedir.¹⁹⁴ Erken yaştaki evlilikler, kişilerin her çeşit sömürü, şiddet ve istismar fiilleriyle yoksulluğa maruz kalma risklerini artmaktadır.¹⁹⁵ Henüz biyopsikososyal gelişimlerini tamamlamadan evlendirilen kız çocukları; küçük yaşlarda evliliğin beraberinde getirdiği sorumlulukları üstlenmekte, yaşlılarından koparılmakta ve eğitim-öğretim hayatından mahrum bırakılmaktadır.¹⁹⁶ Çevrelerindeki kişiler tarafından sürekli olarak kısıtlanan, sosyal gelişimlerini tamamlanmamış ve kişilikleri oturmamış çocukların evliliklerinde mutsuz olduğu gözlemlenmiştir.¹⁹⁷ Yapılan araştırmalarda, çocuk yaşta evlenen eşler arasında şiddet vakalarının daha fazla görüldüğü özellikle de 15-19 yaş aralığında olup eğitim seviyesi düşük olan kız çocuklarının, eşleri tarafından fiziksel ve cinsel şiddete maruz bırakılma riskinin yüksek olduğu saptanmıştır.¹⁹⁸ Bununla birlikte, çocuk yaşta evlilik yapan kadınlarda, yetişkin yaşta evlenen kadınlara göre ruhsal hastalık tanısı ve psikiyatrik destek alma oranının daha yüksek olduğu¹⁹⁹ ayrıca 10-17 yaş aralığındaki evli çocukların evli olmayan çocuklara nazaran intihara yönelme oranının daha fazla olduğu görülmüştür.²⁰⁰ Erken yaşta yapılan evliliklerin başka bir sakıncası da gebelikten

¹⁹⁰ Boran, Perran/Gökçay, Gülbin/Devecioğlu, Esra/Eren, Tijen, Çocuk Gelinler, Marmara Medical Journal, Y:2013, C: 26, S:2, s.58.

¹⁹¹ Çocuk evliliklerinin nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aktepe, Evrim/Atay, İnci Meltem, Çocuk Evlilikleri ve Psikososyal Sonuçları, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y: 2017, C:9, S:4, s.412-415.

¹⁹² Lüksemburg Terimler ve Kavramlar Kılavuzu, s.65.

¹⁹³ Lüksemburg Terimler ve Kavramlar Kılavuzu, s.66.

¹⁹⁴ Soylu, Nusret/Ayaz, Muhammed, Adli Değerlendirme İçin Yönlendirilen Küçük Yaşta Evlendirilmiş Kız Çocuklarının Sosyodemografik Özellikleri ve Ruhsal Değerlendirmesi, Y:2013, C:14, S:2, s.137.

¹⁹⁵ Aktepe/Atay, s.419.

¹⁹⁶ Soylu/Ayaz, s.137.

¹⁹⁷ Kaynak Malatyalı, Meryem, Türkiye'de Çocuk Gelin Sorunu, Nesne Psikoloji Dergisi, Y:2014, C:2, S:3, s.31.

¹⁹⁸ Boran ve diğerleri, s.61.

¹⁹⁹ Aktepe/Atay, s.417.

²⁰⁰ Kaynak Malatyalı, s.31-32.

korunma yöntemlerini bilmeyen kız çocuklarının istenmeyen gebelik yaşama²⁰¹ ve cinsel yolla bulaşan hastalıklara maruz kalma riskinin yüksek olmasıdır.²⁰²

Çocukların cinsel sömürü şekillerinden biri olarak kabul edilen çocuk evlilikleri, uluslararası alanda özellikle de Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan pek çok düzenlemeye konu edilmiştir. BM Genel Kurulunca yapılan 1962 tarihli “Evlenmeye Rıza, Evlenme için Asgari Yaş ve Evliliklerin Tescili Hakkında Sözleşme”nin Başlangıç kısmında, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”nin evlenme hakkını düzenleyen 16. maddesine atıf yapılmakla beraber Sözleşmenin 1. maddesinde, evliliğin yasalarda öngörülen usullerde resmi şekilde yapıldığı ve tarafların özgür rızalarının bulunduğu hallerde geçerli olacağı öngörülmüştür. Sözleşmenin 2. maddesinde ise taraf devletlere, ulusal mevzuatlarında evlilik için asgari bir yaş şartı belirleme yükümlülüğü getirilerek yetkili makamlarca ciddi gerekçelerle evlenmeye istekli eşlerin menfaati icabı evlenme yaşı bakımından bir istisna getirilmiş durumlar hariç olmak üzere belirlenen asgari yaştan altındaki kişilerin yasal olarak evlenemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak, Sözleşmede spesifik bir yaş sınırı belirtilmemiştir. 1965 tarihli BM Genel Kurulu’nun “Evlenmeye Rıza, Evlenme için Asgari Yaş ve Evliliklerin Tescili Hakkında Tavsiye Kararı”nda ise 1962 tarihli Sözleşmeye paralel düzenlemeler öngörülmekle birlikte bu Sözleşmeden farklı olarak evlilik için asgari yaş sınırı “15 yaş” olarak öngörülmüştür.²⁰³

Birleşmiş Milletler tarafından yapılan bir diğer sözleşme olan 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi”nin²⁰⁴ 16. maddesinde; kişilerin evlenmede ve eşlerini seçmede özgür olmaları, evlilikte eşlerin eşit haklara sahip olmaları, evlenmede asgari yaş sınırı, resmi kayıt tutulması vb. konulara ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Ayrıca, çocuk evliliklerine ilişkin md.16/2’de yer verilen hükümle, çocukların nişanlanması ve evlendirilmesi yasaklanmıştır.²⁰⁵

Avrupa Konseyi tarafından da konuya ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan biri, 2004 tarihli Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin “Ev Hizmetlilerinin Köleleştirilmesi: Kulluk, Çocuk Bakıcıları ve Posta ile Sipariş Edilen Gelinler Konusundaki Tavsiye Kararı”dır.²⁰⁶ Kararda, çocuk ticareti şeklinde gerçekleştirilen çocuk evliliklerinin devletlerce yasaklanması konusunda tavsiyelere yer verilmiştir.²⁰⁷

Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan önemli düzenlemelerden biri de “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi

²⁰¹ Aktepe/Atay, s.419.

²⁰² Boran ve diğerleri, s.61; Aktepe/Atay, s.419.

²⁰³ Anılan düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku’nun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2010, s.595-600.

²⁰⁴ Sözleşme, BM Genel Kurulunca 18.12.1979 tarihinde kabul edilmiş ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 24.07.1985 tarihinde onaylanmış ve 19.01.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁰⁵ Sözleşmeye dair ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Kitabevi, İstanbul 2010, s.489-514.

²⁰⁶ Anılan karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Yücekul, Gülşah, İnsan Ticareti Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.114-115.

²⁰⁷ Memiş Kartal, s.25.

Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)”dir.²⁰⁸ Sözleşmede, çocuk evlilikleriyle ilgili hükümler “Zorla Yapılan Evlilikler” başlıklı 37. maddede düzenlenmiştir. Anılan hükümde, çocuğun kasten evlenmeye zorlanması ile evliliğe zorlamak maksadıyla kasten kandırılarak söz konusu çocuğun ikamet ettiği yerden başka yere götürülmesi eylemlerinin cezalandırılması için gerekli tedbirleri almaları hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir.

Türk Hukuku’nda ise TMK’nın 124. maddesinde, evlilik için asgari yaş sınırı öngörülmüştür. Buna göre, kadın veya erkeğin 17 yaşını doldurmuş olmadıkça yasal olarak evlenemeyeceği ancak olağanüstü hallerde ve önemli bir sebebin varlığı halinde 16 yaşını bitirmiş kişilerin evlenmesine hâkim tarafından karar verilebileceği belirtilmiştir. Ancak, TMK’daki yaş sınırına aykırı olarak çocukların evlendirilmesi durumu, Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, çocuk evlilikleri ancak koşulların varlığı halinde TCK md. 103’teki çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, TMK’nın evlilik için öngördüğü hükümlere uygun olarak evlenen ve kanunen ergin kılınan 18 yaşını doldurmamış küçüklere rızaları çerçevesinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar, TCK md.103’te düzenlenen suçu oluşturmayacaktır. Ancak, resmi bir nikâh olmaksızın hukuken geçerli olmayan dini nikâhla yapılan evlilikler neticesinde çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar, somut olaya göre cinsel istismar suçunu (TCK md.103) veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu (TCK md.104) oluşturacaktır. Bu kapsamda, gayri resmi şekilde evlendirilen 15 yaşın altındaki veya 15-18 yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçunu meydana getirecektir. Kanun kapsamında, anılan çocukların herhangi bir cinsel davranışa karşı gösterecekleri rıza hukuken geçerli kabul edilmediğinden bu çocukların, yapılan eyleme rıza göstermeleri suçun oluşumunu engellemeyecektir. Bununla birlikte, gayri resmi evlendirilen 15-18 yaş aralığında olup algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ise yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle, anılan çocuklara yönelik rızaları dâhilinde gerçekleştirilen fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar suç teşkil etmemektedir. Ancak, bu çocuklarla rızaları dâhilinde girilen “cinsel ilişki” ise TCK md.104 kapsamında cezalandırılacaktır.

2. Ensest

Ensest kelimesi, Latin kökenli “*incestus*” kelimesinden gelmekte olup “*pis, kirlenmiş, temiz olmayan*” anlamda kullanılmaktadır.²⁰⁹ Kelimenin, Türkçede karşılığı olmamakla birlikte Arapçadaki fücür kelimesiyle karşılık gelmektedir. Fücür kelimesi, *fitne*²¹⁰ *günah*,

²⁰⁸ Türkiye sözleşmeyi imzaya açıldığı tarih olan 11.05.2011 tarihinde imzalamış ve 14.03.2012 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşme, 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme için bkz. <https://rm.coe.int/1680462545>, E.T:20.07.2020.

²⁰⁹ Yalçın Sancar, Türkan/Yaşar, Tuğçe Nimet, Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S:80, s.246.

²¹⁰ TDK, Türkçe Sözlük, s.304.

*zina, ahlaka aykırılık*²¹¹ anlamına gelmektedir. Ayrıca, encest-fücur kavramları, “evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki evlenmeler veya evlenme dışı cinsel ilişkiler”²¹² şeklinde de tanımlanmaktadır. Amerikan Sağlık, Eğitim ve Koruma Bölümü’nün 1980 yılında yaptığı tanımlamada ise aile içinde ana-baba konumundaki kişiler tarafından çocuğun cinsel istismara uğratılması olarak ifade edilmiştir.²¹³

Klasik anlamda encest, yalnızca aralarında kan bağı olan kişiler arasındaki ilişkileri ifade etmektedir. Bu bakımdan, geleneksel olarak biyolojik açıdan akrabalık bağı olan aile bireyleri arasındaki ilişkiler, encest ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.²¹⁴ Ancak, günümüzde parçalanmış ailelerin artması nedeniyle üvey anne-baba ve çocuklar ile üvey kardeşler arasındaki cinsel içerikli ilişkilerin de encest ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerekliliği gündeme gelmiştir.²¹⁵ Bu anlayış doğrultusunda, bir tarafın çocuk olduğu encest ilişkilerde çocuğu cinsel açıdan istismar edenlere çocuğun üstsoy ve yansoy kan hısımlarının yanında çocuk üzerinde otorite sahibi olan diğer akrabalar (enişte, üvey anne-baba ile üvey kardeş vb.) da dâhil edilmiştir.²¹⁶ Ayrıca, son yıllarda encest ilişkisi kavramı, yalnızca cinsel ilişkiyi değil her türlü cinsel nitelikteki davranışı kapsayacak şekilde genişletilmiştir.²¹⁷

Çocukluk dönemi cinsel istismarı içerisinde değerlendirilen encest vakalar, tüm cinsel istismar vakalarının üçte birini oluşturmaktadır.²¹⁸ Yapılan araştırmalarda, çocuklara yönelik cinsel istismar niteliğinde kabul edilen encest ilişkilerin, 6-11 yaşlarında başladığı görülmüştür.²¹⁹ Bu bakımdan, encest mağdurları diğer mağdurlara göre daha küçük yaşlarda istismar edilmeye başlamaktadır. Bunun nedeni, encest mağduru çocukların, çoğu zaman saldırganla aynı ortamda çoğunlukla aynı evde olmaları sebebiyle saldırganın bu çocukları korkutmasının veya ikna etmesinin daha kolay olmasıdır.²²⁰

Aile içi encest vakalarında, erkek çocukların da istismar edildiği bilinmekte birlikte mağdurlar genellikle kız çocukları olup yaygın olarak öz baba-kız encesti şeklinde gerçekleşmektedir.²²¹ Bununla birlikte, aynı evde yaşayan kız veya erkek çocuklar da birlikte veya ayrı olarak istismara uğrayabilmektedir.²²² Türkiye’deki araştırmalar neticesinde, istismarcıların %57’si öz babalar, %4’ü öz abiler, %13’ü yakın akrabalar, %26’sının da 2. derece akrabalar olduğu saptanmıştır.²²³

²¹¹ <https://www.luggat.com>, E.T: 05.08.2020.

²¹² Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.155.

²¹³ Çalvin Bozbeyoğlu ve diğerleri, s.5.

²¹⁴ Ataç, s.872.

²¹⁵ Tuğrul, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.2.

²¹⁶ Çalvin Bozbeyoğlu ve diğerleri, s.6.

²¹⁷ Saygılı, Sefa/Gönenli, Sinem, Aynı Ailede Görülen Çoklu Encest, Düşünen Adam Dergisi, Y:2008, C:21, S:1-4, s.33.

²¹⁸ Yüksel, Şahika/Saner, Suzan, Çocuk Cinsel İstismarı ve Zor Açığa Çıkması, http://www.aktuelpsikoloji.com/d/file/cocukcinsel_istismar_bilgilendirme_dosyasi.pdf, E.T: 06.08.2020.

²¹⁹ Tuğrul, s.5.

²²⁰ Ertur, Esen/Yaycı, Nesime, Erkek Mağdur Açısından Encest, Adli Tıp Dergisi, Y:2011, C:25, S:3, s.205.

²²¹ Tuğrul, s.5.

²²² Çalvin Bozbeyoğlu ve diğerleri, s.8.

²²³ Çalvin Bozbeyoğlu ve diğerleri, s.6.

Ensestin meydana geldiği aileler üzerinde yapılan bazı çalışmalarda, ebeveynlerin çocuklarına duygusal yönden uzak olduğu ve ev içerisinde cinsel nitelikte davranışların görüldüğü saptanmıştır.²²⁴ Alkol ve madde bağımlılığı, fiziksel yakınlaşmalar, boşanmış ebeveynler, ailenin nüfusunun fazla olması ve sosyal açıdan izole bir yaşam sürdürmesi ensestin görülme sıklığını etkileyen faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır.²²⁵ Ensestin bulunduğu bazı ailelerde ebeveynlerin de ensest mağduru olduğu bazılarında ise annenin kendi ebeveynleriyle sorunlar yaşadığı görülmüştür.²²⁶

Ensestin aile içinde yaşanması, toplum tarafından yasaklanan ve kabul edilmeyen bir olgu olması sebebiyle ortaya çıkarılması oldukça zordur.²²⁷ Bu nedenle, ensest vakalarının büyük bir bölümü uzun yıllar saklı kalmakta bazen de hiç ortaya çıkmamaktadır. Bu özelliği nedeniyle ensest vakaların çoğunluğu kriminolojik açıdan “siyah sayılar” olarak tabir edilen bilinmeyen suçluluk alanı içerisinde değerlendirilmektedir. Siyah sayılar, suç istatistiklerinin göstermediği, çoğu bilinmeyen fakat gerçekte var olan suçluluğa ait rakamları ifade eden bir kavramdır.²²⁸ Doktrinde, suçta siyah sayıların oluşmasına etki eden faktörler, mağdurların yol açtığı nedenler ile mağdurlar dışındaki faktörlerin yol açtığı nedenler olarak sınıflandırılmıştır.²²⁹ Bununla birlikte, bilinmeyen suçluluğun büyük bir kısmının suç mağdurlarının davranışları sebebiyle meçhul kaldığı ifade edilmektedir.²³⁰ Bu kapsamda, ensest vakalarının çoğunluğunun açığa çıkarılamamasında; çocuğun yaşadığı durumun yanlış olduğunu bilmemesi veya ifade edememesi, istismarcının baskı ve tehditleri veya çocuk üzerinde ya da diğer aile bireyleri üzerindeki otoritesi, diğer aile üyelerinin istismarı fark etmemesi veya çocuğa inanmamaları, toplumdaki yaygın namus anlayışı ve toplumsal baskı gibi faktörlerin etkili olduğu ortaya konulmaktadır.²³¹

Ensest mağduru çocuklarda; kâbus görme, travma sonrası stres bozukluğu, depresyon, şiddete yönelim, madde bağımlılığı gibi durumların ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.²³² Ensest mağduru çocukların istismara maruz kalma süresi aile dışı cinsel istismar mağdurlarına nazaran daha uzun sürmekte ancak enseste, saldırgan tarafından çocuğa tatbik edilen şiddet diğer istismar vakalarına göre daha az olmaktadır.²³³

Ceza Hukuku açısından ensest, aralarında evlenme yasağı bulunan reşit kişilerin rızaen cinsel ilişkiye girmeleri olarak nitelendirilmektedir.²³⁴ Bu bakımdan, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen ensest, taraflardan birinin mağdur olduğu cinsel suçlardan farklı

²²⁴ Okan İbiloğlu, Aslıhan/Atlı, Abdullah/Oto, Remzi/Özkan, Mustafa, Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Ensest Olgularına Çok Yönlü Bakış, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2018, C: 10, S:1, s.87.

²²⁵ Saygılı/Gönenli, s.33.

²²⁶ Kır, Ebru, Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:2013, C:71, S: 1, s.792.

²²⁷ Saygılı/Gönenli, s.33.

²²⁸ Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1984, s.42.

²²⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu Akıncı, Füsün, Siyah Sayılar ve Viktimoloji, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:1974, C:40, S:1-4, ss.219-241, s.228-234.

²³⁰ Dönmezer, Kriminoloji, s.43.

²³¹ Ensestin açığa çıkmasını engelleyen faktörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çalvin Bozbeyoğlu ve diğerleri, s.17-25.

²³² Ertur/Yaycı, s.207.

²³³ Ertur/Yaycı, s.207.

²³⁴ Yalçın Sancar/Yaşar, s.247.

olarak her iki tarafın da fail olduğu diğer bir deyişle çok failli bir suçtur.²³⁵ Encest ilişkiler, kişilerin cinsel yaşam özgürlüğüyle birlikte ele alındığında özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁶ Ancak, encest fiilleri suç olarak düzenleyen ceza yasalarına bakıldığında, kişilerin cinsel özgürlüklerinin karşında genel ahlak, aile birliğinin ve yapısının korunması, gelecek nesillerin potansiyel sağlığı gibi çeşitli hukuksal değerlerin üstün tutulduğu görülmektedir.²³⁷

Türk Hukuku'nda evlenmeleri yasak olan ve cinsel münasebetleri encest ilişkisi kapsamında değerlendirilebilecek kişiler, TMK'nın 129. maddesinde belirtilmiştir. Anılan hükümde üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında; evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaklanmış ve TMK md. 145'te de bu kişilerin evliliklerinin kanunen geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Mülga TCK döneminde md. 237/1'de aralarında evlenme yasağı bulunanların evlenmeleri hali suç olarak düzenlenmişti. Anılan hükümde, evlenmeleri yasak olan kişilerin bu durumu bilerek evlenmesi halinde, evlenenlerle birlikte onları evliliğe sevk eden ya da buna izin veren veli ve vasilerle nikâh akdini yapan memurlar da cezalandırılmaktaydı.²³⁸ Ancak, bu düzenleme anılan kişileri yalnızca evlenmeleri durumunda cezalandırmaktaydı. Dolayısıyla evlilik dışı cinsel ilişkiler, madde kapsamına dâhil değildi. 5237 sayılı TCK'da ise mülga TCK'da yer alan bu düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, 5237 sayılı TCK md.102/3-c ve md.103/3'te yer alan hükümlerde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi veya evlatlık ilişkisi çerçevesinde veya üvey baba, ana veya kardeş tarafından işlenmesi ile TCK md.104/2'de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurları aralarında evlenme yasağı olan kişiler tarafından işlenmesi durumları, cezayı ağırlaştıran nitelikli haller olarak öngörülmüştür. Encest kavramını geniş yorumlayan bazı ceza hukukçuları, anılan hükümlerde belirtilen mağdurları belirli yakınlık içerisinde bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilen rızaya dayanmayan veya geçerli rızaya dayanmayan cinsel davranışların da encest kapsamında olduğunu ve bu nedenle kanunda encest fiillerin kısmen de olsa cezalandırıldığını ifade etmektedir.²³⁹ Bununla birlikte, yetişkinler arasındaki rıza dayalı encest ilişkisiyle dair kanunda bir düzenleme bulunmadığından bu fiillerin cezalandırılması mümkün değildir. Bu durum, doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlara göre; yetişkinler arası rızaya dayalı encest ilişkilerin toplumsal ahlaka aykırı olması ve aile yapısı ile düzenini ihlal etmesi, ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenlenmesi için yeterli görülmemektedir.²⁴⁰ Bu görüş, cezalandırmanın son çare olması ilkesinden yola çıkarak encest eylemlerin cezalandırılmasının, korunmak istenen menfaatlere bir fayda sağlamayacağını öngörmektedir. Bu bakımdan, evlenme yasağı

²³⁵ Yalçın Sancar/Yaşar, s.247.

²³⁶ Ataç, s.874.

²³⁷ Ataç, s.873.

²³⁸ İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.169.

²³⁹ Yalçın Sancar/Yaşar, s.247.

²⁴⁰ Ataç, s.877-878.

bulunan yetişkinlerin rızaen girdikleri cinsel ilişkilerin, hukuk alanıyla değil din ve ahlak kurallarıyla düzenlenmesinin daha yerinde olacağı savunulmuştur.²⁴¹ Ancak bazı yazarlar, taraflardan birinin çocuk olduğu ensest fiillerin ayrı bir düzenlemede ele alınması gerekliliğine vurgu yapmaktadır.²⁴² Ensest fiillerin, TCK'da suç olarak düzenlenmesi halinde ensestin nitelendirilmesinde kan bağıının aranıp aranmayacağı, kan bağı olmasa da aynı evde yaşamanın yeterli kabul edilip edilmeyeceği veya kan bağı söz konusu olduğunda kaçınıcı dereceye kadar hısımlığın kapsama alınacağı gibi hususlar, toplumsal yapı ile suç ve ceza politikasına göre şekillenecektir.²⁴³ Bununla birlikte, ensest ilişkinin cinsel ilişkiyle sınırlı olarak yahut cinsel ilişki dışındaki cinsel nitelikteki davranışları da kapsayacak şekilde kapsamının belirlenmesi de gerekecektir.

²⁴¹ Yarsuvat, Duygun, Mukayeseli Hukukta Cinsel Suçlar ve Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1964, C:30, S:1-2, s.115.

²⁴² Memiş Kartal, s.52.

²⁴³ Memiş Kartal, s.53.

İKİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE, CİNSEL İSTİSMARIN ULUSLAR ARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

I. Tarihçe

Cinsellik, tıpkı toplumlar gibi sürekli değişen bir olgudur. İnsanın da toplumsal bir varlık olması, beşeri cinselliğin doğadaki cinsellikten farklı olarak toplumsal kurallara tabi, etik bir değer olması sonucunu doğurmuştur.²⁴⁴ Bu nedenle, tarihsel süreç içerisinde cinsellik, biyolojik bir olgudan sosyal bir olguya dönüşmüş ve uzun yıllar çeşitli yasaklar ve kurallarla düzenlenirken zamanla özgürleşmenin konusu haline gelmiştir.²⁴⁵

İnsanlar, toplum halinde yaşamaları sebebiyle toplumun huzurunu, güvenliğini ve devamını tehdit edici nitelikte gördükleri bazı fiilleri suç olarak kabul edip cezalandırma yoluna gitmişlerdir.²⁴⁶ Bu bakımdan, bireylerin cinsel bütünlüğünü ihlal eden fiiller de tarih boyunca toplumlar tarafından suç olarak görülmüş ve çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur.²⁴⁷ Ancak, eski dönemlerde bu fiillerin cezalandırılmasında bireylerin özgürlüklerinin ve güvenliklerinin sağlanması değil genel ahlakın korunması amaçlanmaktaydı.²⁴⁸ Bu anlayışla, eski hukuk sistemlerinde cinsel suçların en ağır biçimi olarak görülen tecavüz, toplumun genel ahlakını ve aile düzenini bozması nedeniyle kamuya karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmekteydi.²⁴⁹

Eski uygarlıklarda, tecavüzün (ırza geçme) yalnızca hür ya da efendi olarak nitelendirilen kimselere karşı işlenen bir suç olduğu kabul edilmekteydi. Bununla birlikte kölelerin, efendilerinin cinsel isteklerini karşılama yükümlülüğü olduğu kabul edildiğinden efendilerin kölelerine karşı tecavüz eylemleri suç sayılmamaktaydı.²⁵⁰ Ancak, başkasının kölesinin ırzına geçilmesi halinde, köle sahibinin mülkiyet hakkına saldırı yapıldığı gerekçesiyle cezalandırma yapılmaktaydı.²⁵¹

Ur-Nammu Yasaları'nda²⁵², bir adamın bakire olan kölesinin bekâretini bozma suçu ile zina iftirası suçuna yer verilmiştir.²⁵³ Hammurabi Yasası'nda ise ırza geçme suçuna ölüm cezası, zina suçuna ise suda boğmak suretiyle ölüm cezası öngörülmüştür.²⁵⁴

²⁴⁴ Hafizoğulları, Zeki, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, E.T: 10.06.2020.

²⁴⁵ Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.49.

²⁴⁶ Dülger, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y:2000, S:6, s.81.

²⁴⁷ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.81.

²⁴⁸ Korkusuz, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C:71, S:1, s.815.

²⁴⁹ Konan, Belkıs, Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Y:2011, S:29, s.149.

²⁵⁰ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.81.

²⁵¹ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.82.

²⁵² Ur-Nammu Kanunları, Sümerlere ait ve günümüze ulaşmış kanun maddeleri içeren, bilinen en eski yazılı tablettir. M.Ö. 2100-2050 yıllarına ait olup Sümerce yazılmıştır. https://tr.wikipedia.org/wiki/Ur-Nammu_Kanunlar%C4%B1#:~:text=Ur%2DNammu%20kanunlar%C4%B1%3B%20S%C3%BCmerlere%20ait,o%C4%9Flu%20Shulgi'ye%20isnat%20ederler, E.T: 12.03.2021.

²⁵³ Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza Yayıncılık, Konya 2014, s.201.

Roma İmparatorluğu döneminde, 8.yy'a kadar cinsel suçlara ceza verme yetkisi, aile babalarına ya da "*censor*"lara tanınmıştı.²⁵⁵ Daha sonra, ahlaka aykırı fiilleri cezalandırmak adına "*Lex Julia de Adulteris*" adlı kanun kabul edilmiş ve bu kanun kapsamında zina, birden fazla evlenme ile enstest fiilleri cezalandırılmıştır.²⁵⁶ Cumhuriyet devrinde, ırza geçme eylemi kadınların rızası hilafına gerçekleştiğinden zina olarak değerlendirilmeyip cebren kadın kaçırma suçu kapsamında ele alınarak bir şiddet suçu olarak görülmüş ve mağdur kadınların özgür ya da köle olduğu gözetilmeksizin failer, ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır.²⁵⁷ İmparatorluk döneminde ise bu fiiller, kişi özgürlüğüne karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.²⁵⁸ Bu dönemde, ırza geçme suçunu işleyenler, ölüm cezasıyla cezalandırılmış ayrıca bu kişilerin malvarlığının 1/3'ü de müsadere edilmiştir.²⁵⁹ Son dönemlerde de vesayetleri altında bulunan kişilere tecavüz eden vasileri cezalandıran düzenlemeler yapılmıştır.²⁶⁰

Orta Çağ Hukuku'nda, kişilerin ahlaki değerleri benimsemesi ve genel ahlakın korunması amacıyla cinsel suçlar ihdas edilmiştir.²⁶¹ Bu dönemdeki ceza kanunlarına bakıldığında, cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin dinsel nitelikte olduğu ve bu nedenle suç ile günah kavramlarının kesin bir sınırla ayrılmayıp iç içe geçmiş şekilde ele alındığı görülmüştür.²⁶²

Erken Orta Çağ Avrupasında, kadınlar bir mal gibi görülmüş ve kadınlara yönelik gerçekleştirilen şiddet eylemleri, tabi bulundukları erkeklerin mülkiyet hakkına bir saldırı olarak değerlendirilmiştir.²⁶³ Bu anlayış, kökeni Antik Yunan'a dayanan kadının, toplumsal alanda babası veya kocasına tabi olduğu düşüncesinin bir uzantısı olarak görülmektedir.²⁶⁴

Geç Orta Çağ erken Rönesans olarak adlandırılan dönemde ise mağdurlar, uğradıkları cinsel saldırıya kendileri sebep olmuşçasına suçlu gibi görülerek ölüme varacak şekilde ağır cezalara maruz bırakılmıştır. Bu sebeple, bu döneme ait cinsel saldırılara dair kayıtlara pek fazla rastlanılmamaktadır.²⁶⁵

Germen Hukuku'nda, ırza geçme eyleminin suç olarak düzenlenmesi, evlilik kurumunun korunması amacına yönelmiştir.²⁶⁶ Cermen Hukuku'nda, ırza geçme suçunun cezalandırılması, mağdurun namuslu bir kadın olması şartına bağlanmakla beraber bu

²⁵⁴ Avcı, s.201.

²⁵⁵ Dönmezer, Genel Adap..., s.22.

²⁵⁶ Yokuş Sevik, Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2005, S:57, s.244.

²⁵⁷ Konan, s.151.

²⁵⁸ Yokuş Sevik, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.244.

²⁵⁹ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.83.

²⁶⁰ Yarsuvat, s.115-116.

²⁶¹ Kılıç, Abbas, Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK M. 102), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2008, S:78, s.174.

²⁶² Yokuş Sevik, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.245.

²⁶³ Topal, Ahmet Hamdi, Uluslar arası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.57.

²⁶⁴ Korkusuz, s.815.

²⁶⁵ Memiş Kartal, s.59.

²⁶⁶ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.85.

suçu işleyen failler ölüm cezasına çarptırılmaktaydı.²⁶⁷ Ölüm cezası, failinin canlı olarak toprağa gömülmesi suretiyle infaz edilmekteydi.²⁶⁸ Bununla birlikte, suçun hayat kadınlarına karşı işlenmesi halinde fail cezalandırılmamaktaydı.²⁶⁹

Orta Asur Kanunları'nda ise sarkıntılık suçu ile tecavüz suçuna ilişkin düzenlemeler mevcuttu.²⁷⁰ Asur Hukuku'ndaki düzenlemelerde, suçlu kişilerin hür olup olmamaları ile suçluların veya mağdurların evli ya da bekâr olmaları hallerine göre farklı cezalar öngörülmüştür.²⁷¹ Orta Asur Yasası md. 9'da, başkasının karısına elle sarkıntılık edenin parmağının, öpenin ise dudağının kesileceği belirtilmiştir.²⁷² Hür bir adamın karısının zorla ırzına geçilmesi halinde, fail ölüm cezasıyla cezalandırılmaktaydı.²⁷³ Evli bir kadının kandırılarak gizli bir evde kocasından başka biriyle cinsel ilişkide bulunmasına sebep olunması halinde, olayı itiraf eden kadın cezalandırılmamaktaydı. Ancak, kadının itirafı olmadan bu durumun bir şekilde öğrenilmesi durumunda ise kadının cezasını kocası tayin etmekteydi.²⁷⁴ Bu duruma aracılık eden kişi ile kadınla cinsel ilişkiye giren erkek ise ölüm cezasıyla cezalandırılmaktaydı.²⁷⁵ Evli bir erkeğin, bakire bir kızın ırzına geçmesi durumunda, failin karısı mağdurun babasına verilir ve aynı fiil failin karısına yaptırılırdı. Failin evli olmaması halinde ise fail tarafından mağdurun babasına ağır tazminat ödetilirdi.²⁷⁶

İslam Hukuku'nda, ırza geçme suçu ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş had cezasıyla cezalandırılan zina suçu kapsamında değerlendirilmiştir.²⁷⁷ Keza, fücur (ensest) fiiller de zina suçu içerisinde ele alınmış ve idam cezasıyla cezalandırılmıştır.²⁷⁸ İslam Hukuku'na göre, ırza geçme suçunun mağduru, kadın veya erkek olabilmekle beraber çocukların da bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmekteydi.²⁷⁹

Zina, aralarında bir nikâh akdi veya evlilik şüphesi veya efendi-cariye ilişkisi bulunmayan bir erkekle kadının, rızaen cinsel ilişkiye girmeleri olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁰ İslam Hukuku'nda zina, had suçları içerisinde telaffuz edilmekteydi. Hadler, miktarı ve keyfiyeti Kur'an ve Sünnet nasslarıyla belirlenmiş, Allah haklarına yönelik olan suçlardı.²⁸¹ İslam Hukuku anlayışında, "Allah hakkı" ifadesi ile belirli kişileri veya zümreyi değil kamu yararı ve düzenini ilgilendiren haklar kastedilmektedir.²⁸² Zina

²⁶⁷ Konan, s.151.

²⁶⁸ Yarsuvat, s.117.

²⁶⁹ Konan, s.151.

²⁷⁰ Anılan suçlara ilişkin hükümler için bkz. Konan, s.150.

²⁷¹ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.86.

²⁷² Avcı, s.201.

²⁷³ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.86.

²⁷⁴ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.86.

²⁷⁵ Avcı, s.201-202.

²⁷⁶ Konan, s.150.

²⁷⁷ Konan, s.152.

²⁷⁸ Avcı, s.200.

²⁷⁹ Konan, s.154.

²⁸⁰ Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2011, s.253.

²⁸¹ Cin/Akyılmaz, s.252.

²⁸² Cin/Akyılmaz, 252.

suçuyla nesebin, genel ahlakın, genel iffetin, ailenin ve kamu düzeninin korunması hedeflenmiştir.²⁸³

Zina suçuyla, evli kişilerin eşlerinden başka kimselerle cinsel ilişkiye girmeleri ile bekâr ya da dul olan kişilerin gayrimeşru cinsel ilişkileri cezalandırılmaktaydı.²⁸⁴ Zina suçunun maddi unsurunu cinsel ilişki oluşturmaktadır. Bu bakımdan, cinsel birleşme olmaksızın öpmek, okşamak, yalnızca konuşmak gibi eylemler günah sayılsa da zina suçu kapsamında değerlendirilmemektedir.²⁸⁵ Zina suçundaki cinsel ilişkinin, şekli ve kapsamı konusunda dönemin hukukçuları tarafından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ebu Hanife, zina fiilini dar kapsamda yorumlayarak birleşmenin vajinal yoldan olması gerektiğini bunun dışındaki yollarla girilen cinsel ilişkilerin ise zina suçunu oluşturmayacağını bu bakımdan bu tür fiillerin had cezası ile değil ta'zir cezasıyla cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁶ Ebu Hanife ayrıca iki erkek veya iki kadın arasındaki cinsel ilişkileri de (livata (ters ilişki), homoseksüellik, lezbiyenlik) zina kapsamına dâhil etmemiş ve dolayısıyla bu fiillerin de had cezası ile değil ta'zir cezasıyla cezalandırılacağını belirtmiştir.²⁸⁷ Çoğunluğu oluşturan diğer İslam hukukçuları ise erkekle kadın arasındaki ters ilişkiler ile aynı cinsten kişiler arasındaki cinsel ilişkilerin de zina suçunu oluşturacağını ve bu fiillerin de had cezasıyla cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır.²⁸⁸

İslam Hukuku'nda zina suçunu işleyenler, iki kategoriye ayrılarak incelenmiş ve her bir kategori açısından farklı cezalar öngörülmüştür. Buna göre, hukuken “*muhsan*” olarak nitelendirilen tam ehliyetli ve başından geçerli ve fiilen başlamış bir evlilik geçmiş kişilerin zinası²⁸⁹ ile muhsan olmayan kişilerin zinası farklı şekilde cezalandırılmıştır. Kişinin muhsan sayılması için suçun işlendiği sırada evli olması gerekmeyip kişinin hayatında evlilik içinde cinsel ilişkide bulunmuş olması yeterli görülmüştür.²⁹⁰ Zina suçunu, muhsan olan kadın veya erkeğin işlemesi halinde “*recm*” yani taşlanarak öldürülme, muhsan olmayanların işlemesi halinde ise yüz değnek cezası (celde) ile sürgün cezası verilmekteydi.²⁹¹ Zina suçunun köleler tarafından işlenmesi halinde ise elli değnek cezası verilmekteydi.²⁹² Ancak, kişilerin zina suçundan cezalandırılabilmesi için özel ispat şartları öngörülmüştü. Buna göre, zina suçunun ispat edilmesi için ya dört erkek şahidin zina fiilini gördüklerine dair şahitlik etmesi ya da zina suçunu işleyenlerin ayrı oturumlarda dört defa suçlarını ikrar etmeleri gerekmekteydi.²⁹³

²⁸³ Avcı, s.202.

²⁸⁴ Avcı, s.199.

²⁸⁵ Yiğit, Yaşar, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, Detay Yayıncılık, Ankara 2012, s.48; Üçok, Coşkun, Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1946, C:3, S:1, s.132.

²⁸⁶ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.48.

²⁸⁷ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.48.

²⁸⁸ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.49.

²⁸⁹ Cin/Akyılmaz, s.254.

²⁹⁰ Üçok, Coşkun/Mumcu Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1987, s.72.

²⁹¹ Üçok, s.133.

²⁹² Üçok/Mumcu, s.72.

²⁹³ Cin/Akyılmaz, s.253-254.

Zina suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan, zinanın haram olduğunu bilmeyen kişilere de suç işleme kastları olmadığından zina suçunun cezası uygulanmamaktadır.²⁹⁴ Bununla birlikte, zina kastının mevcudiyetinin kabulü için kişilerin serbest iradeye ve temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir.²⁹⁵ Bu bakımdan, çocuklar ile akıl hastaları, rızalarıyla cinsel temasta bulunsalar bile isnat yetenekleri olmadığından sorumlu tutulmamaktadır.²⁹⁶ Ancak, bu kişilerle cinsel münasebette bulunan isnat kabiliyetine haiz kişilere had cezası uygulanmaktadır.²⁹⁷ Burada, akıl hastaları ile çocukların kendilerine yapılan fiili algılayamayacak durumda olmaları nedeniyle, fiilin mefruz cebirle işlendiği kabul edilmekte ve bu kişilerle girilen cinsel ilişki, ırza geçme kapsamında değerlendirilmektedir.²⁹⁸ Benzer şekilde, cinsel ilişkiye zorlanan kişilere de suç işleme kastlarının bulunmaması sebebiyle zina suçunun cezası uygulanmamaktadır.²⁹⁹ Burada da fiilin maddi cebir (şiddet kullanma) veya manevi cebir (tehdit) altında işlenmesi söz konusu olduğundan yapılan eylem ırza geçme olarak nitelendirilmekte ve ırza geçen kişi, zina suçunun cezasıyla cezalandırılmaktadır.³⁰⁰ Ancak suçun; cebir, tehdit gibi dıştan gelen bir zorlamayla işlendiğini iddia eden kişiler, iddialarını ispat etmekle yükümlü kılınmıştır.³⁰¹ Maliki ve Hanefi mezhepleri, kocanın kendi karısıyla zorla cinsel ilişkiye girmesi halinde ise kocanın karısı üzerinde hâkimiyet hakkı olduğu gerekçesiyle eylemi ırza geçme olarak nitelendirmemiştir.³⁰²

Temeli İslam Hukuku'na dayanan Osmanlı Hukuku'nda ise ırza geçme, tıpkı İslam Hukuku'nda olduğu gibi zina suçu içerisinde değerlendirilmiş ancak Osmanlı Hukuku'nda şer'i hukuk sisteminin yanı sıra örfi hukuk sisteminin de benimsenmiş olması nedeniyle padişahların koydukları kanunlarda, saf İslam Hukuku kurallarından farklı hükümlere de yer verildiği görülmüştür.³⁰³ Tanzimat'a kadarki dönemde çıkarılan Fatih Kanunnamesi ile Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nde, zina suçunu işleyen kişilere, evli veya bekâr olma ile hür veya kul olma durumlarına göre farklı cezalar öngörülmüş ve genel olarak para cezaları uygulanmıştır.³⁰⁴ Her iki Kanunnamede, ırza geçme suçu ayrı olarak düzenlenmeyip zina suçuna ilişkin hükümler içerisinde ele alınmıştır. Buna göre; Fatih Kanunnamesi'nde bir kişinin başka birinin evine rızası olmadan ve zina kastıyla girmesi halinde, zina suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.³⁰⁵ Kanuni Kanunnamesi'nde ise zorla bir kimsenin evine girerek ırza geçme eylemini gerçekleştiren kişinin cinsel organının kesilerek cezalandırılacağı öngörülmüştür.³⁰⁶ Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nde ise ırza geçme suçu ayrı olarak düzenlendiği gibi karşı tarafın rızası olmadan öpme, laf atma, sarkıntılık etme suçlarına

²⁹⁴ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.50.

²⁹⁵ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.50.

²⁹⁶ Avcı, s.216.

²⁹⁷ Avcı, s.217.

²⁹⁸ Konan, s.154.

²⁹⁹ Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, s.50.

³⁰⁰ Konan, s.154-155.

³⁰¹ Üçok, s.134.

³⁰² Konan, s.153.

³⁰³ Dülger, ırza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.92.

³⁰⁴ Dülger, ırza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.92.

³⁰⁵ Konan, s.157-158.

³⁰⁶ Avcı, s.221.

da yer verilmiştir. Anılan hükümlerde; öpme, laf atma, sarkıntılık etme suçlarını işleyenlerin, sopa ve para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. Kadın veya kıza tecavüz eden kişiye ise mahkemece nikâh yapması teklif edileceği ve nikâh yapması halinde cezanın düşürüleceği belirtilmiştir. Ayrıca, tecavüz eden kişinin suçu inkâr etmesi halinde, tanık dinletileceği ve tanığın, kadın veya kız mağdurun yalan söylediğini ve sanığa iftira attığını ispatlaması halinde, mağdurun sopa ve para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.³⁰⁷

Tanzimat Dönemi'ne gelindiğinde, hicri 1256 (1840) yılında ilk ceza kanunu olan “Kanun-i Ceza” yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda, herkesin ırzının ve namusunun korunacağı belirtilmiş ancak ırza geçme suçuna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.³⁰⁸ Daha sonra, 1840 tarihli Kanunun noksanlarını ortadan kaldırmak amacıyla hicri 1267 (1851) yılında “Kanun-i Cedid” çıkarılmıştır. Bu Kanuna, 1256 tarihli Kanunda olmayan bazı suçlar ve cezalar ilave edilmiş ve şer’i cezalara ağırlık verilerek cezaların infazına dair hükümler öngörülmüştür.³⁰⁹ Kanunda, ırza ve namusa yönelik saldırıların, had cezasıyla cezalandırılacağı ancak ta’zir cezasının uygulanmasını gerektiren durumların varlığı halinde ise failin sosyal statüsüne göre ceza tayin edileceği belirtilmiştir.³¹⁰

Islahat Fermanı’nın ilan edilmesiyle, Fermanda bulunan talimat uyarınca hicri 1274 tarihli “Ceza Kanunname-i Humayunu” çıkarılmış ve bu Kanunda, 1256 ve 1267 tarihli Kanunlarda bulunan hükümlere yer verilmiştir.³¹¹ 1274 tarihli Kanunun, esas kaynaklarından biri 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu olmakla birlikte kanun tekniği ve ta’zir suçlarının yazılışı hususlarında bütün Avrupa Kanunları göz önünde bulundurulmuştur.³¹² Bu kanunda, daha önceleri çıkarılan padişah kanunnamelerinden farklı olarak müslüman-gayrimüslim, kadın-erkek, evli-bekâr veya özgür-köle gibi ayrımlara yer verilmeden devlette yaşayan herkese eşit olarak uygulanan ceza hükümlerine yer verilmiştir.³¹³

Irza geçme suçu, ilk kez 1274 tarihli Kanunun 2. babının üçüncü faslında 197-200. maddeleri arasında düzenlenmiştir.³¹⁴ Ayrıca 1277 tarihinde, Kanunun 202. maddesine eklenen hükümle, söz atma ve sarkıntılık suçları düzenlenmiştir. Anılan hükümde, erkek veya kadın genç kimselere söz atanlarla elle sarkıntılık edenlerin cezalandırılacağı belirtilmiştir.³¹⁵

Kanunun 197. maddesinde, 11 yaşından küçük çocukların ırzına geçilmesi halinde, failin 6 aydan az olmamak üzere muvakkat hapis cezasıyla cezalandırılacağına

³⁰⁷ Anılan madde metni için bkz. Konan, s.158.

³⁰⁸ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.93.

³⁰⁹ Gökçen, Ahmet Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s.19.

³¹⁰ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.93.

³¹¹ Gökçen, s.21.

³¹² Akgündüz, Ahmet, Kanunâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili, İslami Araştırmalar Dergisi, Y:1999, C: 12, S:1, s.16.

³¹³ Konan, s.168.

³¹⁴ Akgündüz, Said Nuri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2010, s.140.

³¹⁵ Gökçen, s.221.

hükmedilmiştir.³¹⁶ Bu hükümde, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismarın, suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Hicri 1341 yılında, madde metninde yapılan değişiklikle ırza geçme suçunun, akıl hastaları ile şuuru geçici olarak yerinde olmayan kişilere karşı işlenmesi hali de düzenlemeye dahil edilmiştir.³¹⁷

Kanunun 198. maddesinde, cebren ırza geçen erkeklere, muvakkaten kürek cezası verileceği belirtilmiş, maddeye 1277 yılında yapılan ilave hükümle, suçun teşebbüs aşamasında kalması hali için faile 3 aydan az olmamak üzere hapis cezası verileceği öngörülmüştür.³¹⁸

Kanunun 199. maddesinde, cebren ırza geçme suçunun kişinin mürebbisi, velisi veya aylıklı hizmetçisi tarafından işlenmesi hali, cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak öngörülerek bu kişilerin en az beş sene kürek cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.³¹⁹ Maddede suçun, mağdurun velisi tarafından işlenmesi halinin cezalandırılması, kanun kapsamında ensest fiillerin kısmen de olsa suç olarak kabul edildiğini göstermektedir. 1341 yılında yapılan değişiklikle, suçun mağdurun ölümüne, hastalık kapmasına ve bu nedenle sağlığının ağır zarara uğramasına sebebiyet vermesi durumları ile suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halleri de maddeye eklenmiştir.³²⁰

Kanunun 200. maddesinde ise bakire birinin cebren ırzına geçilmesi halinde, failin kürek cezasının yanında tazminata mahkum edileceği belirtilmiş, 1332 yılında maddede yapılan değişiklikle, failin mağdurla evlenmesi durumunda cezanın ortadan kaldırılacağı öngörülmüştür.³²¹

II. Cinsel İstismarın Uluslararası Belgelerde Düzenlenişi

A. Genel Olarak

Uzun yıllar boyunca, çocukların hayatlarını kontrol etme gücüne sahip olmamaları sebebiyle kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahip olamayacakları düşüncesi kabul görmüştür.³²² Bu nedenle, 19. yy'a kadarki süreçte çocukların korunması dinsel niteliğe haiz kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmiştir. 19. yy'a gelindiğinde ise çocukların korunması düşüncesi dini etkenlerden uzaklaşarak toplumsal çerçevede kurumsallaşmaya başlamış³²³ böylece, çocuklar üzerinde yetişkinlerin veya devletlerin mülkiyet hakkının bulunduğu anlayışı terk edilerek çocukların da hak sahibi birer birey olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.³²⁴ Nihayet, çocuk haklarının ortaya çıkışıyla birlikte çocukların cinsel istismarı konusunda da etkin bir mücadeleye girişilmiştir.³²⁵

³¹⁶ Gökçen, s.219.

³¹⁷ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.93.

³¹⁸ Gökçen, s.219.

³¹⁹ Akgündüz, Tanzimat Dönemi..., s.140.

³²⁰ Dülger, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, s.94.

³²¹ Akgündüz, Tanzimat Dönemi..., s.140, dn:420.

³²² Savaşçı, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.18.

³²³ Dervişoğlu, Suat, Çocuk İstismarı ve İhmali Açısından Sokakta Çalışan Çocuklar ve Avrupa Birliği Uygulamaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.38.

³²⁴ Savaşçı, s.18.

³²⁵ Memiş Kartal, s.62.

B. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi

Uluslararası alanda çocukların korunmasına yönelik en önemli adım, BM tarafından 1924 yılında “Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi”nin³²⁶ yayımlanmasıyla atılmıştır. Anılan Bildirge, Birinci Dünya Savaşı sonrası, çocukların daha özenli bir şekilde korunması gerektiği düşüncesinden hareketle hazırlanmıştır.³²⁷ Bildiride, çocukların bedensel ve ruhsal açıdan normal bir gelişim göstermeleri bakımından gerekli olanakların oluşturulması, aç ve hasta olan çocuklara bakılması, öğrenme geriliği olan çocuklara yardım edilmesi, suç işleyen çocukların ıslah edilmesi, yetim/öksüz, kimsesiz çocukların korunması ve bu çocuklara yardım edilmesi, tehlike durumunda öncelikle çocukların kurtarılması, çocukların kendi yaşamlarını idame ettirebilecek duruma getirilmeleri ve her türlü sömürüden korunmaları ile çocukların sahip oldukları yetileri insanların hizmetine sunma bilinciyle yetiştirilmeleri hususlarının gerekliliği vurgulanmıştır.

C. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi

BM Çocuk Hakları Bildirisi³²⁸, BM Genel Kurulu tarafından 20.11.1959 tarihinde kabul edilmiştir. Bildirinin başlangıç bölümünde, Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ile İnsan Hakları Evrensel Bildiri’ne gönderme yapılmıştır.

Bildiride, çocuk haklarına dair 10 ilkeye yer verilmiştir. 1. ilkede; Bildirgede yer alan haklardan herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün çocukların yararlanacağı belirtildikten sonra müteakip ilkelerde, çocukların özel olarak korunması, özgürce ve haysiyet içinde her açıdan sağlıklı koşullarda yetiştirilmesi, ad, vatandaşlık, sosyal güvenlik, özel bakım ve korunma hakları, fiziksel, zihinsel veya sosyal açıdan özürlü çocuklara ihtiyaçları olan tedavi, eğitim ve bakımın sağlanması, çocukların sevgi ve anlayışla yetiştirilmesi, eğitim hakkı, her durumda öncelikli korunma ve yardım görme hakları, çocukların her çeşit istismara, ihmale ve sömürüye karşı korunması, hiçbir surette ticarete konu yapılmaması, çocukların sağlığını, eğitimini ve gelişimini olumsuz etkileyecek işlerde zorla çalıştırılmalarının yasaklanması, çocukların her çeşit ayrımcılığa karşı korunması ile anlayış, barış, dostluk, evrensel kardeşlik ortamı içerisinde ve sahip oldukları yetenekleri insanlığın hizmetine sunma bilinciyle yetiştirilmesi konuları düzenlenmiştir.³²⁹

Çocuk Hakları Bildirisi, sözleşme formunda olmadığından hukuken bağlayıcılığı olmasa bile hem İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin genel kapsamda yürüttüğü işlevin bir benzerini çocuk hakları çerçevesinde etkinleştirmesi hem de 1989 tarihli BM Çocuk

³²⁶ Memiş Kartal, s.63; Çocuk Hakları Bildirgesi, Türkiye tarafından 1931 yılında onaylanmıştır. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi’nin maddeleri için bkz. Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku’nun Genel Teorisine Giriş, s.661.

³²⁷ Kurt, Sevil Lale, Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Y:16, S:36, Ocak-Haziran 2016, s.104.

³²⁸ https://tr.wikisource.org/w/index.php?title=%C3%87ocuk_Haklar%C4%B1_Bildirgesi&oldid=77894, E.T:26.08.2020.

³²⁹ Çocuk Hakları Bildirisi’nde açıklanan ilkeler ve bu ilkelerin Türk Hukuku’na yansımaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, Emine, Çocuk Hakları Bildirisi ve Türk Hukuk Sistemi, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Y:1980, C:13, S:1, s.342-362.

Hakları Sözleşmesi üzerinde büyük ölçüde etkili olması bakımından önemli bir metindir.³³⁰

D. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Uluslararası alanda, çocuk haklarına ilişkin ilk düzenlemeler olan Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ile Çocuk Hakları Bildirisi, taraf devletlerce kabul edilerek imzalanan belgeler olmasına rağmen hukuken bağlayıcı niteliğe haiz olmadıklarından yeterince etkili olamamıştır. Bu bakımdan, Birleşmiş Milletler tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde “Çocuk Hakları Sözleşmesi”³³¹ kabul edilmiştir. Bu Sözleşme, 49/1. maddesinde öngörülen 20. onay veya katılım belgesinin, BM Teşkilatı Genel Sekreterliği’ne tevdi edildiği tarihten sonraki 30 günün geçmesiyle 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından bu Sözleşme, 1990 yılında ihtirazi kayıtla imzalanmış³³² ve 1995 yılında onaylanarak yürürlüğe koyulmuştur.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, uluslararası alanda çocuk hakları konusundaki evrensel ilkeleri düzenleyen ve hukuken bağlayıcılığa haiz ilk sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.³³³ Sözleşme, önsözün akabinde 3 kısım halinde toplam 54 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmede çocuklara ilişkin medeni, ekonomik, sosyal, kültürel haklar belirlenmiş³³⁴ ve Sözleşme kapsamındaki düzenlemelerin etkin vasıtalarla erişkinler ile çocuklar tarafından yaygın bir şekilde öğrenilmesinin sağlanması hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir (md.42). Ayrıca, bu yükümlülüklerin ne ölçüde yerine getirildiğinin denetlenmesi amacıyla Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur. Çocuk Hakları Komitesi’nin görevleri, üyelerinin seçimi ve çalışma usulleri yine sözleşme içerisinde düzenlenmiştir (md.43).

Çocuk Hakları Sözleşmesi, uluslararası alanda çocukların cinsel istismarını da içeren her türlü istismara, ihmale, kötü muameleye ve sömürüye karşı korunması bakımından büyük önem arz eden bir metindir. Bu amaçla, Sözleşmenin 19. maddesinde, taraf devletlere çocukların korunması bakımından gerekli olan yasal ve diğer tüm tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.³³⁵

Sözleşmede, cinsel istismara ilişkin doğrudan bir tanım verilmemekle birlikte 34. maddede taraflara, çocukları cinsel istismar ile cinsel sömürü fiillerinden koruma yükümlülüğü getirilerek çocukların özellikle korunması gerektiği eylemler 3 bent halinde açıklanmıştır. Bu maddenin a bendinde belirtilen “*çocukların yasadışı bir cinsel faaliyete girmek üzere kandırılması veya zorlanması*” eylemleri cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, maddenin b ile c bentlerinde açıklanan eylemler ise çocukların cinsel sömürüsü niteliğindeki eylemlerdir.

³³⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku’nun Genel Teorisine Giriş, s.664.

³³¹ https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf, E.T:27.08.2020.

³³² Türkiye; ÇHS’nin 17, 29 ve 30. maddelerini, 1982 Anayasası ile Lozan Antlaşması’nın hükümleriyle ruhuna uygun yorumlama hakkını saklı tutmuştur. (İnan, Ali Naim, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:1995, C:44, S:1, s.766, dn: 4).

³³³ Savaşçı, s.20.

³³⁴ Sözleşmede yer verilen haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, s.768-772.

³³⁵ Memiş Kartal, s.71.

Sözleşmenin 39. maddesinde ise her çeşit şiddet mağduru çocukların, bedensel ve ruhsal açıdan sağlıklarına tekrar kavuşmaları ve toplumla yeniden bütünleşmeleri adına gereken tüm önlemlerin alınması hususunda taraflara yükümlülükler getirilerek bu faaliyetlerin çocukların sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirecek bir ortamda yapılması gerektiğine işaret edilmiştir.

E. Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, toplumsal düzenin sağlanması amacına yönelik olarak pek çok konuda düzenlenmeler yaptığı gibi çocuklar bakımından da çocuklara yönelik şiddet eylemleri, sosyal haklar, medeni haklar, çocuk işçiliği ile engelli çocuklara ilişkin konularda çeşitli düzenlemelere yer vermiştir.³³⁶ Cinsel istismar konusunda, yalnızca Avrupa Konseyi bünyesinde değil tüm uluslararası platformlarda yapılan düzenlemeler içerisinde en kapsamlı hükümler öngören metin, “Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)”dir.³³⁷ Lanzarote Sözleşmesi, gerek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararlarıyla Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan diğer sözleşmelere gerekse farklı uluslararası kuruluşlara ait kararlar ile sözleşmelere dayanılarak oluşturulmuştur.³³⁸

Sözleşmenin amacı 1. maddesinde; çocukların cinsel suistimal ve cinsel istismara uğramalarını engellemek, bu tür eylemlerle mücadele etmek, mağdur çocukların haklarını korumak ile bu hususlarda gerek ulusal gerekse uluslararası iş birliğini yaygınlaştırmak olarak açıklanmış ve müteakip maddelerde önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca, bu Sözleşmeyle uluslararası alanda ilk kez cinsel istismar ve cinsel sömürü kavramları, maddi ceza hukuku anlamında tanımlanmıştır.³³⁹

Cinsel istismar terimi, Sözleşmenin 18. maddesinin 1. fıkrasında; “ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak” ve “baskı, zorlama, tehdit kullanılarak veya aile içi de dâhil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite veya nüfuz suistimal edilerek ya da çocuğun, zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı durumda olması nedeniyle, özellikle zayıf durumunun suistimal edilmesi suretiyle çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak” şeklinde ifade edilmiş ve taraf devletlere, bu eylemlerin suç olarak öngörülmesi bakımından gerekli olan her türlü tedbiri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, çocuklarla cinsel faaliyete girmenin yasak olacağı yaş sınırının belirlenmesi konusu, taraf devletlerin inisiyatifine bırakılmış ve maddenin 3. fıkrasında, çocuklar arasında karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel faaliyetlerin bu kapsama dâhil edilmediği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 11. maddesinde, mağdur çocukların korunmasına ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Anılan hükümle taraf devletlere, mağdur çocuklar, onların yakın

³³⁶ Memiş Kartal, s.76.

³³⁷ Savaşçı, s.24.

³³⁸ Memiş Kartal, s.84; Lanzarote Sözleşmesi’ne dayanak oluşturan metinler Sözleşme’nin giriş kısmında açıklanmıştır. Bkz. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/6763/lanzarote-soezle%C5%9Fmesi.pdf>, E.T:28.08.2020.

³³⁹ Savaşçı, s.24.

akrabaları ile onlara bakmakla yükümlü olanlara destek sağlamak için etkin sosyal programlar ve multidisipliner yapılar oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşmede düzenlenen önemli bir diğer konu da uluslar arası işbirliğidir.³⁴⁰ Sözleşmenin 38. maddesinde yer alan hükümle taraf devletlere, cinsel suistimal ile istismar eylemlerini önleme, bu fiillerle mücadele etme, mağdur çocukları koruma, onlara yardım sağlama ile bu Sözleşmede yer alan suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapma konularında işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşmede ayrıca öngörülen suçların ağırlaştırıcı halleri, yaptırımlar ve tedbirler, suça yardım, yataklık ve teşebbüs etme, yargı yetkisi, soruşturma ve kovuşturma usulleri, zamanaşımı, ihbar yükümlülüğü gibi konulara ilişkin hükümler de bulunmaktadır.

III. Cinsel İstismarın Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi

A. Genel Olarak

Cinsel suçlar, 21.yy'a kadarki süreçte, Türk Hukuku'nda olduğu gibi farklı ülkelerin mevzuatlarında da cinsel özgürlüğe karşı değil genel adaba ve aile düzenine karşı işlenen suçlar olarak nitelendirilmekteydi.³⁴¹ Ancak, giderek ceza hukukunun ahlaktan ayrışmasıyla cinsel suçların, bireylerin cinsel özgürlüğü adına cezalandırılması anlayışı kabul görmeye başlamıştır.³⁴² Bununla birlikte, cinselliğin genel ahlaktan ayrıştırılarak özgürlükle bağdaştırılması, cinsel suçlarla korunmak istenen hukuksal yararın "*cinsel özgürlük*" olduğu düşüncesine ağırlık kazandırmıştır.³⁴³ Bu anlayışla örneğin, 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu 1973'te değiştirilerek cinsel suçlar, ahlaka değil cinsel özgürlüğe karşı suçlar olarak düzenlenmiştir.³⁴⁴ Keza, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1810 tarihli Kanundan farklı olarak cinsel suçları genel adaba karşı suçlar altında değil kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlemiştir.³⁴⁵

Mukayeseli hukukta, farklı mevzuatlardaki hükümler dikkate alındığında; cinsel suçların, her ülkenin toplumsal yapısına, örf ve adetlerine göre farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. Bu bakımdan örneğin, cinsel istismar suçu, bazı ülke mevzuatlarında bağımsız bir suç olarak düzenlenmişken bazılarında cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bazı ülkelerde cinsel suçların, failinin ve mağdurunun kadın veya erkek olabileceği kabul edilmesine rağmen bazılarında failin yalnızca erkek bazılarında ise mağdurun yalnızca kadın olabileceği öngörülmüştür.³⁴⁶ Yine benzer şekilde, cinsel rüşet yaşı ile cinsel istismar fiillerine uygulanan ceza miktarları da ülkelerin yasal düzenlemelerinde farklı şekillerde öngörülmüştür.³⁴⁷

³⁴⁰ Memiş Kartal, s.86.

³⁴¹ Memiş Kartal, s.65.

³⁴² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.49.

³⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, s.393.

³⁴⁴ Kılıç, s.182.

³⁴⁵ Dülger, İbrahim, Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 1998, s.50-51.

³⁴⁶ Memiş Kartal, s.90.

³⁴⁷ Şirin, Memduh Cemil, Çocuğun Cinsel İstismarı-Ceza Kanunu Maddesi- Raporu, Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar, Çocuk Vakfı Çocuk Araştırmaları Merkezi, Ekim 2016, Rapor No:17, s.15.

B. Alman Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölümünde yer alan “*Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*” başlıklı 174. maddesinde himaye altında olan kişilerin cinsel istismarı, 176. maddesinde çocukların cinsel istismarı, 182. maddesinde ise gençlerin cinsel istismarı suçları düzenlenmiştir.³⁴⁸ Anılan hükümler dikkate alındığında, cinsel istismar fiillerinin ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir.

Kanunun 174. maddesinde; çocuğun, himayesi altına verildiği kişiler tarafından istismar edilmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Anılan hükümde, çocukların terbiye, öğretim ya da yaşam tarzlarının yönlendirilmesi amacıyla teslim edildikleri kişiler tarafından istismar edilmesi, 16 yaşını tamamlamamış olan çocuklar ile 18 yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ayrı olarak ele alınmıştır. Maddede ayrıca, 18 yaşını tamamlamamış çocukların, hizmet veya iş ilişkisi içerisinde bu ilişkinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle istismar edilmesi ile 18 yaşını tamamlamamış çocukların öz anne-babaları veya kendilerini evlat edinen kişi tarafından istismar edilmeleri de düzenlenmiştir.

Kanunun 176 maddesinin 1. fıkrasında, 14 yaşını tamamlamamış bir çocuğa cinsel davranışta bulunan veya bu tür davranışları kendisi üzerinde çocuğa yaptıran kişiye 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, çocuğun başkalarına karşı cinsel nitelikteki davranışlarda bulunmaya sevk edilmesi ile başkalarının kendisine karşı bu tür davranışlarda bulunmasını kabul etmeye sevk edilmesi durumlarında da faile 1. fıkradaki cezanın verileceği öngörülmüştür. Maddenin 3. fıkrasında ise çok ağır hallerde faile verilecek cezanın 1 yıldan az olamayacağı son fıkra da bu suça teşebbüsün de cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dava zamanaşımının ise çocuğun 18 yaşını doldurmasıyla başlayacağı ifade edilmiştir.³⁴⁹

Kanunun 176a maddesinde, cinsel istismar suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli halleriyle netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmiştir. Anılan hükme göre, 18 yaşını tamamlamış birinin çocukla cinsel ilişkiye girmesi veya vücuda organ sokmaya benzer bir davranışı çocuk üzerinde gerçekleştirmesi veya bu tür bir davranışı kendisine yönelik olarak çocuğa yaptırması, suçun birden fazla kişiyle işlenmesi, suç nedeniyle çocuğun sağlığının bozulması, ölüm tehlikesine maruz bırakılması, bedensel veya ruhsal gelişiminin tehlikeye düşürülmesi ile çocuğa ağır bir biçimde kötü davranılması hallerinde ceza ağırlaştırılacaktır.

Kanunun 176b maddesinde ise failin, en az ağır dikkatsizliği veya ilgisizliği sebebiyle çocuğun ölümüne neden olması halinde müebbet hapis veya 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Kanunun 182. maddesinde “gençlerin cinsel istismarı suçu” öngörülmüştür. Buna göre, maddenin 1. fıkrasında 18 yaşını tamamlamış kişilerin, 2. fıkrasında ise 21 yaşını tamamlamış kişilerin, 16 yaşını tamamlamamış bir kişiye karşı cinsel davranışta

³⁴⁸ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.240-258; Alman Ceza Kanunu'nda çocuk terimi, 0-14 yaş aralığındaki kişileri ifade etmek için kullanılmakta, 14-18 yaş aralığındaki kişiler ise genç olarak nitelendirilmektedir. (Şirin, s.37, dn:10).

³⁴⁹ Memiş Kartal, s.103.

bulunması veya bu kişiye bu tür davranışları kendisi üzerinde yaptırması veya bu kişiyi, üçüncü bir kişiye karşı cinsel davranışlarda bulunmaya ya da üçüncü kişinin kendisine yönelik cinsel davranışlar gerçekleştirmesine sevk etmesi halleri düzenlenmiştir. Ancak, bu tür fiillerin 18 yaşını tamamlamış kişiler tarafından mağdurun içinde bulunduğu zor durumu kötüye kullanmak suretiyle veya bir menfaat karşılığında gerçekleştirilmesi aranmakla beraber 21 yaşını tamamlamış kişiler bakımından ise mağdurun kendi cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olmamasından faydalanarak gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Ayrıca, maddenin 2. fıkrasındaki suç bakımından, soruşturma ve kovuşmanın özel kamu yararı bulunun haller hariç şikâyet tabi olduğu belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasına göre ise 1. ve 2. fıkarda belirtilen suçların mağdurlarının davranışları göz önüne alındığında, fiilin haksızlık içeriğinin az olması halinde mahkemece ceza vermekten vazgeçebilecektir.

C. Fransız Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, “*Kişilere Karşı Cürüm ve Cünhalar*” başlıklı ikinci kitabın, “*Kişinin Fiziksel ve Psikik Bütünlüğüne Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci faslının, “*Cinsel Saldırı*lar” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir.³⁵⁰

Kanunda, vücuda temas yoluyla işlenen cinsel suçlar; “*tecavüz*” ve “*diğer cinsel saldırılar*” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır. Bu bakımdan; penetrasyon suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar md. 222-23'te tecavüz suçunu, penetrasyon içermeyen ve fakat vücut temasıyla gerçekleştirilen diğer cinsel davranışlar da md. 222-27'deki diğer cinsel saldırılar suçunu oluşturmaktadır.³⁵¹ Bununla birlikte, Kanunun 222-22. maddesinde, cinsel saldırı olarak nitelendirilen bu iki suçun da şiddet, baskı, tehdit ya da hile ile işlenmiş cinsel fiillerden meydana geldiği ifade edilmiştir.³⁵² Yani, her iki suç bakımından da eylemin; şiddet, baskı, tehdit ya da hile ile işlenmesi, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Tecavüz suçu ile diğer cinsel saldırı suçlarının, on beş yaşından küçük bir çocuğa işlenmesi durumu ise suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak öngörülmüştür.³⁵³ Burada, çocukların şiddet, baskı, tehdit ya da hile ile cinsel istismarına ilişkin bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Şiddet, baskı, tehdit ya da hile olmaksızın yapılan cinsel istismar eylemleri ise Kanunun “*Aileye ve Küçüklere Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü faslında “*Küçükleri Tehlikeye Koyma*” başlıklı beşinci bölümünde, 227-25, 227-26 ve 227-27. maddelerinde düzenlenmiştir.³⁵⁴

Kanunun 227-25. maddesinde, yetişkin bir kimsenin 15 yaşından küçük çocuklara karşı şiddet, zorlama ve tehdit olmaksızın gerçekleştirdiği cinsel davranışların 5 yıl hapis ile 75000 avro para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Kanunun 227-26. maddesinde, suçun üstsoy tarafından veya mağdur üzerinde hukuki veya fiili olarak otorite sahibi olan bir kişi tarafından veya işi sebebiyle sahip olduğu

³⁵⁰ Dülger, Irza Geçme Suçu, s.50-51.

³⁵¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.55-56.

³⁵² Dülger, Irza Geçme Suçu, s.51.

³⁵³ Memiş Kartal, s.92.

³⁵⁴ Memiş Kartal, s.92; Anılan kanun maddeleri için bkz. Şirin, s.40-41.

otoriteyi suiistimal eden veya çocukla elektronik iletişim ağlarını kullanarak iletişim kuran kişi tarafından işlenmesi halleri ile suçun, birden fazla kişiyle veya sarhoşluk ya da uyuşturucu madde etkisiyle işlenmesi halleri cezayı ağırlaştıran nitelikli haller olarak öngörülmüştür.

Kanunun 227-27. maddesinde, 15 yaşından büyük çocuklara karşı şiddet, zorlama ya da tehdit olmaksızın yapılan cinsel davranışların aile bireyleri, hukuki ya da fiili açıdan mağdur üzerinde otoritesi olan kişiler ya da işi sebebiyle sahip olduğu otoriteyi kötüye kullanan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hallerinde failin, üç yıl hapis ve 45000 avro para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Çocuğa karşı gerçekleştirilen aile içi istismar eylemleri ise 2010 tarihli Enstest Kanunu ile Fransız Ceza Kanunu'na dâhil edilerek 222-31-1 ve 222-31-2 maddeleriyle düzenlenmiş ve anılan hükümlerde çocuğa, aralarında kan bağı olsun veya olmasın aile içerisinde beraber yaşadığı kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlar, enstest kapsamında değerlendirilmiştir.³⁵⁵

D. İtalyan Ceza Kanunu'nda Çocukları Cinsel İstismarı Suçu

İtalyan Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, kişi özgürlüğüne karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.³⁵⁶ Kanunun 609-bis maddesinde cinsel şiddet suçu, 609-ter maddesinde cinsel şiddet suçunun nitelikli halleri, 609-quarter maddesinde küçüklerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar düzenlenmiştir.³⁵⁷

İtalyan Ceza Kanunu'nun 609-bis maddesinde, cinsel şiddet suçuna yer verilmiş ve cebir, tehdit ya da otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya zorlayan kişilerin 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca failin, mağdurun fiziksel veya psikolojik zayıflığından yararlanması veya kendisini başka bir kişi gibi gösterip mağduru cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya ikna etmesi halleri bakımdan da aynı ceza öngörülmüştür.

Kanunun 609-ter maddesinde, 609-bis maddesinde yer alan suçun çocuklara karşı işlenmesi halinde, cezanın ağırlaştırılacağına dair hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, suçun; 14 yaşını bitirmemiş çocuklara karşı veya 16 yaşını bitirmemiş çocuklara karşı üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya vasi tarafından işlenmesi halleri ile suçun ağır şiddetle ya da tekrarlanan hareketlerle işlenmesi sebebiyle mağdurun ağır zarara uğraması durumlarında faile, 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Suçun, 10 yaşını bitirmemiş çocuklara karşı işlenmesi durumunda ise faile 7 yıldan 14 yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Kanunun 609-quarter maddesinde, küçüklerle karşı gerçekleştirilen ve 609-bis'te yer alan suçun kapsamı dışında kalan cinsel davranışlar cezalandırılmaktadır. Burada, 609-bis ve 609-ter maddelerinden farklı olarak cebir, tehdit gibi iradeyi etkileyen nedenler olmaksızın yani çocuğun rızası dâhilinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar

³⁵⁵ Memiş Kartal, s.95.

³⁵⁶ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.53.

³⁵⁷ Anılan madde metinleri için bkz. Memiş Kartal, s.98-101.

cezalandırılmıştır.³⁵⁸ Buna göre, fiilin gerçekleştiği sırada 14 yaşını bitirmemiş kişiyle cinsel davranışta bulunulması halinde 609-bis'te öngörülen cezanın uygulanacağı öngörülmüştür. Maddede ayrıca üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya onunla birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle çocuğun bırakıldığı başka bir kişinin veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişinin, 16 yaşını bitirmemiş kişiyle cinsel davranışta bulunulması halinde, 609-bis'te öngörülen cezanın uygulanacağı ancak anılan kişilerin, pozisyonları sebebiyle sahip oldukları yetkilerini kötüye kullanarak 16 yaşını bitirmemiş kişiyle cinsel davranışta bulunmaları halinde ise 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları belirtilmiştir. Bununla birlikte, 10 yaşını bitirmemiş mağdura karşı 609-bis maddesindeki haller dışında cinsel davranışta bulunulması halinde de 609-bis'te yer alan ceza uygulanacaktır. Maddede yer alan diğer bir hükme göre 609-bis maddesinde öngörülen durumlar haricinde, 13 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel davranışlarda bulunan diğer çocuk, aralarındaki yaş farkı üçü aşmıyorsa bu fiilden dolayı cezalandırılmayacaktır. Burada İtalyan Ceza Kanunu, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri korumuş ancak yaş farkı nedeniyle mağdurun fail karşısında savunmasız durumda kalmasını önlemek amacıyla üç yaş sınırını getirmiştir. Bu hükmün, cinsel istismarın suç olarak düzenlenmesini öngören ancak çocuklar arası rızaya dayalı cinsel ilişkileri kapsam dışı bırakan Lanzarote Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir. Ancak, İtalyan Ceza Kanunu'nun Lanzarote Sözleşmesi'ne nazaran daha dar kapsamlı bir serbestlik öngördüğü görülmektedir.

E. İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu'nda (2003) Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

İngiliz Hukuku'nda cinsel suçlar, İngiliz Ceza Kanunu'ndan ayrı olarak 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Çocuklara karşı işlenen cinsel suçlara ilişkin hükümler de bu kanunda yer almaktadır. Kanunun 5 ile 8. maddeleri arasında on üç yaşına kadar olan çocuklara karşı tecavüz ve diğer cinsel saldırı suçları yer almakla birlikte Kanunun 9. maddesinde çocuklarla cinsel faaliyet suçu düzenlenmiştir.³⁵⁹

Kanunun 5. maddesinde, 13 yaşından küçük çocuğa karşı yapılan tecavüz suçu düzenlenmiştir. Hükme göre, failin kasten cinsel organını mağdur çocuğun cinsel organına, anüsüne veya ağzına sokması halinde ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Kanunun 6. maddesinde, failin 13 yaşından küçük çocuğun cinsel organına veya anüsüne kasten ve cinsel amaçlı olarak vücudunun bir parçasını veya organ dışında bir nesne sokması halinde, ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Kanunun 7. maddesinde ise 13 yaşından küçük çocuğa karşı duhal gerçekleştirilmeksizin yapılan cinsel davranışlar düzenlenmiş ve failin çocuğa kasten ve cinsel amaçlarla dokunması halinde fail hakkında jüri yargılamalar ile jürisiz yargılamalar bakımından farklı cezalar verileceği öngörülmüştür.

³⁵⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.292.

³⁵⁹ Memiş Kartal, s.108; Anılan kanun maddeleri için bkz. Şirin, s.39-40.

Kanunun 8. maddesinde, failin 13 yaşından küçük çocuğu, onun vajinasına, anüsüne ya da ağzına kendi cinsel organını sokmaya veya çocuğun vajinasına ya da anüsüne kendi vücudunun bir parçasını ya da sair bir cisim sokmaya veya çocuğun cinsel organını kendi ağzına sokturmaya teşvik etmesi durumları için ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür.

Kanunun 9. maddesinde, 18 yaşında olan veya 18 yaşından büyük failin, 13 yaşından küçük mağdurlar ile 16 yaşından küçük mağdurlara kasten ve cinsel amaçlı olarak dokunması halinde cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak, 16 yaşından küçük mağdurlar bakımından faile ceza verilebilmesi için failin, mağdurun 16 yaşında veya daha büyük olduğuna dair bir yanılığa düşmemiş olması gereklidir. Maddenin 2. fıkrasındaki hükme göre ise 1. fıkra da belirtilen dokunma eyleminin, mağdurun anüsüne ya da vajinasına failin vücudunun bir parçasının ya da bir nesnenin sokulması veya failin penisinin mağdurun ağzına sokulması veya failin, mağdurun vücudundan bir parçayı kendi anüsüne ya da cinsel organına veya mağdurun penisini kendi ağzına sokturması suretiyle gerçekleştirilmesi hallerinde faile, on dört yılı geçmeyen hapis cezası verilecektir.

Kanunun 13. maddesinde ise 9. maddede yer alan suçun, 18 yaşından küçük biri tarafından işlenmesi halinde failin, 18 yaşındaki biri gibi muamele göreceği ifade edilmiştir.

2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda ensest fiiller de suç olarak öngörülerek 25 ila 29. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu kanunda ensest suçları için aile ilişkisi aranmış ve mağdurla kan bağına sahip olanların yanında, evlat edinme ilişkisi içinde olanlar, aynı evde yaşayan kişiler ve bu kişilerin yakınları ile aynı ev içinde daha önce yaşamış olan kişiler de ensest kapsama dâhil edilmiştir.³⁶⁰

³⁶⁰ Memiş Kartal, s.55-56.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU'NUN DÜZENLENİŞİ

I. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'da cinsel suçlar, mülga 765 sayılı Kanundan farklı olarak modern hukuk anlayışı çerçevesinde kaleme alınmıştır. Mülga TCK'da cinsel suçlar, genel ahlaka ve aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmişti. Bu düzenleniş biçimi dikkate alındığında, Kanunun cinselliği toplumsal bir ahlak ve edep töresi olarak kabul ettiği görülmektedir. Kanun sistematığında, suç teşkil eden cinsel davranışların genel adabın korunması adına cezalandırılması, kişilerin ruhsal ve fiziki bir bütün teşkil eden cinsel yaşamlarının ve cinsel özgürlüklerinin korunması düşüncesinin arka plana itilmesine sebep olmuştur.³⁶¹ 5237 sayılı TCK ise çağdaş hukuka paralel bir anlayışla, cinselliği bir özgürlük değeri olarak ele alıp bu suçları, “*Kişilere Karşı Suçlar*” içerisinde “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlemiştir.

Çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar niteliğindeki davranışlar, 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*” adı altında düzenlenmiştir. Anılan hüküm dikkate alındığında, cinsel istismar suçunun, yetişkinlere yönelik yapılan cinsel davranışları cezalandıran cinsel saldırı suçuna (TCK md.102) paralel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte Kanunun, çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel suçları yetişkinlerden ayrı olarak düzenleme yoluna gitmesi, çocukların bu tür fiillere karşı daha etkin bir biçimde korunması ve cinsel açıdan sağlıklı bir gelişim göstermeleri amacına yönelmektedir.³⁶² Nitekim, cinsel istismara ilişkin düzenlemede, çocukların cinsel bilgilerinin sağlıklı bir şekilde oluşumunu sağlamak, sapma niteliğinde olan hareketlere yönelmelerini engellemek, cinsel alanda özgürce seçim yapabilmelerini sağlamak ve cinsel suç mağduru konumuna düşmelerini önlemek amacıyla TCK md.102'deki hükümlere nazaran daha katı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.³⁶³

Kanunun ilk kabul edildiği yıldan itibaren uygulamada çıkan sorunlar ve cinsel suçların toplumda yarattığı infial de göz önünde bulundurularak 28.06.2014 tarihinde “*6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile cinsel suçlara ilişkin hükümlerde bazı değişiklikler yapılmış ve öngörülen cezalar ağırlaştırılmıştır.³⁶⁴

6545 sayılı Kanunun 59. maddesiyle, TCK md. 103'te yapılan değişiklikle, öngörülen cezalar artırılmakla birlikte cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumu, faile daha az ceza verilmesini öngören bir hal olarak düzenlenmiştir. Sarkıntılık düzeyinde

³⁶¹Centel, Nur, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, S:99, s.271.

³⁶² Üzülmöz, İlhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2009, C:4, S:2, s.41.

³⁶³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.285-286.

³⁶⁴Yokuş Sevik, Handan, 6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y:2015, C:3, S:2, s.120.

kalan cinsel istismar failinin çocuk olması halinde ise soruşturma ve kovuşturmanın şikâyeteye tabi tutulacağı belirtilmiştir. Ayrıca suçun, cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri genişletilmiş ve mağdurun suç sonucu ruh ve beden sağlığının bozulması durumu, madde metninden çıkarılmıştır.³⁶⁵

6545 sayılı Kanun ile söz konusu 103. maddede yapılan değişiklikten sonra yeni düzenlemede yer verilen bazı hükümler, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi usulüyle Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır.

Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından TCK md.103/2'nin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, anılan mahkemece söz konusu hükümde 6545 sayılı Kanunla cezaların ağırlaştırılmasının adalete, hakkaniyete, suç ve cezaların orantılılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği, kırsal yerlerde küçük yaştaki çocukların evlendirildikleri, şehirlerde de küçük çocukların cinsel birlikteliklerinin yaygın olduğu ve çocuk sanıkların ağır yaptırımlardan haberdar olmadığı belirtilmiş ve yeni düzenleme kapsamında mağdur çocuğun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı araştırılmaksızın sanki bozulmuş gibi failin cezalandırıldığı bir sistemin öngörüldüğü aynı zamanda yakın yaşlardaki mağdur çocuklara yönelik gerçekleştirilen fiillere farklı yaptırımların uygulanmasının eşitsizliğe yol açtığı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin yaptığı inceleme neticesinde; *“Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”* gerekçesiyle anılan hükmü iptal etmiştir. Ancak, iptal kararıyla oluşacak hukuksal boşluk sebebiyle kamu yararının ihlal edilmemesi amacıyla kararın, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır.³⁶⁶

Anayasa Mahkemesi'nin dokuz oya karşı sekiz oyla aldığı bu iptal kararı ve dayandığı gerekçeler, gerek karşı oy kullanan üyeler gerekse de doktrindeki yazarlar tarafından isabetli görülmemiştir. Bu kapsamda, Mahkemece hükmün hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal edilmesi karşısında hükmün, anılan ilkenin temel unsurları olan öngörülebilirlik, erişilebilirlik ve belirlilik kavramlarına aykırı olmadığı

³⁶⁵ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.353.

³⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015, 2015/26-2015/100, R.G:11.12.2015-29559, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/100?EsasNo=2015%2F26&KararNo=2015%2F100>, E.T: 15.05.2021.

dolayısıyla kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir.³⁶⁷ Karşı oy gerekçesinde ise her somut olay bakımından farklı cezaların öngörüldüğü bir düzenlemenin yapılmasının mümkün olmayacağı ancak yargılamayı yapan mahkemenin, TCK'nın 61. maddesi kapsamında, somut olaya göre cezayı bireyselleştirebileceği aynı zamanda TCK md.62 kapsamında cezada takdiri indirim yapabileceği ifade edilmiştir.³⁶⁸ Öte yandan, failin küçük olması durumunda ceza indirimi yapılmasını veya faile hiç ceza verilmemesini öngören TCK'nın 31. maddesinde belirtilen farklı yaş kategorileri baz alınarak ceza tayini yapılacağı belirtilmiştir.³⁶⁹ Bununla birlikte kararın, küçük yaşta çocuklarla evlenmeyi meşrulaştıracığı ve bu durumun, hükmünden beklenen faydadan ziyade zarara yol açacağı ifade edilmiştir. Nitekim, Türk toplumunun bazı kesimlerinde, 15 yaşından küçük çocukların başlık parası karşılığında, kendilerinden büyük kişilerle genellikle dini nikah usulüyle evlendirildiklerinin bilindiği, burada ceza kanunlarının topluma uydurulmasından ziyade toplumun modern yaşama ters düşen geleneklerinin değiştirilmesi hususunda, ceza hukukunun araç olarak kullanılması gerektiği savunulmuştur.³⁷⁰

Bu iptal hükmünün akabinde Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, TCK'nın 103. maddesinin; 1. fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün, 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının (a) bendinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkemece sunulan itiraz gerekçesinde, anılan düzenlemeler çerçevesinde farklı yaş gruplarındaki mağdurlara yönelik gerçekleştirilen fiillere aynı yaptırımların uygulandığı, bu kapsamda 4 yaşındaki mağdurlar ile 14 yaşındaki mağdurlara yönelik yapılan cinsel istismar fiillerine aynı cezanın tatbik edildiği, 12-15 yaş aralığında olan ve kendilerine karşı yapılan eylemlerin anlam ve mahiyetini algılama yetenekleri gelişmiş mağdurların rızalarının hukuken geçersiz sayıldığı, bu eylemler bakımından öngörülen cezanın yüksek olduğu ve hükümde mağdurlar açısından yaş sınırının 15 olarak belirlenmesi sebebiyle korunan hukuksal yararlar öngörülen yaptırımlar arasında orantısızlık olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesince yapılan inceleme neticesinde, sadece TCK md. 103/1'in birinci ve ikinci cümlelerinin a bendinde yer alan "...tamamlamamış..." sözcüğü yönünden iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda, 2015/26 esas ve 2015/100 karar sayılı iptal kararında açıklanan gerekçelere dayanıldığı belirtilmiştir. Mahkemece, bu karar bakımından da meydana gelecek hukuksal boşluk sebebiyle kamu yararının ihlal

³⁶⁷ Şen, Ersan, Anayasa Mahkemesi'nin TCK md.103/2'yi İptali, www.hukukihaber.net, E.T: 11.11.2020.

³⁶⁸ Aydın, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.172; Şen, Anayasa Mahkemesi'nin TCK md.103/2'yi İptali, www.hukukihaber.net, E.T: 11.11.2020.

³⁶⁹ Aydın, s.173.

³⁷⁰ Taner, Fahri Gökçen, Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2016, S:124, s.230.

edilmemesi amacıyla kararın, Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır.³⁷¹

Söz konusu iptal kararlarının akabinde, 24.11.2016 gün ve 6763 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile TCK md.103/1 ve 2 yeniden düzenlenmiş ve mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması hali bakımından faile verilecek cezaya alt sınır getirilmiştir.

II. Cinsel İstismarın Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenişi

Mülga TCK’da cinsel suçlar, “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” bölümünde, “*Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler*” başlığı altında müstehcenlik, fuhuş, hayasızca hareketler gibi günümüzde de genel ahlaka karşı suçlar bölümünde yer alan suçlarla birlikte düzenlenmişti.³⁷² Kanunda, cinsel suçlar çerçevesinde ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık suçlarına yer verilmekte ve çocuklara yönelik cinsel istismar niteliğindeki fiiller de bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezalandırılmaktaydı.

Irza geçme suçu, mülga 765 sayılı TCK’nın 414. maddesinde düzenlenmişti. Maddenin 1. fıkrasında, mefruz (varsayılan) cebirle küçüklerin ırzına geçilmesi düzenlenmiş ve 15 yaşını bitirmemiş bir küçüğün ırzına geçilmesi halinde failin, beş seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise suçun cebir, şiddet ya da tehdit kullanılarak veya akıl ya da beden hastalığından ya da failin gerçekleştirdiği fiilden başka bir sebeple veya fail tarafından kullanılan hile sebebiyle fiile mukavemet edemeyecek durumda olan bir küçüğe karşı işlenmiş olması durumları cezayı ağırlaştıran nitelikli haller olarak öngörülmüş ve bu durumların varlığı halinde, faile verilecek cezanın 10 seneden aşağı olamayacağı belirtilmiştir. Ancak, maddede ırza geçme kavramına dair bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Yargıtay ise ırza geçmeyi, “*failin penisinin, mağdurun normal veya anormal yoldan vücuduna, cinsi teması sağlayacak şekilde ithali fiili*” olarak tanımlanmıştır.³⁷³ Bu bakımdan, fiilin ırza geçme olarak nitelendirilmesi için duhulün gerçekleşmesi aranmıştır. Bu dönemde, Yargıtay ve doktrin tarafından ırza geçme fiilinin kapsamı, failin cinsel organının mağdurun vücuduna vajinal ya da anal yoldan ithalini içermekteydi. Bu nedenle, oral yoldan yapılan birleşmeler ile cinsel organ dışındaki bir organın veya sair bir cismin mağdurun vajinasına ya da anüse ithali, ırza geçme olarak kabul edilmemiş ancak bu tür fiiller ırza tasaddi olarak nitelendirilmiştir.³⁷⁴ Anılan düzenlemede, cinsel ilişki değil ırza geçme fiili cezalandırıldığından suçun mağdurunun kadın veya erkek olabileceği fakat failin yalnızca erkekler olabileceği doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmiştir.³⁷⁵ Bununla birlikte kadının, erkeği ırzına geçmesi için zorlaması halinde, pasif kişinin ırzına

³⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 26.05.2016, 2015/108-2016/46, R.G: 13.07.2016-29769, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/46?EsasNo=2015%2F108&KararAramaRaporu=1&KararNo=2016%2F46>, E.T: 15.05.2021.

³⁷² Dursun, Selman, Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, S:24, ss.57-73, s.58.

³⁷³ Yar. 5. CD., 24.09.1975, 2280/2434, Otacı, s.50.

³⁷⁴ Centel, s.274-275.

³⁷⁵ Yalçın Sancar, Türkan, Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2002, C:51, S:3, s.4.

geçilmesinin mümkün olmadığı ve ırza geçirtme fiilinin madde kapsamında cezalandırılmadığı gerekçesiyle kadınların bu suçun faili olamayacakları ancak şartları mevcutsa tehdit, özgürlüğü kısıtlama veya müessir fiil suçlarından cezalandırılacakları savunulmuştur.³⁷⁶ Ancak, kadınların koşulların varlığı halinde erkekler tarafından işlenen ırza geçme suçuna iştirakten sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir.³⁷⁷ Kadınlar arasında gerçekleşen cinsi münasebetler ise bazı yazarlar tarafından “ırza tasaddi” olarak değerlendirilmiştir.³⁷⁸

Irza geçme suçunun eşler arasında işlenip işlenmeyeceği hususunda kanun metninde açık bir hüküm olmamakla birlikte Yargıtay, kocanın tehditle karısına ters ilişkide bulunmasını ırza geçme suçu olarak değil “*aile efradına kötü muamele suçu*” (md. 478) kapsamında cezalandırma yoluna gitmiştir.³⁷⁹ Bununla birlikte doktrinde, kadına karşı kocası tarafından zorla gerçekleştirilen vajinal ilişki ise ırza geçme olarak nitelendirilmediği gibi aile efradına kötü muamele olarak da kabul edilmemiştir. Burada, evliliğin kadına cinsel ilişkiye rıza gösterme mükellefiyeti yüklediği ve bu nedenle nikâhın devam ettiği süre boyunca ırza geçme suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir.³⁸⁰

Irza geçme suçu, kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte suçun oluşumu bakımından cinsel saik aranmamaktadır. Bu bakımdan örneğin, batıl bir inanışla hareket ederek zührevi bir hastalıktan kurtulmak için bakire biri ile cinsel temasta bulunan fail bakımından da suçun oluştuğu söylenebilecektir.³⁸¹

Kanunun 415. maddesinde, 15 yaşını bitirmemiş küçüklere karşı gerçekleştirilen “ırza tasaddi suçu” düzenlenmiş ve bu suç kapsamında 414. maddenin 2. fıkrasında belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde faile verilecek cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmüştür. Anılan hükümde, “ırza tasaddi” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış ancak gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında bu kavram farklı şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Doktrinde bu kavram, aynı ya da farklı cinsiyetten bir kimseye yönelik olarak cinsel duyguları tatmin amacıyla gerçekleştirilen ancak ırza geçme ve ırza geçmeye teşebbüs niteliğinde olmayan veya sarkıntılık düzeyini aşacak şekilde devamlılık arz eden davranışlar şeklinde tanımlanmıştır.³⁸² Irza tasaddi suçunun gerçekleştirilebilmesi için ayrıca failin, mağdura bedeni temasta bulunması aranmıştır.³⁸³ Yargıtay CGK ırza tasaddiyi; “*mağdur üzerinde izlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi davranışlar olarak*” tanımlamış ve mağdurun cinsel organını okşama, öpme, emme veya failin kendi organını mağdura okşatma, emdirme veya ırza geçme kastı olmadan mağdura cinsel organını sürtme gibi davranışları

³⁷⁶ Bakıcı, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara 1994, s.4-5.

³⁷⁷ Dülger, Irza Geçme Suçu, s.69.

³⁷⁸ Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, Evlilik İçinde Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s.57.

³⁷⁹ Yargıtay 4.CD., 07.07.1994, 2788/6217, Otacı, s.40-41.

³⁸⁰ Yalçın Sancar, Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın..., s.5.

³⁸¹ Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2000, s.299-300.

³⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.165.

ırza tasaddiye örnek olarak göstermiştir.³⁸⁴ Yargıtay 5.CD ise ırza tasaddiyi; “*şehvi hislerin cinsel birleşme dışında tatminine yönelik, devamlılık arz eden ve sarkıntılık hududunu aşan eylemler*” olarak ifade etmiştir.³⁸⁵

Irza geçme suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumuyla ırza tasaddi suçunun ayrımı, önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, fiilin ırza geçmeye teşebbüs veya ırza tasaddi olarak kabulünde failin kastı önem taşımaktadır.³⁸⁶ Bu bakımdan, ırza geçme suçunda failin kastı, mağdurla cinsel ilişkide bulunma olmasına karşın ırza tasaddi suçunda fail, cinsel istek ve arzularını cinsel ilişkiye girmeksizin mağdur üzerinde gerçekleştirdiği şehvi nitelikteki hareketlerle tatmin etmektir.³⁸⁷ Doktrindeki bir anlayışa göre, fail ve mağdur arasında belirli bir uzvun duhal edilmesi şeklinde gerçekleşen vücut teması, cinsi teması oluşturur. Cinsi temas dışında kalan vücut temasları ise tasaddi niteliğindedir.³⁸⁸ Diğer görüşe göre de yapılan hareketlerden ırza geçme iradesi açıkça anlaşılmıyorsa ırza geçmeye teşebbüsün değil ırza tasaddinin varlığının kabulü gerekir.³⁸⁹

Irza geçme suçundan farklı olarak bu suçun faili, kadın veya erkek olabilmektedir. Mağdur ise 15 yaşını bitirmemiş küçüklerdir. Bu suçun mağduru da kadın veya erkek olabilmektedir.

Kanunun 416. maddesinin 3. fıkrasında, reşit olmayan bir kişiyle rızası dâhilinde cinsi münasebette bulunan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddedeki reşit olmayan kişi ibaresi, 15 yaşından büyük ancak 18 yaşından küçük olan kişileri ifade etmektedir.³⁹⁰ Zira 15 yaşından küçük kişilerle rızaya dayalı olarak girilen cinsi münasebetlerde, küçüğün rızası geçerli sayılmadığından eylem, 414/1 kapsamında cezalandırılmaktadır. Maddede yer alan cinsi münasebetin mevcudiyeti için vajinal ya da anal yoldan duhulün gerçekleşmesi gerekmekte olup oral birleşmeler bu kapsama dâhil edilmemektedir.³⁹¹ Suçun mağduru, erkek veya kadın olabilirken suçun faili, ırza geçme suçunda olduğu gibi sadece erkekler olabilmektedir.³⁹²

Kanunun 417. maddesinde; 414, 415 ve 416. maddelerde yer alan suçların cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerine, 418. maddesinde de bu suçlara ilişkin netice sebebiyle ağırlanmış hallerde yer verilmiştir. 417. maddeye göre anılan suçların; birden fazla kişi tarafından veya usulden biri, veli, vasi veya eğitici, öğretmenleri, hizmetkârları tarafından veya terbiye, nezaret veya korumaları altına bırakılan veya mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenmesi hallerinde, faile verilecek cezada yarı oranında artırım yapılacağı belirtilmiştir. 418. maddede ise suçun işlenmesi sırasında yapılan fiil ve

³⁸⁴ Yargıtay CGK, 04.06.1990, 5-101/156, Otacı, s.55.

³⁸⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi kararlarında, sanığın mağdurun elbiselerini soyarak göğüslerini okşaması, cinsel organını mağdura sürmesi (Yar. 5 CD., 27.01.1994, 4541/244); sanığın parmağını mağdurenin cinsel organına cinsi münasebet dışında şehvi arzularını tatmin amacıyla sokması (Yar. 5.CD., 07.12.1993, 4120/4395) eylemlerini ırza tasaddi olarak kabul etmiştir. (Otacı, s.55).

³⁸⁶ Dülger, Irza Geçme Suçu, s.220.

³⁸⁷ Dülger, Irza Geçme Suçu, s.220.

³⁸⁸ Erem/Toroslu, Özel Hükümler, s.300-301.

³⁸⁹ Erem/Toroslu, Özel Hükümler, s.301.

³⁹⁰ Erem/Toroslu, Özel Hükümler, s.303.

³⁹¹ Otacı, s.73.

³⁹² Otacı, s.73.

hareketler nedeniyle mağdurun ölmesi halinde faille müebbet hapis cezası verileceği; mağdurun bir hastalığa yakalanması veya bedensel ya da ruhsal sağlığına zarar gelmesi veya herhangi bir uzvunu veya kabiliyetini kaybetmesi (maluliyet)³⁹³ veya ayıplı hale gelmesi (mayubiyet)³⁹⁴ hallerinde ise cezanın yarısı oranında artırılarak hükmedileceği ifade edilmiştir.

Kanunun 434. maddesinde; 414, 415 ve 416. maddelerde belirtilen suçları da kapsayan bir hükme yer verilmiştir. Buna göre mağdur ile failin evlenmesi halinde, fail koca için açılan kamu davasının ve hüküm verilmişse cezanın infazı tecil edilecektir. Ancak zamanaşımı süresi içinde kocanın haksız olarak meydana getirdiği bir sebepten dolayı boşanmanın gerçekleşmesi halinde, davaya devam olunacağı ve ceza verilmişse infaz edileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, 5237 sayılı TCK kapsamına alınmamıştır.

Kanunun 421. maddesinde ise söz atma ve sarkıntılık suçlarına yer verilmiştir.³⁹⁵ Sarkıntılık suçu, kanunun ilk halinde yer almamış 1933 tarihinde 2275 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle maddeye dâhil edilmiştir.³⁹⁶ Hükümde, herhangi bir yaş sınırlaması yapılmadan kadınlara ve erkeklere söz atan ve sarkıntılık edenlerin cezalandırılacağı belirtildiğinden anılan suçlar, çocuklara karşı da işlenebilmektedir. Bununla birlikte, anılan fiiller Kanunda tanımlanmamış ancak doktrin ve yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Doktrinde söz atma; belirli bir kişiye karşı şehvi duygularla gerçekleştirilen, sarkıntılık aşamasına varmamış sözlü saldırılar olarak tanımlanmıştır.³⁹⁷ Söz atma suçunda sözün, şehvet duygusu ile söylenmiş olması gereklidir ancak anlamlı olup olmaması veya özel bir anlam taşıması gerekmemektedir.³⁹⁸ Söz atma suçu, yalnız sözlü olarak değil mektup veya e-posta yoluyla da işlenebilmektedir.³⁹⁹ Ayrıca, söz atma suçu ani ve münferit hareketlerle işlenebilmekte olup aynı zaman diliminde gerçekleştirilen söz atma eylemleri tek suç olarak değerlendirilmektedir.⁴⁰⁰ Ancak Yargıtay, söz atma fiilinin, sürekli tekrarlanmak suretiyle sırnaşıkça bir hale gelmesi durumunda, sarkıntılık suçunu oluşturacağına hükmetmiştir.⁴⁰¹

³⁹³ Örneğin; mağdurun, gerçekleştirilen fiil neticesinde bir organını kaybetmesi ya da çocuk yapma veya cinsel ilişkide bulunabilme yeteneği gibi bazı kabiliyetlerini yitirmesi, maluliyet olarak değerlendirilmekteydi. (Otaç, s.115).

³⁹⁴ Mayubiyet hali, uygulamada genellikle mağdurun kızlık zarının bozulması durumunda gündeme gelmekteydi. (Otaç, s.116).

³⁹⁵ Maddenin ilk halinde, kadınlara ve genç erkeklere söz atan veya sarkıntılık edenlerin cezalandırılacağı belirtilmişti. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2002 gün 2002/35 sayılı kararıyla "genç" kelimesi madde metninden çıkarılmıştır. (İçel/Ünver, s.237).

³⁹⁶ Dülger, Irza Geçme Suçu, s.228.

³⁹⁷ Otaç, s.140.

³⁹⁸ Üzülmüş, İlhan, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y:2002, C:22, S:2, s.1005.

³⁹⁹ Otaç, s.141.

⁴⁰⁰ Üzülmüş, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, s.1007.

⁴⁰¹ Otaç, s.144; "Sanığın müteaddit defalar müştekiye telefon ederek kendisini sevdiğini söylemesinden ibaret söz atma eylemlerinin tümü itibarıyla sırnaşıkça bir hal alması nedeniyle sarkıntılık suçunu oluşturduğu..." (Yargıtay 5. CD., 02.02.1998, 4842/145, Otaç, s.156.); "Cevapsız kalmasına rağmen mağdureye mektup yazmayı sürdüren sanığın eylemi, bütünü ile mağdureyi rahatsız eden sırnaşıkça hareketler olup sarkıntılık suçunu oluşturur." (Yargıtay 5. CD., 10.11.1994, 2848/3257, Otaç, s.157.)

Sarkıntılık, Yargıtay CGK'nın tanımlamasıyla; belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren ve şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır.⁴⁰² Burada, sarkıntılık suçunun oluşabilmesi bakımından vücut temasının varlığı şart olarak öngörülmemiş ve “ıslık çalmak, mağdurenin peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak” gibi fiiller sarkıntılık suçuna örnek olarak sayılmıştır.

Doktrinde bazı yazarlar, sarkıntılık suçunun, söz atma suçu ile ırza tasaddi suçu arasında yer aldığını⁴⁰³ bazı yazarlar ise hayasızca hareketler, ırza geçmeye teşebbüs ve ırza tasaddi suçları arasında yer alan fiillerden meydana geldiğini savunmaktadır.⁴⁰⁴

Sarkıntılık suçu, söz atma suçundan mağdurun vücuduna yönelik maddi bir teması ya da mağdura yönelik fiziki bir hareketi gerektirmesi yönüyle ayrılmaktadır.⁴⁰⁵ Bununla birlikte, sarkıntılık suçu da sözle veya yazıyla işlenebilmektedir. Ancak sözle gerçekleştirilen sarkıntılık münferit olmaması, süreklilik arz edip sırnaşıkça bir hal alması yönüyle söz atma suçundan ayrılmaktadır.⁴⁰⁶ Bu bağlamda örneğin Yargıtay, evli bir kadına yapılan para karşılığında cinsel ilişki teklifini söz atma değil sarkıntılık olarak nitelendirmiştir.⁴⁰⁷

Irza tasaddi suçu ile sarkıntılık suçu, ırza tasaddinin mutlaka mağdurun vücuduna teması içeren ırza ve namusa yönelik yapılan saldırılar şeklinde gerçekleştirilmesi, sarkıntılığın ise mağdurun vücuduna temas edilmesi dışında sözle, yazıyla veya başkaca hareketlerle de işlenebilmesi bakımından ayrılmaktadır.⁴⁰⁸ Bununla birlikte, temas ile gerçekleştirilen sarkıntılık suçu da ırza tasaddi suçundan farklılık göstermektedir. Bu bakımdan, vücuda temas içeren ani nitelikteki davranışlar sarkıntılık olarak nitelendirilirken⁴⁰⁹ vücuda temas ile yapılan sarkıntılığın, ırza geçme veya ırza geçmeye teşebbüs kapsamında sayılmayacak şekilde süreklilik arz etmesi durumunda eylem, ırza tasaddi olarak değerlendirilmektedir.⁴¹⁰

Doktrinde sarkıntılık, ırza tasaddi ve ırza geçme suçları geçitli suçlar olarak kabul edilmiştir.⁴¹¹ Bu bakımdan, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarını işleme kastıyla icra hareketlerine başlayan failin, fiilin icrasından gönüllü olarak vazgeçmesi halinde o ana kadar yapılan hareketler sarkıntılık seviyesinde kalmışsa failin sarkıntılık suçundan cezalandırılacağı belirtilmiştir. Nitekim, Yargıtay da bir kararında; sanığın, mağdureyi hile ile evine getirip kapıyı içeriden sürgüledikten sonra mağdurenin rızası dışında ve ırzına geçmek amacıyla donuna el attığı ancak mağdurenin “seni anneme söylerim”

⁴⁰² Yargıtay CGK, 24.12.1990, 5-343/361, Otacı, s.150.

⁴⁰³ Otacı, s.144.

⁴⁰⁴ Üzülmüş, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, s.1017.

⁴⁰⁵ Üzülmüş, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, s.1018.

⁴⁰⁶ Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin, Sarkıntılık Fiili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2016, C:65, S:4, s.3246.

⁴⁰⁷ Yargıtay 4. CD., 30.12.1981, 7441/7556, Otacı, s.153.

⁴⁰⁸ Üzülmüş, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, s.1019.

⁴⁰⁹ Artuk/Alşahin, s.3248.

⁴¹⁰ Otacı, s.144-145.

⁴¹¹ Üzülmüş, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, s.1033.

demesi üzerine ırza yönelik eyleminden dıştan başkaca bir engel olmaksızın vazgeçtiği olayda, gerçekleştirilen eylemin sarkıntılık olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴¹²

Burada değinilmesi gereken bir diğer suç da Kanunun 423. maddesinde yer alan evlenme vaadi ile kızlık bozma suçudur. Anılan düzenlemede, on beş yaşını dolduran bir kızı evlenme vaadiyle kandırarak kızlığını bozan kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Madenin 2. fıkrasında ise suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdurun evlenmesi halinde, davanın ve cezanın tecil edileceği ancak kocanın aleyhine evlenmeden itibaren beş sene içinde boşanmaya hükmedildiği takdirde tecil olunan davaya devam edileceği ya da verilmiş olan cezanın infaz edileceği belirtilmiştir. Bu suç, isabetli olarak 5237 sayılı TCK kapsamına dâhil edilmemiştir.

III. Korunan Hukuksal Yarar

Çağdaş hukuk anlayışı doğrultusunda cinsel özgürlüğün korunması düşüncesiyle, 5237 sayılı TCK’da cinsel suçlar, mülga Kanundan farklı olarak “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” adı altında düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçu da bu bölümde yer almaktadır. Bu nedenle, öncelikle teknik hukuk açısından bir değerlendirme yapıldığında, bu suçla çocukların cinsel dokunulmazlıklarının hukuki bir değer olarak korunduğu sylenilebilecektir.⁴¹³ Ancak doktrinde cinsel dokunulmazlığın, cinsel özgürlüğün negatif görünümünü oluşturduğu dolayısıyla suçun hukuki konusu değil hukuki korumanın sonucu olması sebebiyle bu suçla asıl olarak cinsel özgürlüğün korunduğu belirtilmiştir. Bu görüş, kişilerin doğuştan itibaren korunmaya değer bir cinsel özgürlüğüne sahip olduğunu ve çocukların cinsel gelişimlerini dış müdahalelere maruz kalmadan tamamlamasının cinsel özgürlük kavramı içerisinde değerlendirilmesi için çocukların bu özgürlük üzerinde tasarrufta bulunabilme imknına sahip olmasının zorunlu olmadığını ifade etmiştir.⁴¹⁴ Karşı görüş ise çocukların üzerinde tasarrufta bulunamayacağı bir özgürlüğün, sırf özgürlükçü bir yaklaşım benimseme amacıyla korunan hukuki menfaat yönünden tercih edilmesinin, bu düzenlemenin ruhu ile bağdaşmayacağını belirterek burada korunan hukuksal menfaatin, çocukların cinsel dokunulmazlıklarıyla ruh ve beden gelişimleri olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁵ Bununla birlikte doktrinde, cinsel istismar suçuyla korunan hukuksal değerin; çocukların cinsel özgürlüklerinin yanında erken cinsel deneyimlere karşı korunarak engelsiz biçimde cinsel gelişimlerinin saęlanması⁴¹⁶, mağdur çocuğun yararı ile cinsel dokunulmazlığının, ruh ve beden bütünlüğünün korunması⁴¹⁷,

⁴¹² Yargıtay 5. CD., 09.11.1983, 3415/3721, Otacı, s.164.

⁴¹³ zlmez, ocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.26; Meran, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.344; Bayraktar, Köksal/Keskin Kızıroğlu, Serap/Yıldız, Ali Kemal/Memiş Kartal, Pınar/Altun, Sinan/Bostancı Bozbayındır, Gülşah/Erman, Barış/Eroğlu Erman, Fulya/Kurt, Gülşah/Sınar, Hasan, zel Ceza Hukuku Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar 1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.502.

⁴¹⁴ Taner, Cinsel zgrlğne Karşı Suçlar, s.287; Aydın, s.25.

⁴¹⁵ Memiş Kartal, s.143.

⁴¹⁶ zlmez, ocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.26; Koca/zlmez, zel Hükümler, s.350.

⁴¹⁷ Tezcan/Erdem/nok, s.451; Artuk, Mehmet Emin/Gökcen Ahmet/ Aşahin, Mehmet Emin/akır, Kerim, Ceza Hukuku zel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.400.

cinsel dokunulmazlıkla birlikte çocuğun gelişim ve sağlık hakkı⁴¹⁸, temel olarak çocuğun cinsel dokunulmazlığının ve çocuğun yararının yanında çocuğun cinsel istismara karşı korunması ve çocuğun gelişimi⁴¹⁹, çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri⁴²⁰ olduğu şeklinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür.

Cinsel istismarın, çocukların sağlığı ve psikososyal gelişimleri üzerinde yarattığı olumsuz etki göz önüne alındığında cinsel istismarın suç olarak düzenlenmesiyle çocukların iyiliğinin ve yüksek yararının korunduğu söylenebilir.⁴²¹ Çocukların, genellikle kendilerine yönelik gerçekleştirilen davranışların cinsel nitelikli olduğunun farkında olmamaları sebebiyle⁴²² kanun koyucunun çocukların iradi olarak bile pasif, aciz ve çaresiz kaldıkları varsayımından hareketle bu tür fiilleri istismar olarak nitelendirmesi sonucunu doğurmuştur.⁴²³ Nitekim, Kanunda çocuklara yönelik cinsel davranışlar için “cinsel saldırı” yerine “cinsel istismar” deyimini tercih edildiği⁴²⁴ ve cinsel istismarın yetişkinlere ilişkin düzenlemeden ayrı olarak ele alınarak daha ağır şekilde cezalandırıldığı görülmektedir.⁴²⁵

IV. Suçun Maddi Unsuru

A. Konu ve Mağdur

Cinsel istismar suçunun konusu, cinsel nitelikteki davranışların üzerinde gerçekleştirildiği çocuğun vücududur.⁴²⁶ Suçun mağduru, Kanunda da belirtildiği üzere erkek veya kız “çocuk” olabilmektedir. TCK md. 6’ya göre, 18 yaşın altındaki kişiler, çocuk statüsünde olacaktır. Bununla birlikte, kanunda cinsel istismar suçu bakımından mağdurun yaşı ve algılama yeteneği baz alınarak ikili bir ayırım yapılmış ve her bir grup açısından tipikliğin unsurları farklı şekilde düzenlenmiştir. TCK md. 103/1-a’ya göre; 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, bu suçu oluşturacaktır. Görüldüğü üzere Kanun koyucu, 0-15 yaş aralığında olan ve 15-18 yaş aralığında olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocukların, cinsel açıdan psişik ve fiziki olgunluğa ulaşmadıkları gerekçesiyle cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyeceklerini mutlak ve aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul etmiş ve bu çocukların herhangi bir cinsel eyleme gösterdikleri rızayı hukuken geçerli saymamıştır.⁴²⁷ Diğer bir deyişle, bu grup çocukların cinsel istismar suçunun gerek basit hali gerek sarkıntılık düzeyindeki hali gerekse vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli hali kapsamındaki cinsel davranışlara gösterdikleri rıza, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu bakımdan, bu gruptaki

⁴¹⁸ Memiş Kartal, s.144; Bayraktar ve diğerleri, s.502.

⁴¹⁹ Yokuş Sevük, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2 Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.144; Taneri, Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s.109.

⁴²⁰ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.347.

⁴²¹ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.144.

⁴²² Tezcan/Erdem/Önok, s.451; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.347-348.

⁴²³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.348.

⁴²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.451.

⁴²⁵ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.144.

⁴²⁶ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.355; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.402.

⁴²⁷ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.290.

mağdurlara yönelik yapılan cinsel istismarın, mefruz cebir altında işlendiği söylenebilecektir. Bununla birlikte, TCK md. 103/1-b'deki hükme göre; 15-18 yaş aralığında bulunan ve cinsel nitelikteki fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle, 2. gruptaki çocuklar bakımından cinsel istismar fiillerinin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilmesi, tipikliğin maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan Kanunda, bu gruptaki çocukların basit cinsel istismar ile sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar kapsamında kalan cinsel davranışlara gösterdikleri rıza hukuken geçerli sayılmış⁴²⁸ ve bu rızanın suçun oluşmasını engelleyeceği öngörülmüştür.⁴²⁹ Buna karşılık, bu gruptaki çocuklara yönelik rızalarıyla vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından ise fiilin “cinsel ilişki” niteliğinde olması durumunda, TCK md.104'te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁴³⁰ Ancak, bu gruptaki çocuklara karşı rızaları dâhilinde vücuda organ veya cisim sokulması eylemleri, cinsel ilişki şeklinde gerçekleştirilmediği sürece suç teşkil etmeyecektir. Diğer bir deyişle, bu çocukların vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde gerçekleştirilen eylemlere karşı rızası, TCK md.104'e göre cinsel ilişki niteliğinde sayılmayan davranışlar bakımından geçerli kabul edilmektedir.⁴³¹

TCK md.103 kapsamında, 15-18 yaş aralığındaki çocuklar açısından üzerinde durulması gereken önemli bir husus, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya koyulmasıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, söz konusu ifade isnat yeteneğinin bir unsuru olan anlama yeteneğine karşılık olarak kullanılmaktadır.⁴³² Anlama yeteneği ise hareketin toplumsal açıdan yarattığı etkiyi anlama veya davranışların sosyal değerinin farkına varma olarak ifade edilmektedir.⁴³³ Kanunda, kişinin algılama yeteneğini etkileyen durumlar “yaş küçüklüğü”, “akıl hastalığı” ve “sağır ve dilsizlik” olarak belirlenmiştir.⁴³⁴ Bazı yazarlara göre, cinsel istismar bakımından mağdur çocukların algılama yeteneğine etki eden nedenler sağır ve dilsizlik ile akıl hastalığı olabilecektir. Zira Kanun, 0-15 yaşlarındaki çocukların algılama yeteneklerinin gelişmemiş olduğunu aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul etmiştir.⁴³⁵ Bazı yazarlara göre, akıl zayıflığı veya zeka geriliği gibi durumlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.⁴³⁶ Bazıları ise Kanundaki bu ifadenin mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak amacıyla kullanıldığını⁴³⁷ ve mağdurun rızası sonucu yapılan fiilin hukuki olarak ne ifade ettiğini, ne gibi bir hukuk normuna karşılık

⁴²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.453.

⁴²⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.350; Artuç, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.641.

⁴³⁰ Tuğrul, s.255; Centel, s.272.

⁴³¹ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.361.

⁴³² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.290.

⁴³³ Memiş Kartal, s.150.

⁴³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.454.

⁴³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.455; Tuğrul, s.260.

⁴³⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.349.

⁴³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.454.

geldiğini bilmesinin gerekmediğini, burada mağdurun faille yaşadığı cinsel davranışların vücudu üzerinde ne önem arz ettiğini bilmesinin yeterli olacağını ifade etmiştir.⁴³⁸ Burada önemli olan husus, hukuki açıdan mağdurda idrak yeteneğinin oluşması değil fiili açıdan mağdurun bilme, isteme ve anlama yeteneklerine sahip olmasıdır.⁴³⁹ Bu nedenle, burada aslanan mağdurun “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği”nin gelişip gelişmediğinin tespiti.⁴⁴⁰ Yargıtay ise bazı kararlarında kanundaki ifadeyi aynen kullanmış⁴⁴¹, bazı kararlarında ise “cinsel istismar suçunun kötülüğünü idrak edemeyecek durumda olma”⁴⁴², “eylemin ahlaki redaetini idrak edemeyecek olma”⁴⁴³, “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması”⁴⁴⁴ ifadelerine yer vermiştir.

Kural olarak, 15-18 yaşlarındaki mağdurların Kanun ifadesiyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.⁴⁴⁵ Nitekim, Yargıtay da bu konuya ilişkin herhangi bir iddia veya kanıtın olmadığı durumlarda, bu hususun araştırılmasına gerek olmadığını kabul etmiştir.⁴⁴⁶ Ancak, bu yönde bir iddianın olması veya Cumhuriyet savcısı ya da mahkemece resen inceleme yapılmasının gerekli görülmesi halinde, Adli Tıp Kurumu’ndan bu hususa ilişkin rapor alınması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁴⁷ Yargıtay’ın kararları dikkate alındığında, bu hususun tespiti için mutlaka Adli Tıp Kurumu’na başvurduğu ve kurumca hazırlanan

⁴³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.349.

⁴³⁹ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.398.

⁴⁴⁰ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.147; Bayraktar ve diğerleri, s.507; Tezcan/Erdem/Önok, s.454; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.349.

⁴⁴¹ Yargıtay 5.CD, 15.5.2007, 3130/3652, Meran, s.348.

⁴⁴² YCGK, 2007/5-92-2007/151, Tuğrul, s.337-339.

⁴⁴³ Yar. 5. CD., 23.3.2009, E:2008/14544, K:2009/3539, Tuğrul, s.414-415.

⁴⁴⁴ Yar. 5CD., 05.2.2007, 11527/592, Gündel, Ahmet, Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş-Müstehcen Yayın Suçları, Ankara 2009, s.119.

⁴⁴⁵ Tuğrul, s.260; Şen’e göre, mağdur çocuk 16 yaşına girmişse suç vasfının tayini açısından, çocukta idrak kabiliyetinin gelişip gelişmediğinin adli merciince resen araştırılarak gerekli tıbbi tetkiklerin yaptırılması gereklidir. (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.396).

⁴⁴⁶ “5237 sayılı TCK.nun 103/1-b maddesinde yazılı olduğu üzere; cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, on beş-on sekiz yaş grubu içerisinde bulunup da kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun unsuru olduğu, suç tarihinde on yedi yaşında olan ve kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediği yönünde hakkında herhangi bir iddia ve kanıt bulunmayan mağdura yönelik nitelikli cinsel istismar eylemini cebir ve şiddet kullanarak gerçekleştirdiğinden bahisle sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 103/2. maddesi ile hükmedilen cezanın ayrıca 103/1-a maddesindeki çocuklara yönelik olarak düzenlenen 103/4. madde ile artırılmayacağı hususu lehe yasa değerlendirilmesi sırasında gözetilmeyip sonuçta 765 sayılı TCK.nun lehe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yargıtay 5.CD., 30.01.2007 tarih ve 181/417, Tuğrul, s.261, dn:346).

⁴⁴⁷ “Kayden 12.10.1992 doğumlu mağdurenin Erbaa Cumhuriyet Başsavcılığı’nda verdiği beyan sırasındaki “mağdurenin kendisi ve yaşadıklarını ifade etmekte zorluk çektiği”, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı’nun 29.07.2010 günlü raporundaki “sınırdan zeka izlenimi verdiği” şeklindeki gözlem ve tespitlerle tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin dosya ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastası olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı var ise bu hastalığının ruh ve beden bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği, akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14.CD., 18.02.2016, 2014/11007-2016/1532, Aydın, s.365).

raporlara itibar ettiği görülmektedir.⁴⁴⁸ Bununla birlikte, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinin düzenlediği rapor ile hastaneler tarafından hazırlanan raporlar arasında çelişki bulunduğu takdirde Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesine göre Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor alınması yoluna gitmektedir.⁴⁴⁹

Cinsel istismar suçu mağduru bakımından önemli bir husus da mağdurun yaşının tespiti. Nitekim, mağdurun yaşının tespiti, suçun niteliğinin tespiti ve uygulanacak hüküm açısından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle, yaş tespiti açısından öncelikle nüfus müdürlüğünden mağdura ait onaylı nüfus kaydının getirilmesi gerekmektedir.⁴⁵⁰ Eğer, mağdurun nüfus cüzdanındaki yaşına bir itiraz söz konusu ise ya da mahkemece mağdurun dış görünüşü ile nüfus kayıtları arasında çelişki olduğu düşünülüyorsa CMK'nın 218. maddesi uyarınca, mahkeme tarafından mağdurun yaşı araştırılabilir ve gerektiği takdirde düzeltilebilecektir.⁴⁵¹ Bu amaçla, öncelikle mağdurun doğum belgeleri getirilmelidir. Ancak mağdur, resmi bir kurumda doğmamışsa tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumunda kemik grafileri çektilerilerek radyoloji uzmanının da bulunduğu heyetten alınacak raporla birlikte dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak tespit edilmelidir.⁴⁵² Bununla birlikte, mağdurun yaşı suçun işlenmesinden önce hukuk mahkemesince düzeltilmiş olsa bile Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 36'daki aynı konuya dair nüfus kayıtlarının sadece bir kere düzeltilebileceğini

⁴⁴⁸ "Ankara Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin suç tarihinden önce 23.10.2008 tarihli raporunda, kendisinde orta derecede zeka geri geriliği saptandığı bildirilen mağdure hakkındaki rapor suçun oluşumuna ve vasfına etkisi bakımından yeterli görülmemekle, mağdurun kendisine karşı işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alındıktan sonra, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 12.11.2013, 2011/22180-2013/11403, Aydın, s.366).

⁴⁴⁹ "Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nin 15.07.2008 tarihli raporunda "mağdurenin 15 yaşını tamamladığı 07.04.2008 tarihinden sonra ve hali hazır durumuyla kendisine karşı yapılan cinsel istismar fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin mevcut bulunduğu, hali hazırda akıl sağlığının yerinde olduğu ve anlatımına itibar edilebileceğinin" belirtilmesine karşın, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 29.06.2009 tarihli raporunda "mağdurede orta mentalretardasyon tespit edildiği, anlatımına delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği, cinsel istismar fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediğinin" bildirilmesi karşısında; raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için olay tarihinde mağdurede akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı var ise hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesine göre Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor alınması gerektiği düşünülmemekle eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 31.10.2013, 2011/19739-2013/10762, Aydın, s.367).

⁴⁵⁰ Tuğrul, s.261.

⁴⁵¹ Memiş Kartal, s.154.

⁴⁵² Baytemir, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.37-38; "Sanık müdafii ve yargılama aşamasında dinlenen sosyal hizmet uzmanınca Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/148 sayılı esasına kayden mağdurenin yaşının tashihi için dava açıldığının bildirilmesi, İzmir Atatürk Eğitim Araştırma Hastanesince düzenlenen rapora radyoloji uzmanının iştirak etmemesi, mağdurenin bir yıl sonra nüfusa tescil ettirilmesi ve kaydı doğum tarihine göre 15 yaşını bitirmesine çok az bir zaman kaldığının anlaşılması karşısında; doğumuna ait tüm kayıt ve tutanaklarının getirilmesi suretiyle resmi bir sağlık kurumunda doğup doğmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması, resmi kurumda doğmadığının kesin olarak saptanması halinde ise suçun unsuruna ve verilecek ceza miktarına önemli etkisi nazara alınarak; yaş tespitine esas olarak kemik grafileri ile anılan sağlık kurulu raporu da eklenip Adli Tıp Kurumu'ndan görüş sorularak, gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması," (Yargıtay 5.CD., 28.10.2008, 2008/11080-2008/8970, Tuğrul, s.263, dn:351).

öngören hükmün Anayasa Mahkemesi'nin, 2011/34-2012/48 sayılı kararıyla iptal edilmesi sebebiyle artık mağdurun yaşı yargılamayı yapan ceza mahkemesince tekrar düzeltilebilecektir.

Cinsel istismar mağduru bakımından doktrinde tartışılan bir diğer konu da 18 yaşını doldurmamış ancak Medeni Kanun hükümleri uyarınca kazai rüşt şeklinde veya evlenme yoluyla ergin kılınan çocukların, bu suçun mağduru olup olamayacağı diğer bir deyişle bu kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel saldırı suçu (md.102) kapsamında mı yoksa cinsel istismar suçuna (md.103) ilişkin hükümlere göre mi cezalandırılacağıdır. Bazı yazarlara göre, bir kimse evlenme yoluyla ya da mahkemece ergin kılınsa bile 18 yaşını doldurmadığı sürece bu suçun mağduru olacaktır.⁴⁵³ Bu görüşteki yazarlar, TCK md.6 ve ÇKK md.3/1-a'da belirtilen çocuk tanımından yola çıkmaktadır. Bazı yazarlara göre ise 18 yaşından küçük olmakla beraber evlenerek veya mahkeme kararıyla ergin kılınmamış çocuklar ancak cinsel istismar suçunun mağduru olabilecektir. Bu nedenle, ergin kılınmış çocuklara, TCK kapsamında yetişkinlerin tabi olduğu TCK md.102'teki hükümler uygulanmalıdır.⁴⁵⁴

Öğretide ayrıca evlenme ile ergin kılınmış küçük eşe rızası dışında diğer eş tarafından evlilik birliği içinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara, hangi hükümlerin uygulanacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, evlenme kişiyi ergin kıldığından failin, ergenlere yapılan cinsel saldırıyı cezalandıran TCK md. 102'ye göre cezalandırılması gerekir.⁴⁵⁵ Bu yazarlar, 103. maddenin gerekçesindeki yetişkinlere yönelik fiillerin cinsel saldırı, erişkin olmayanlarla çocuklara yönelik fiillerin ise cinsel istismar olarak nitelendirileceği ifadesinden yol çıkmaktadır. Başka bir görüş, TCK md. 102/2'deki hükmün konuya ilişkin özel bir düzenleme ihtiva etmesi sebebiyle küçük eşe yönelik organ veya cisim sokma şekilde icra edilen cinsel davranışlara da aynı hükmün tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁵⁶ Bir diğer görüş ise küçük eşe karşı diğer eş tarafından yapılan cinsel davranışları, ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre; küçük eşe karşı diğer eş tarafından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, TCK md.103 kapsamında cezalandırılacaktır. Nitekim, TCK md.6'ya göre evli ya da bekâr olmalarına bakılmaksızın 18 yaşın altındaki herkes çocuk kabul edilmektedir. Benzer şekilde, ÇKK md.3'te de daha erken bir yaşta ergin kılınmış olsa bile 18 yaşını tamamlamamış kişilerin çocuk olarak nitelendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, küçük eşe diğer eş tarafından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından ise evliliğin varlığı nedeniyle rıza varsayılacağından evlenme adeta bir hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracaktır. Bu nedenle, cinsel istismar suçu oluşmayacağı gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da oluşmayacaktır.⁴⁵⁷ Evlenmeyle reşit kılınmış küçük eşe karşı eşi ve üçüncü kişi tarafından yapılan cinsel davranışları ayrı değerlendiren görüş ise küçük eşe diğer eş tarafından yapılan cinsel davranışlara TCK

⁴⁵³ Üzülmöz, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.30; Tezcan/Erdem/Önok, s.453.

⁴⁵⁴ Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s.124.

⁴⁵⁵ Malkoç, s.124.

⁴⁵⁶ Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.354.

⁴⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.351.

md. 102/2'nin uygulanması gerektiğini zira burada kanun koyucunun çocuğu koruma amacının değil suçu şikâyetle bağlamakla elde etmeye çalıştığı mağdurun suçun toplumda duyulmaması yönündeki iradesine saygı gösterme amacının baskın olduğunu ifade etmektedir.⁴⁵⁸ Bu görüş, suçun basit hali bakımından da aynı yaklaşımı kabul etmektedir. Zira, aksi görüş benimsendiğinde küçük eşin rızası hilafına gerçekleştirilen ve vücuda organ veya cisim sokma boyutuna varmayan davranışların da TCK md.103/1 kapsamında resen soruşturulup kovuşturulacağının kabulü gerekir ki bu durum, mağdurun iradesine saygı gösterme amacıyla bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte, bu görüşe göre evlenmeyle reşit kılınmış eşe karşı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlara ise TCK md.103'ün uygulanması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise evlenme ile eşlerden biri diğerine cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılmayacağından kanunda açık hüküm olmamasına rağmen küçük eşe karşı rızası hilafına diğer eş tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Zira, kişinin Medeni Kanun hükümlerince reşit hale gelmesi, TCK md. 6'daki tanımda da ifade edildiği üzere, ceza hukuku alanında çocuk olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, çocuğun evlenme ile reşit kılınmış olması, kendisini yetişkinler gibi koruyabilecek erginliğe ulaştığı anlamına da gelmemektedir.⁴⁵⁹ Bu nedenle, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak TCK md.103'deki düzenlemede erken yaşta ergin kılınma durumları dikkate alınmamıştır. Bu bakımdan, küçük eşe karşı rızası dışında diğer eş tarafından yapılan cinsel davranışlar, cinsel istismar olarak nitelendirilecek ve cinsel saldırı suçu kapsamında eşler arasındaki yalnızca organ veya cisim sokma şeklinde gerçekleştirilen fiiller cezalandırılırken, küçük eşe karşı diğer eş tarafından gerçekleştirilen gerek basit gerekse nitelikli cinsel istismar fiilleri cezalandırılacaktır. Ayrıca, yetişkinler için öngörülen hükümden farklı olarak burada suç, resen soruşturulup kovuşturulacaktır.⁴⁶⁰ Son olarak, evlenmeye reşit kılınmış olsa bile mağdurun TCK kapsamında çocuk statüsünde görülmesi sebebiyle bu çocuklara karşı eşi dışında üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlar da TCK md.103 çerçevesinde cezalandırılacaktır.⁴⁶¹

B. Fail

Bu suçta özel faillik hükmü bulunmadığından, suçun faili kadın veya erkek herkes olabilecektir.⁴⁶² Suçun failiyle mağduru aynı ya da farklı cinsiyetten olabilir.⁴⁶³ Failin, mağdurla üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunması ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerden biri olması durumunda faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. (TCK md.103/3).

⁴⁵⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.172.

⁴⁵⁹ Memiş Kartal, s.148.

⁴⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.457.

⁴⁶¹ Memiş Kartal, s.148.

⁴⁶² Nuhoglu, Ayşe, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt II, s.289.

⁴⁶³ Koparan, Reşat, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Seminer Çalışması, Kayseri 2009, s.3, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf, E.T: 12.03.2020); Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.29.

Suçun faili çocuk da olabilmektedir.⁴⁶⁴ Kanunda, failin çocuk olması ve suçun sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda, soruşturma ve kovuşmanın yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine tabi tutulmuştur.

Doktrinde, suçun failinin ve mağdurunun, her ikisinin de çocuk olması ve rızaen cinsel münasebette bulunmaları durumunda suçun oluşup oluşmadığı, oluşuyorsa ilişkiye girenlerden hangisinin mağdur hangisinin fail olarak nitelendirileceği hususları tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, 15 yaşını tamamlamamış iki çocuğun, rızaen cinsel davranışta bulunmaları durumunda, ikisinin de hem fail hem mağdur olduğunun kabul edilmesinin ceza hukukunun genel prensiplerine ve çocukların korunması esaslarına aykırılık teşkil edecektir.⁴⁶⁵ Başka görüşe göre, failin gerçekleştirilmesi için diğer tarafı ikna eden çocuğun fail olarak kabul edilmesi gerekir.⁴⁶⁶ Ancak bu görüş, ikna eden tarafın tespitinin zor olması sebebiyle bu yaklaşımın adaletsiz hükümlerin verilmesine yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴⁶⁷ Başka bir görüşe göre, 15 yaşını tamamlamamış olmakla birlikte aralarındaki yaş farkının fazla olduğu çocuklar arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından yaşça küçük olan çocuğun mağdur olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁸ Sorunun çözülmesi bakımından, çocukların isnat yeteneğinden hareket edilmesi gerektiğini savunan görüşe göre, TCK md.31’de belirtilen yaş grupları baz alınarak bir değerlendirilme yapılabilecektir.⁴⁶⁹ Bütün bu görüşlerin yanı sıra konuya açıklık getirilmesi açısından küçükler arasında gerçekleşen cinsel davranışların düzenlendiği özel bir hükmün maddeye eklenmesini savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁴⁷⁰ Yargıtay ise verdiği bir kararında, 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızaen cinsel ilişkiye girmeleri halinde vücuda organ sokan çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan, vücutuna organ sokulan çocuğun da basit cinsel istismar suçundan cezalandırılmasına hükmetmiştir.⁴⁷¹

Benzer bir tartışma, 15-18 yaş aralığındaki algılama yetenekleri gelişmiş çocukların rızaen cinsel ilişkiye girmeleri durumunda, TCK md.104’te düzenlenen suç bakımından fail ile mağdurun ne şekilde tespit edileceği konusunda yapılmaktadır. Bir görüşe göre çocukların her ikisi de fail ve mağdur olacaktır.⁴⁷² Diğer bir görüşe göre ikna edenin fail, diğerinin mağdur olarak kabul edilmesi kanun koyucunun amacına uygun bir çözüm olacaktır.⁴⁷³ Başka bir görüşe göre ise iki taraf açısından da suçun oluşmayacaktır zira

⁴⁶⁴ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.145.

⁴⁶⁵ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.355; Aydın, s. 26.

⁴⁶⁶ Malkoç, s.156.

⁴⁶⁷ Nişancı, s.224.

⁴⁶⁸ Bayraktar ve diğerleri, s.504; Memiş Kartal, s.157.

⁴⁶⁹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.310.

⁴⁷⁰ Memiş Kartal, s.158; Bayraktar ve diğerleri, s.505.

⁴⁷¹ “5237 Sayılı TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun failinin cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkes olabileceği, 15 yaşından küçüklerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmesi ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda vücuda organ sokan failin eyleminin TCK’nın 103/2. maddesinde yer alan suçu oluştururken vücutuna organ sokulan failin eyleminin TCK’nın 103/1. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı cihetle...” (Yargıtay 14. CD., 24.04.2014, 2012/7112-2014/5614, Gündüz, Remzi, 6545 Sayılı Kanun’la Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s.259).

⁴⁷² Artuç, s.696.

⁴⁷³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.411, dn:9.

md.104'teki suçun faili ancak 18 yaşını tamamlamış kişiler, mağduru ise 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklar olabilecektir. Dolayısıyla, kanunda 15-18 yaş aralığındaki iki çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girmesi suç olarak öngörülmediğinden böyle durumların aile ve toplum disiplini çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.⁴⁷⁴

Ankara 47. Asliye Ceza Mahkemesi, TCK md.104'teki hüküm kapsamında suçun, şikâyeteye tabi kılınmış olması ve 15-18 yaş aralığındaki çocukların karşılıklı rızaları çerçevesinde gerçekleştirdikleri cinsel ilişki bakımından suçun oluştuğunun kabul edilmesinin Anayasa'ya ve uluslar arası sözleşmelere aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, anılan hükmü Anayasa'nın 13., 20. ve 38. maddeleri yönünden incelemiş ve anılan hükümle, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkına sınırlama getirildiğini ve bu sınırlamanın Anayasa md.13'teki kurallara uygun olarak yapıldığını ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, Anayasa md.38 kapsamında yaptığı incelemede; *"reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tüm unsurları kuralın yer aldığı madde kapsamında açıkça belirlendiğinden kuralın belirsizliğinden ve öngörülmezliğinden söz edilemez. Bu yönüyle kuralın gerek Anayasa'nın 13. maddesi gerekse 38. maddesi kapsamında kanunilik şartını karşıladığı anlaşılmaktadır. Öte yandan hiç kuşkusuz her kuralda olduğu gibi itiraz konusu kuralın da uygulanması ile ilgili bazı uygulama sorunları çıkabilir. Kanun yapma tekniğinin doğası gereği kanun kuralları genel ve soyut nitelikte olup kanun koyucu tarafından somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümlerin önceden kuralda sayılarak gösterilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda mevcut uyumsuzluklara ilişkin sorunların her somut olayın özellikleri dikkate alınarak kuralın amacına uygun şekilde yorumlanması suretiyle mahkeme içtihatlarıyla çözülmesi gerekmektedir. Kuralın lafzı ile amacı birlikte yorumlanarak ve ceza hukukunun genel kabul görmüş ilkeleri göz önünde bulundurularak çözülebilecek sorunların uygulamaya ilişkin olduğu açıktır. Bu nedenle de kuraldan ziyade kuralın yorumlanması ile ilgili olarak çıkabilecek sorunlar anayasallık denetiminin konusu dışında kalmaktadır."* gerekçesiyle söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.⁴⁷⁵ Böylece Anayasa Mahkemesi, isabetsiz olarak 15-18 yaş aralığındaki çocukların rızaen cinsel ilişkiye girmeleri durumunun, somut olayın özelliklerine göre davaya bakan yerel mahkeme tarafından değerlendirilerek çözümlenebileceğine işaret etmiştir.

Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmamış çocuklar arasında rızaen gerçekleşen cinsel davranışlar, TCK md.103 kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi 15-18 yaş aralığındaki çocukların, rızaen cinsel ilişkiye girmeleri durumu da TCK md.104 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Nitekim, kanun koyucunun bu suçları ihdas etme amacı,

⁴⁷⁴ Özgenç, s.806; Kanbur, Mehmet Nihat, 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Y:2015, C:16, Özel S., s.4150-4151; Doğan, Recep, Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y:2017, C:75, S:1, s.140; Beyazıt, Özgür, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S:1, s.299.

⁴⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 18.03.2021, 2020/82-2021/20, R.G: 11.06.2021-31508, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2021-20-nrm.pdf>, E.T: 18.06.2021.

çocukların erken cinsel deneyimlerden korunması olduğundan bu amacın gerçekleşmesi ancak çocukların kendilerinden daha tecrübeli kişilerden korunmasıyla mümkün olacaktır.⁴⁷⁶ Çocukların, meraktan veya cinselliği adeta bir oyun olarak düşünerek gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı cezalandırılmaları, suç ve ceza politikasıyla da bağdaşmayacaktır.⁴⁷⁷ Zira, bu gibi durumların ceza hukuku yaptırımlarıyla çözülmeye çalışılması, cezanın genel önleme amacının ön plana çıkarılarak bu uğurda çocukların feda edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, çocukların topluma kazandırılarak bu durumun geleceklerini olumsuz yönde etkilemesinin önüne geçilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.⁴⁷⁸ Benzer bir anlayışla, Türkiye'nin de taraf olduğu Lanzarote Sözleşmesi'nin 18. maddesinde taraf devletlere çocuklarla cinsel ilişkide bulunmanın yasak olduğu yaş sınırını belirleme konusunda serbestlik tanınmış ve taraf devletlerce belirlenen bu sınırı aşmamış çocuklarla cinsel faaliyetlerde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi hususunda yükümlülük getirilmiştir. Ancak, anılan düzenlemede çocuklar arasında rızaen gerçekleşen cinsel faaliyetler kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle sözleşme kapsamında, çocuk statüsündeki iki kişinin rızaen gerçekleştirdiği cinsel münasebetler, suç teşkil etmeyecektir. Bu konuya ilişkin mukayeseli hukukta da çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin; İtalyan Ceza Kanunu'nda, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların toplumsal bir gerçek olduğu göz önünde bulundurularak 609-quarter/3. maddede, 13 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel davranışta bulunan kişinin, aralarındaki yaş farkının üçten fazla olmaması durumunda cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Kanun, burada anılan kişiler bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi öngörmüştür. Bu bakımdan, kanuna göre 13-16 yaş ile 14-17 yaş arasında bulunan çocukların birbirlerine yönelik rızaen gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar cezalandırılmamaktadır.⁴⁷⁹ Alman Ceza Kanunu'nun 182/2. maddesinde ise 14-18 yaş aralığındaki çocukların ancak 21 yaşını doldurmuş biri tarafından istismar edildiği durumlarda eylemin suç teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle, 14-18 yaş aralığındaki kişilerle 21 yaşını doldurmamış kişiler arasındaki cinsel davranışlar, anılan kanun kapsamında suç teşkil etmemektedir.⁴⁸⁰ Benzer bir yaklaşımla, Türk kanun koyucunun da belirli yaş gruplarındaki çocuklar arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların suç oluşturmayacağını veya şahsi cezasızlık sebebi teşkil edeceğini öngören özel bir düzenleme yapması, konunun netlik kazanması ve sınırlarının belirlenmesi açısından isabetli olacaktır.

C. Fii

1. Cinsel İstismar

TCK md.103'te cinsel istismar suçunun, çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlarla işlenebileceği ifade edilmiş ancak, anılan hükümde "cinsel davranışlar" kavramının içeriğinin ne olduğu hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, yetişkinlere yönelik olarak vücut

⁴⁷⁶ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.310.

⁴⁷⁷ Memiş Kartal, s.159.

⁴⁷⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.355.

⁴⁷⁹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.312.

⁴⁸⁰ Memiş Kartal, s.159.

dokunulmazlığının ihlali suretiyle yapılan cinsel davranışlar TCK md.102’de, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlar ise TCK md.105’te ayrı olarak düzenlenip cezalandırma yoluna gidilmiştir. Buna karşılık, mağdurun çocuk olduğu durumlarda uygulanacak olan hükmün, TCK md.103’deki belirsiz ifade nedeniyle tespit edilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu kapsamda öğretilde, çocuklar açısından cinsel istismar suçunun oluşması için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olmasının zorunlu olup olmadığı ve buna bağlı olarak bedensel temas içermeyen cinsel davranışların, cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu tartışılmıştır. 6545 sayılı Kanunla, TCK md.105’e eklenen hükümle cinsel taciz suçunun çocuklara karşı da işlenebileceği öngörülerek bu tartışmalara son verilmiştir. 6545 sayılı Kanunun Hükümet Tasarısı’nın 58. maddesinin gerekçesinde de cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının temel şekli ile cinsel taciz suçu arasındaki ölçütün, fiziksel temas olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸¹

Anılan değişiklik öncesinde öğretildeki bazı yazarlara göre, cinsel istismar suçunun oluşması açısından çocuğa yönelik olarak cinsel bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterlidir, bu davranışın aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekli değildir. Bu nedenle, cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda da cinsel istismarı suçu oluşacaktır.⁴⁸² Bazılarına göre, cinsel istismar niteliğindeki davranışlar, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerden meydana gelmektedir. Bu görüşteki yazarlar, 102. madde gerekçesinde suçun oluşması bakımından cinsel davranışın, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesinin arandığını bu bakımdan, çocuklara yönelik yapılan ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışların, cinsel istismar olarak kabul edilmesinin verilecek cezada orantısızlık yaratacağından bahisle cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismarın gerçekleşmesi bakımından da vücut dokunulmazlığının ihlalinin zorunlu olduğunu savunmuşlardır.⁴⁸³

Bazı yazarlar ise 103. maddenin lafzından hareket ederek karma bir düşünce öne sürmüştür. Bu görüşe göre, kanun koyucu bilinçli olarak TCK md.103/1-a’da belirtilen çocuklar bakımından “her türlü cinsel davranış” ibaresini kullanırken, TCK md.103/1-b’deki çocuklar bakımından “cinsel davranışlar” ibaresini kullanmıştır. Bu nedenle, 1. grupta yer alan çocuklara karşı vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş olma şartı aranmaksızın gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış” cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Ancak, 2. grupta yer alan çocuklar bakımından hükümde kullanılan “cinsel davranışlar” ibaresi, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi yalnızca vücut dokunulmazlığı ihlal eden davranışları kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Bu bakımdan, bu grup çocuklara karşı sadece vücut dokunulmazlığı ihlal eden davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, vücuda temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ile cinsel

⁴⁸¹ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.151, dn:146.

⁴⁸² Tezcan/Erdem/Önok, s.457; Üzülmöz, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.31; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.356; Memiş Kartal, s.164.

⁴⁸³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.400; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.151; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.355-356; Parlar/Banko, s.100; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.308; Aydın, s.40.

organ gösterme gibi dokunma olmaksızın yapılan hareketler, TCK md. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.⁴⁸⁴

Yargıtay ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, anılan hükmü dar yorumlayarak cinsel istismar suçunun oluşması bakımından “temas”, “dokunma” esasını benimsemiştir.⁴⁸⁵ Bu bakımdan, mağdura yönelik yapılan ve vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışları TCK md.103 kapsamında cezalandırırken, mağdurun vücuduna temas içermeyen cinsel nitelikteki eylemleri ise TCK md.105 kapsamında cezalandırmıştır.⁴⁸⁶ Yargıtay'ın bu uygulaması, öğretideki bazı yazarlarca eleştirilmiş ve çocuklar ile erişkinlere yönelik yapılan cinsel taciz niteliğindeki davranışların aynı ağırlıkta görülerek aynı hüküm kapsamında cezalandırılması, suç ve ceza politikası bakımından yerinde görülmemiştir. Ayrıca, TCK md. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçunun şikâyete tabi bir suç olması ve uygulamada çocuğa karşı işlenmesi durumunda eylemin cezalandırılması için çocuğun, velisinin veya vasisinin şikâyetinin aranmasının, Lanzarote Sözleşmesi'nin çocuklara yönelik cinsel nitelikteki eylemlerin cezalandırılmasının şikâyete tabi kılınmaması hususunda taraf devletlere gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getiren hükümlerine de aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸⁷

Kanun, md.103/1-a hükmünde belirtilen çocukların herhangi bir cinsel eyleme gösterdikleri rızayı hukuken geçerli görmemiş ve bu çocuklara yönelik gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı, istismar olarak nitelendirerek suçun mefruz (varsayılan) cebir altında işlendiğini kabul etmiştir.⁴⁸⁸ Cinsel istismar suçunun, bu grup çocuklara karşı cebir ya da tehdit kullanılarak işlenmesi durumunda ise cezanın ağırlaştırılacağını öngörmüştür. (TCK md.103/4). Bununla birlikte, TCK md.103/1-b'de belirtilen çocuklara karşı ise cinsel istismar suçunun sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle, ikinci gruptaki çocuklar açısından fiilin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple

⁴⁸⁴ Artuç, s.648.

⁴⁸⁵ Aydın, s.38.

⁴⁸⁶ “Mağdurun aşamalarındaki beyanlarına ve dosya içeriğine göre; sanığın, mağdura porno içerikli filmler izlettirmek, cinsel organını çıkarıp mağdura göstermek ve bir gece yattığı sırada da bir defaya mahsus kalçasını ellemek biçimlerinde gerçekleştirdiği eylemlerinden her bir eyleminin birbirinden bağımsız olarak farklı suçların maddi unsurlarını teşkil etmesi itibarıyla ayrı ayrı TCK'nın 226/1, 105/1 ve 103/1. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturduğu, tüm bu suçlardan iddianame anlatımıyla dava açıldığı ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edildiği halde, sanığın bu suçlardan mahkûmiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırıdır.” (Yar. 14. CD., 04.04.2013, 2013/228-2013/3955, Aydın, s.142); “Sanığın, internet üzerinden canlı olarak izlediği iki mağdureye yönelik ayrı yönlendirmelerde bulunup, onların ayrı ayrı soyunmalarını istemesi, mağdurelerin de bu istek doğrultusunda soyunmaları, onlara “daha önce bir kızı sinkaf ettim, yanınızda olsaydım size de aynısını yapardım” demesi ve sanık tarafından mağdurelere yönelik bedensel temas içeren bir eylemin bulunmaması karşısında, eylemlerin mağdure sayısının zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın bu suçtan iki kez mahkûmiyeti yerine, zincirleme biçimde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırıdır.” (Yar. 14. CD., 20.11.2013, 2011/22978-2013/11806, Aydın, s.143).

⁴⁸⁷ Nuhoglu, s.292-293.

⁴⁸⁸ “5237 Sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebrin unsur olarak yer almasına ve aynı Yasanın 103/4. maddesinin ise yalnızca maddi cebri ifade etmesine göre; olayda maddi cebrin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK.nun 103/4. maddesi ile artırım yapılması,” (Yargıtay 5. CD., 03.01.2006, 19127/39, Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.31, dn:18).

gerçekleştirilmesi, tipikliğin maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁴⁸⁹ Burada bahsedilen cebir, cinsel istismar niteliğindeki davranışlara katlanması için mağdura tatbik edilen fiziki güç kullanımıdır.⁴⁹⁰ Ancak cebrin, mağdura karşı yapılması gerekmektedir. Örneğin, mağdurun eyleme direnç göstermesini engelleyecek bir biçimde kollarından tutarak onu yere yatırıp göğüslerini, boynunu öpme veya vücudunu okşama gibi eylemler, maddi cebri oluşturmaktadır.⁴⁹¹ Cebrin, mağdura eylemin devam ettiği süre boyunca tatbik edilmesi gerekmemekle birlikte mağdurun başlangıçtaki direncini kırmada kullanılmış olması yeterli görülmektedir. Bununla birlikte, mağdurun eyleme sürekli ve enerjik bir biçimde karşı koyması da gerekmemektedir.⁴⁹² Cebrin varlığının kabulü için mağdurun eyleme direnç gösteremeyeceği bir duruma getirilmiş olması yeterli sayılmaktadır. Bu nedenle, mağdurun yardım istememesi, kıyafetlerinde yırtık veya sökülük bulunmaması veya vücudunda direnmenin varlığını ispatlayacak yaralanmaların mevcut olmaması suçun işlenmesinde cebrin kullanılmadığını göstermez.⁴⁹³ Buna karşılık, cinsel davranışa rızasızlığın ortaya koyulması açısından mağdurun yalnızca faile “hayır” demesinin yeterli olmadığını⁴⁹⁴ ve faile karşı mutlak surette direnç göstermesinin zorunlu olduğunu savunanlar da mevcuttur.⁴⁹⁵ Yargıtay, cebir ve tehdidin kesin olarak tespit edilemediği durumlarda şüphenin, failin lehine yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁹⁶

Mağdurun belli düzeydeki cinsel davranışlara rıza göstermesinin akabinde, failin verilen rızanın sınırını aşmak için mağdura zor kullanması halinde suçun cebir kullanılarak işlendiği kabul edilmektedir.⁴⁹⁷ Mağduru kurtarmak için faile karşı gelen üçüncü bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde de suç, cebrin işlenmiş sayılmalıdır.⁴⁹⁸ Bununla birlikte, cebir mağdura karşı değil bir yakına yönelik yapılmış olup bu suretle mağdurun eyleme karşı koyması engellenmişse burada mağdur açısından tehdit söz konusu olmaktadır.⁴⁹⁹ Son olarak, failin olayın ortaya çıkmasını engellemek amacıyla olay sonrasında mağdura cebir uygulaması halinde ise bağımsız bir suç söz konusu olacaktır.⁵⁰⁰

⁴⁸⁹ “Onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar suçu bakımından cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden suçun unsurudur. Ayrıca bu nedenden dolayı artırım yapılamaz.” (Yargıtay 5.CD, 30.01.2007, 181/417, Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.32, dn:19).

⁴⁹⁰ Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.32; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar s.122; Aydın, s.43; Parlar/Banko, s.100.

⁴⁹¹ Artuç, s.642; Tuğrul, s.256.

⁴⁹² Tezcan/Erdem/Önok, s.402.

⁴⁹³ Baytemir, s.75.

⁴⁹⁴ aksi görüş: Yokuş Sevik, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.250.

⁴⁹⁵ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.388.

⁴⁹⁶ “...Yerel Mahkemece, mağdurenin alkollü olan üvey babasının zor kullanarak ırzına geçme eylemine karşı direnebilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sanığın zor ve tehdit kullanmasının inandırıcı bulunduğu gerekçesiyle olayda zorun varlığı kabul edilmiş ise de; ceza yargılamasının amacı somut gerçeğin bulunmasıdır. Varsayımlara dayanılarak sanık aleyhinde hüküm kurulamaz. Kuşkunun sanık lehine yorumlanması gerektiği evrensel bir kuraldır. Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir...” (Yargıtay CGK, 17.10.2000, 2000/5-196; 2000/201, Artuç, s.642-643, dn:885).

⁴⁹⁷ Aydın, s.43-44.

⁴⁹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.402; Malkoç, s.46; Nişancı, s.218.

⁴⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.402; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.382.

⁵⁰⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.122.

Mağdurun eyleme katlanmasını sağlamak amacıyla yakınlarına yönelik gerçekleştirilen cebir, tehdidi ifade etmektedir.⁵⁰¹ Tehdidin, fail tarafından suçun işlendiği sırada ve cinsel davranışın gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılması gerekmektedir.⁵⁰² Tehdit, mağdurun ya da yakınlarının hayatlarına, vücut bütünlüklerine, malvarlıklarına ya da şeref ve haysiyetlerine yönelik olarak gerçekleştirilebilmektedir. Tehdit ile mağdurun kendisinin ya da yakınlarının ağır bir zarara uğratılacağı konusunda korkutularak serbestçe karar verme yetisi engellenmektedir. Tehditte bulunanın, mağdurun direncine karşılık gerçekleştireceğini beyan ettiği zararı gerçekten yapıp yapmamasının önemi yoktur.⁵⁰³ Ancak, gerçekleştirileceği söylenen zararın, suç sebebiyle mağdurun uğrayacağı zarara kıyasla daha ağır olması gereklidir.⁵⁰⁴ Bununla birlikte, her halükarda tehdidin objektif anlamda ciddi olması gerekmektedir.⁵⁰⁵

Hile, fiilin gerçekleştirilmesi amacıyla mağdura uygulanan ve onun iradesini ortadan kaldıracak niteliğe haiz aldatıcı hareketlere denmektedir. Hile ile mağdurlar aldatılarak eyleme karşı koyamayacak bir hale getirilmektedir. Burada, yapılan aldatıcı hareketler neticesinde mağdurun, kendisini cinsel davranışa karşı koruma iradesi sakatlanmakta ve fail, oluşan bu irade zayıflığından yararlanarak mağdurun görünüşte rızasını almış olmaktadır.⁵⁰⁶ Örnek olarak, failin kendini doktor olarak tanıtip muayene etme bahanesiyle mağdurun cinsel davranışa rıza göstermesini sağlaması, hile olarak kabul edilmektedir.⁵⁰⁷ Bununla birlikte, doktrinde mağdurun evlenme vaadiyle kandırılarak ona yönelik cinsel davranışta bulunulması hile olarak kabul edilmemektedir.⁵⁰⁸ Zira, evlenme vaadi mağdurun fiile mukavemetini bertaraf edecek nitelikte bir eylem değildir.⁵⁰⁹ Ancak, bazı yazarlara göre mağdurun cinsel davranışa rıza göstermesini sağlamak amacıyla evlenme vaadinde bulunulması durumunda, mağdurun bu evlenme vaadine inanarak gösterdiği rıza geçerli sayılmayacağından suçun oluşacağını kabul etmek gereklidir.⁵¹⁰ Bazılarına göre de 15-18 yaş aralığında olan bir küçüğün, evlenme vaadiyle kandırılıp istismara uğratılması hile olarak değerlendirilebilmelidir.⁵¹¹ Hilenin, mağdur çocuğu

⁵⁰¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.382.

⁵⁰² “Suça sürüklenen çocuğun, cinsel istismar suçunu “bağırdığın takdirde seni bıçaklayıp öldürürüm” şeklindeki tehditle işlediği sabit olduğu halde hakkında TCK’nın 103/4. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 14. CD., 16.01.2017, 2016/9142-2017/158, Aydın, s.215).

⁵⁰³ Bayraktar ve diğerleri, s.511.

⁵⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.405.

⁵⁰⁵ Parlar/Banko, s.101; “... suça sürüklenen çocuk ve sanığın “ilişkiye girdiğimizi annene söylerim” şeklindeki sözlerinin, aynı kişilerle daha önce de zor olmaksızın ilişkiye giren mağdure üzerinde objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmeyip, sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun sözler olmaması sebebiyle tehdit niteliğinde sözler sayılamayacağı, sonuç olarak da sanık ve suça sürüklenen çocukların isnat edilen suçu tehditle işlemedikleri anlaşıldığından ...” (Yargıtay 14.CD., 10.04.2014, 2013/6701-2014/4837, Bayraktar ve diğerleri, s.511, dn:54).

⁵⁰⁶ Aydın, s.45.

⁵⁰⁷ “Sanığın kendisini doktor olarak tanıtip, muayene ediyor gibi göstererek kullandığı bu hileyle mağdurenin göğüslerini ve karnını okşayıp parmağını cinsel uzvuna soktuğu anlaşılmış bulunması karşısında...” (Yar. 5.CD., 04.04.1991, 780/1961, Baytemir, s.82-83, dn:79).

⁵⁰⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.135; Aydın, s.45; Baytemir, s.83, Tuğrul, s.258-259.

⁵⁰⁹ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.3241.

⁵¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.407.

⁵¹¹ Memiş Kartal, s.172.

kandırabilecek nitelikte olup olmadığı hususu mağdurun yaşadığı aile ortamı, sosyal ve ekonomik şartlar, mağdurun psikolojik yapısı ile eğitim durumuna göre mahkeme tarafından subjektif olarak değerlendirilerek tespit edilmelidir.⁵¹²

Maddede ayrıca iradeyi etkileyen başka nedenlerden söz edilmiş ancak bu konuda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öğretide, bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olduğu öne sürülmekle beraber⁵¹³ anılan ifade, TCK kapsamındaki ceza sorumluluğuna etki eden nedenler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre; bir görüş, bu ifadeyi TCK md.34'te belirtilen geçici bir nedenle (uyku hali vs.) ya da ilaç, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması ya da azalması olarak nitelendirmiştir.⁵¹⁴ Bununla birlikte, iradeyi etkileyen nedenlerin fail tarafından yaratılmış olmasının gerekmediği örneğin; mağdurun kendi istediği ile alkol ya da uyuşturucu kullanması sonucunda bilincini yitirmesi ve failin bu durumdan yararlanarak mağdura cinsel davranışta bulunması halinde de cinsel istismar suçunun oluşacağı belirtilmiştir.⁵¹⁵ Buna karşılık, mağdurun haberi olmadan fail tarafından bu duruma düşürülmesi (örneğin; failin mağdurun içkisine uyuşturucu katması) halinde, iradeyi etkileyen başka bir nedenden değil hileden bahsedilecektir.⁵¹⁶ Bir diğer görüş, TCK md.34'ün yanında TCK md.33'te yer alan sağır veya dilsizlik durumunu da iradeyi etkileyen başka bir neden olarak kabul etmektedir.⁵¹⁷ Başka bir görüş ise bu ifadenin, 765 sayılı TCK md.414/2'deki hükme paralel olarak yorumlanması gerektiğini dolayısıyla da anılan ifadeyle mağdurun akıl veya beden sağlığından veya failin fiilinden başka bir sebepten (alkol, uyuşturucu ya da arızı bir sebep) dolayı suçun işlenmesinin kastedildiğini belirtmiştir.⁵¹⁸ Bununla birlikte, iradeyi etkileyen başka sebeplere çocuğun ikna edilmiş olmasının dâhil edilip edilmeyeceği hususu da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre; hile teşkil etmediği sürece ikna da bu kapsamda sayılmalıdır.⁵¹⁹ Karşı görüş ise bu ihtimalin kabulü durumunda, suçun uygulama alanının tehlikeli şekilde genişleyip belirsizleşeceğinden bahisle iknanın bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuştur.⁵²⁰

2. Sarkıntılık

6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, cinsel istismar niteliğindeki davranışların sarkıntılık düzeyinde kalması, faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal olarak öngörülmüştür. Ayrıca, bu suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun, velisinin ya da vasisinin şikâyetine bağlanmıştır. 2016 yılında çıkarılan 6763 sayılı Kanunla maddede yapılan değişikliklerle de 12 yaşını

⁵¹² Parlar/Banko, s.101.

⁵¹³ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.397.

⁵¹⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3330; Tuğrul, s.260; Parlar/Banko, s.101.

⁵¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.334; Tuğrul, s.260; Aydın, s.46; Nişancı, s.220; Horozgil, Denizhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2011, S:93, s.126.

⁵¹⁶ Horozgil, s.126; Tuğrul, s.260.

⁵¹⁷ Nişancı, s.220; Horozgil, s.126.

⁵¹⁸ Memiş Kartal, s.175.

⁵¹⁹ Malkoç, s.136; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.397.

⁵²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.456.

tamamlamamış mağdura karşı gerçekleştirilen sarkıntılık fiillerinde faile verilecek ceza artırılarak alt sınır getirilmiştir.

6545 sayılı Kanunun hükümet tasarısının gerekçesinde, somut olayın özelliklerine göre ani hareketler biçimindeki dokunuşlara, bu hükmün tatbik edileceği ve bu suçu TCK md.105'ten ayırmak adına “suçun ani hareketle işlenmesi” ibaresine yer verildiği ifade edilmişse de tasarının kanunlaşması aşamasında anılan madde değiştirilerek suçun “sarkıntılık düzeyinde kalması” ifadesi kanunlaştırılmıştır. Ancak Kanunda, “sarkıntılık” deyiminden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi zorunluluğu doğmuştur.

5237 S. Kanun döneminden önce Mülga 765 sayılı TCK'da “Sarkıntılık Suçu”na yer verilmişti. Mülga Kanunda da sarkıntılığın tanımı yapılmamış bu ifade, doktrin ve yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmaktaydı. Bu dönemde, failin mağdura yönelik gerçekleştirdiği temas içeren, ani hareketlerle icra edilen edepsizce davranışların yanı sıra temas içermeyen ancak süreklilik arz den, rahatsız edici davranışlar da sarkıntılık kavramı içinde değerlendirilmekteydi. Ayrıca söz atma fiilinin süreklilik arz eden sırnaşıkça bir hal alması halinde de yapılan eylem, sarkıntılık olarak kabul edilmekteydi.⁵²¹

5237 sayılı Kanunun, cinsel istismar suçunun ancak mağdurun vücuduna temas yoluyla işlenebileceğini öngörmesi nedeniyle suçun sarkıntılık hali de 765 sayılı Kanunda yer alan sarkıntılık suçundan farklı olarak yalnızca temas içeren davranışlarla işlenebilecektir.⁵²² Bu bakımdan, fail tarafından mağdurun vücuduna temas olmaksızın gerçekleştirilen fiiller, cinsel taciz suçu (TCK md.105) kapsamında cezalandırılacaktır.⁵²³ Bununla birlikte, söz atma veya cinsel taciz niteliğindeki fiillerin süreklilik arz ederek sırnaşıkça bir hal alması durumlarında da failin fiili, sarkıntılık olarak değil cinsel taciz olarak nitelendirilecektir.⁵²⁴

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Yargıtay tarafından verilen kararlarda; sanığın mağdurelerin arkalarından yaklaşarak bacak ve kalça kısımlarını sıkması⁵²⁵, sanığın mağdurun yanına yaklaşarak bacaklarının arasından cinsel organını üç saniye kadar sıkması⁵²⁶, sanığın elini mağdurun ceketinin düğmesinin arasından sokarak

⁵²¹ Aydın, s.41.

⁵²² Artuk/Alşahin, s.3254.

⁵²³ “Sanığın, internet üzerinden canlı olarak izlediği iki mağdureye yönelik ayrı yönlendirmelerde bulunup, onların ayrı ayrı soyunmalarını istemesi, mağdurelerin de bu istek doğrultusunda soyunmaları, onlara “daha önce bir kızı sinkaf ettim, yanınızda olsaydım size de aynısını yapardım” demesi ve sanık tarafından mağdurelere yönelik bedensel temas içeren bir eylemin bulunmaması karşısında, eylemlerin mağdure sayısınca zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın bu suçtan iki kez mahkûmiyeti yerine, zincirleme biçimde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14.CD., 20.11.2013, 2011/22978- 2013/11806, Aydın, s.143); “Sanığın, yolda yürümekte olan mağdureyi araba ile takip ederek yanına yaklaşp cinsel organını göstermesi şeklindeki eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanlışlıkla yazılı şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 15.02.2016, 2014/2301-2016/1251, Aydın, s.136).

⁵²⁴ Aydın, s.41.

⁵²⁵ Yargıtay 14.CD., 16.03.2017, 2014/7582-2017/1413, Aydın, s.138.

⁵²⁶ Yargıtay 14. CD., 06.12.2016, 2016/6800-2016/8301, Aydın, s.138.

vücudunu okşaması⁵²⁷, sanığın mağdurenin kafasını sağ kolunun altına alarak yanağından öpmesi⁵²⁸ vb. eylemler sarkıntılık olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte, faille mağdur arasındaki kişisel ilişki, failin davranışı gerçekleştirme şekli veya mağdurun rızasının bulunması gibi durumlarda eylem, sarkıntılık teşkil etmeyecektir. Nitekim Yargıtay, mağdurla arasında sosyal münasebet ve tanışıklık bulunan sanığın, mağdurla tokalaşmasının ardından mağduru öpmek için yaklaşması şeklindeki eyleminin, mağdurla aralarındaki münasebet gereği yanak yanağa öpüşme niyetiyle yapılmış olabileceğini ifade ederek bu davranışın cinsel amaçlarla yapıldığı hususunun şüphede kaldığını belirtmiş ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵²⁹

Sarkıntılık fiiline, TCK md.103/1-b’da belirtilen çocukların gösterdikleri rıza hukuken geçerli sayılacak ve yapılan eylem suç teşkil etmeyecektir. Ancak, TCK md.103/1-a hükmündeki çocukların cinsel davranışlara ilişkin rızaları kanunen geçerli kabul edilmediğinden bu grup çocuklara karşı rızaen de olsa gerçekleştirilen sarkıntılık fiilleri bu suçu oluşturacaktır. Sarkıntılık, mağdurun vücuduna temas yoluyla ani ve süreklilik arz etmeyen davranışları ifade ettiğinden ani olmayıp süreklilik arz eden cinsel nitelikteki fiiller ise basit cinsel istismar suçu kapsamında cezalandırılmaktadır.⁵³⁰

Sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar suçu, resen soruşturulup kovuşturulan bir suçtur. Ancak, failin çocuk olduğu durumlarda, soruşturma ile kovuşturmanın yapılabilmesi için mağdur çocuğun, velisi ya da vasisinin şikâyeti aranmaktadır. Kanun koyucu, fail çocuğu korumak maksadıyla böyle bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, örneğin 16 yaşındaki failin, 5 yaşındaki mağdura karşı bu suçu işlemesi halinde, şikâyetin bulunmaması durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mümkün olmayacağından mağdurların bu tarz fiillere karşı korunmasız kalacağı ifade edilerek bu hüküm eleştirilmiştir. Bu bakımdan, mağdur çocuğun korunması adına fail ile mağdur arasındaki yaş farkının fazla olduğu durumlarda, suçun resen soruşturulup kovuşturulmasını öngören bir düzenleme yapılması gerektiği öne sürülmüştür.⁵³¹ Kanaatimizce de kanun koyucu her ne kadar fail çocukları korumak amacıyla böyle bir düzenlemeye yer vermiş olsa da faillerle mağdurların menfaatleri arasında bir denge oluşturulması adına, en azından faille mağdur arasındaki yaş farkının fazla olduğu durumlarda, suçun resen soruşturulup kovuşturulacağının öngörülmesi daha makul bir düzenleme olacaktır.

⁵²⁷ Yargıtay 14. CD., 14.10.2014, 2013/1050-2014/11069, Artuk/Alşahin, s.3259, dn:42.

⁵²⁸ Yargıtay 14. CD., 15.09.2014, 2012/13510-2014/9894, Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 192.

⁵²⁹ Yargıtay 14. CD., 13.04.2012, 2012/1887-2012/4384, Gündüz, s.242.

⁵³⁰ “Sanığın, mağdurenin omzuna elini attıktan sonra uzunca bir süre bu şekilde yürüdüğü ve iki yanağından öptüğü mağdurenin kendisinden uzaklaşmasından sonra onu tekrar kendine doğru çekip yine yanaklarından öptüğü, akabinde de boynunu eliyle karışlayıp ölçer gibi yaparak uzun süre bedensel temasta bulunduğunun anlaşılması karşısında, eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 103/1. maddesinin birinci cümlesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçunu oluşturmasına rağmen eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığından bahisle aynı maddenin ikinci cümlesi esas alınarak temel cezanın belirlenmesi, Kanuna aykırıdır.” (Yar. 14. CD., 02.02.2017, 2016/12533-2017/432, Aydın, s.137).

⁵³¹ Yokuş Sevik, 6545 Sayılı Kanun..., s.127-128.

V. Suçun Nitelikli Halleri

A. Cinsel İstismarın Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi

Cinsel istismar suçunun, vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi hali, kanun sistematüğinde her ne kadar cezayı ağılaştıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmişse de doktrinde bazı yazarlar tarafından bu hükmün, suçun temel şeklinden bağımsız bir suç olduğu savunulmuştur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; kanun koyucunun, böyle bir düzenleme yapmasının sebebi, mülga 765 sayılı TCK'daki "ırza geçme" ve "ırza tasaddi" kavramlarının yerine başka bir terim bulma ve her iki kavramı tek bir başlık altında toplamak istemesinden kaynaklanmaktadır.⁵³² Bu amaç doğrultusunda, "ırza geçme" ve "ırza tasaddi" terimleri yerine yetişkinlere yönelik cinsel davranışlar bakımından "cinsel saldırı", çocuklara yönelik cinsel davranışlar bakımından ise "cinsel istismar" kavramları getirilmiştir. Bu görüş ayrıca kanun koyucunun, TCK md.102 kapsamında eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırıyı, yalnızca vücuda organ veya cisim sokularak gerçekleştirilen davranışlar bakımından (TCK md.102/2) suç olarak öngörmüş olmasının da gerçekte burada bağımsız bir suçun söz konusu olduğu düşüncesine üstünlük kazandırdığını ifade etmiştir.⁵³³ Bu nedenle, anılan düzenlemenin bağımsız bir suç olduğunun kabulü gereklidir. Ayrıca, aksi düşünce benimsendiğinde teşebbüs, gönüllü vazgeçme ve zincirleme suç hükümlerinin tatbiki konularında, suçla korunan hukuksal yarara uygun olmayan adaletsiz sonuçlar meydana gelebilmektedir. Yargıtay ise bu düzenlemeyi, bazı kararlarında nitelikli hal bazı kararlarında ise bağımsız bir suç olarak değerlendirmiştir. Örneğin; Yargıtay'ın kararlarında, anılan düzenlemeyi zincirleme suç hükümlerinin tatbiki bakımından nitelikli hal olarak, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin tatbiki açısından ise bağımsız bir suç olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu konulara ilişkin ayrıntılı açıklama ilgili bölümlerde yapılacaktır.

Kanunun, TCK md.103/1-a'da belirtilen çocukların herhangi bir cinsel davranışa karşı gösterdikleri rızayı hukuken geçerli kabul etmemesi nedeniyle bu çocuklara karşı, rızaen veya rızaya dayalı olmadan organ veya cisim sokma fiilleri, TCK md.103/2 kapsamında cezalandırılacaktır.⁵³⁴ Buna karşılık, TCK md.103/1-b'de belirtilen çocuklar bakımından nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için organ veya cisim sokma eylemlerinin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu grup çocuklara karşı rızaya dayalı olarak organ veya cisim sokma eylemleri ise "cinsel ilişki" niteliğinde olması koşuluyla TCK md.104 kapsamında cezalandırılacaktır. Doktrinde, TCK md. 104'teki suçun maddi unsurunu oluşturan cinsel ilişki eyleminden ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre bu kavram, "*kişinin cinsel organının diğerinin cinsel organına duhulü*" olarak tanımlanmıştır. Bu görüşe göre, cinsel ilişki sadece doğal yoldan duhul niteliğindeki hareketlerle gerçekleştirilebildiğinden iki kadın arasında doğal yoldan cinsel ilişki mümkün olmayacağı için bu tarz ilişkilerde TCK md.104'teki suç oluşmayacaktır.⁵³⁵ Başka bir görüş, kanunda herhangi bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle

⁵³² Tezcan/Erdem/Önok, s.417.

⁵³³ Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Hafızogulları, s.5; Centel, s.273.

⁵³⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.361.

⁵³⁵ Şen, Yeni TCK Yorumu, s.405.

erkek cinsel organının anal veya vajinal yoldan duhulünün cinsel ilişki olarak nitelendirileceğini ifade etmiştir.⁵³⁶ Bu çerçevede, cinsel ilişki için taraflardan birinin erkek olması ve eylemin, penis ithali şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁵³⁷ Bu nedenle, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar, oral seks ve vücuda anal veya vajinal yoldan cinsel organ dışında bir organın veya cismin sokulması durumlarında, TCK md.104'teki suç meydana gelmeyecektir.⁵³⁸ Başka bir görüşe göre, cinsel ilişkiyi sadece doğal yollarla gerçekleşen ilişkilerle sınırlamak, kanun koyucunun 15-18 yaş aralığındaki çocukları bu tür eyleme karşı koruma amacıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim, erkeklik organıyla içerik olarak aynı anlamı ihtiva eden yapay penis veya sair cisimle gerçekleştirilen duhulün, TCK md. 104 kapsamı dışında tutulması, bu amaca aykırılık teşkil etmektedir. Bu bakımdan, 15-18 yaş aralığındaki kız çocuklarına karşı anal veya vajinal yoldan, erkek çocuklarına karşı ise anal yoldan yapay penis veya sair cisim ithalinin de TCK md.104 kapsamında cezalandırılması gerekmektedir.⁵³⁹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise kanunda, TCK md 104'te tanımlanan suçun maddi unsurunu oluşturan hareket “cinsel ilişkide bulunmak” olarak formüle edildiğinden kanunilik ilkesi gereği cinsel ilişki dışında kalan davranışların hüküm kapsamında cezalandırılması mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda Öğretide, maddedeki cinsel ilişki ibaresinin TCK md.102 ile TCK md.103'deki düzenlemelere uygun hale getirilmesi adına “cinsel davranış” şeklinde değiştirilmesini savunan görüşün⁵⁴⁰ aksine kanaatimizce, maddi unsurun cinsel davranış olarak öngörülmesi durumunda 15-18 yaş aralığındaki çocukların cinsel özgürlüklerinin gereğinden fazla sınırlandırılması sonucu meydana gelecektir. Nitekim kanun koyucunun, burada “cinsel ilişki” ibaresini kullanmayı tercih etmesi, diğer cinsel suçlara göre eylemi sınırlandırıp mağdurlara daha geniş bir özgürlük alanı belirleme amacı güttüğünü göstermektedir. Ancak, cinsel ilişki kavramının yalnızca anal veya vajinal yoldan erkek cinsel organıyla gerçekleştirilen duhul eylemleriyle sınırlı olması sebebiyle mağdura yönelik penis dışındaki organlar ve sair cisimlerle gerçekleştirilen duhul eylemlerinin yerinde olmayarak madde kapsamında cezalandırılmaması sonucu doğmaktadır. Kanun koyucu, bu suçla 15-18 yaş aralığındaki çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimlerini korumayı amaçladığından çocukların bu gelişimlerine zarar verebilecek nitelikteki davranışlara karşı korunması gerekli ve yeterli olacaktır. Bu amaç doğrultusunda, maddi unsurun “organ veya cisim sokma” şeklindeki davranışlar olarak formüle edilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.⁵⁴¹

Madde hükümde, vücuda organ veya cisim sokulmasından bahsedilmekte ancak vücudun hangi bölümlerinin bu kapsamda değerlendirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.⁵⁴² Madde gerekçesinde ise cinsel saldırı suçunun gerekçesine yapılan

⁵³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.480.

⁵³⁷ Artuç, s.699.

⁵³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.480; Üzülmmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.34; Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s.361.

⁵³⁹ Kanbur, s.4159-4160.

⁵⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.481.

⁵⁴¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.374.

⁵⁴² Maddede belirtilen vücut teriminin geniş tutulmasının, belirlilik ilkesine ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştiriler için bkz. Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu

atıfla bu fiillerin vajinal, anal ya da oral yoldan gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.⁵⁴³ Ancak öğretide, şehvi nitelik taşımayan bir davranışın mağdura acı vermesi durumunda yaralama, işkence veya eziyet suçu kapsamında da değerlendirilebileceği bu bakımdan, organ veya cisim sokma fiilinin objektif olarak şehvi nitelik taşıması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴⁴ Aksi takdirde kulak, göz gibi vücut bölgelerine organ veya cisim sokulması durumunun, hareketin niteliğine bakılmaksızın cinsel saldırı olarak değerlendirileceği gibi yerinde olmayan bir sonuç doğacaktır.⁵⁴⁵ Ancak, vücuttaki kulak, burun gibi boşluklar yapılan eyleme cinsel nitelik kazandırmaya elverişli değildir.⁵⁴⁶ Bu nedenle, kulak veya burun boşluğuna yapılan sokmalar bu nitelikli hali oluşturmaz.⁵⁴⁷ Bununla birlikte, öğretide bir görüş, suç kapsamının gerekçede belirtilen vücut boşluklarıyla sınırlı olmadığını, vücudun organ veya cisim sokulmaya elverişli tüm boşluklarının suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini⁵⁴⁸ diğer görüş, suç tipinde organ veya cismin bir deliğe sokulması aranmadığından vücuda batırılarak sokulan cisimle de bu nitelikli hal gerçekleştirilebileceğini⁵⁴⁹ başka bir görüş, vücutta sonradan açılan boşluklara cinsel amaçlı olarak organ ya da cisim sokulmasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini⁵⁵⁰ savunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise burada davranışın cinsel nitelikte olup olmadığına karar verilebilmesi için objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁵¹ Bu bakımdan, vücutta sonradan açılan bölgelere organ veya cisim sokma eylemleri objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelikte görülüyorsa cinsel istismar olarak değerlendirilebilecektir. Buna karşılık, vücuda batırılarak sokulan cisimler, eyleme cinsel nitelik kazandırmaya elverişli olmadığından, bu tür eylemlerin cinsel istismar suçu kapsamında cezalandırılması mümkün gözükmemektedir.

Nitelikli cinsel istismar suçu, herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan kadınlar da bu suçun faili olabilmektedir. Bu nedenle, maddedeki “organ” ifadesiyle sadece erkeklik organı kastedilmemekte, vücut boşluklarına girmeye elverişli parmak, dil, el, ayak gibi organlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁵⁵² Maddede belirtilen “cisim” ifadesi de vücut boşluklarına girmeye elverişli her türlü katı maddeyi ifadeyi etmektedir.⁵⁵³ Bu

Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara 2004, s.308.

⁵⁴³ Özgenç, s.801.

⁵⁴⁴ Meran, s.351, Hafizoğulları'na göre; Cinsel amaçlar dışında bir nedenle vücuda cisim sokulması niteliğine göre hakaret ve kasten yaralama suçunu oluşturabilir. (Hafizoğulları, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-succlar.html>, E.T: 10.06.2020).

⁵⁴⁵ Meran, s.351.

⁵⁴⁶ Üzülmmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.34.

⁵⁴⁷ Tuğrul, s.277; Artuç, s.650.

⁵⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.420.

⁵⁴⁹ Ünver, Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s.299.

⁵⁵⁰ Malkoç, s.45.

⁵⁵¹ Taner, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.165.

⁵⁵² Tuğrul, s.277; Artuç, 650; Aydın, s.46; Parlar/Banko, s.102; Tezcan/Erdem/Önok, s.420-421.

⁵⁵³ “Mağdurun samimi görülen soruşturmadaki ilk anlatımı, annesi müştekinin aşamalarındaki beyanı, doktor raporları, özellikle olaydan dört gün sonra alınan 15.11.2005 tarihli Dört Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanının raporu ve tüm dosya içeriğinden, olay günü sanığın tehditle kuytu bir köşeye götürülüp alt tarafını soyduğu mağdurun anüsüne bir cisim sokmak suretiyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediği anlaşıldığı halde, mahkemece sanığın mağdurun anüsüne çöp sokmaya çalıştığı, sokmadığı kabul

bakımdan örneğin; yapay penis, cop, şişe, muz gibi cisimlerle bu suç işlenebilecektir.⁵⁵⁴ Ayrıca doktrinde, sıvı maddelerin de bu kapsamda değerlendirilebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁵⁵⁵ Bu hususta, örneğin; mağdurun ağzına su dökülmesi halinde eylemin cinsel nitelikte olup olmadığının araştırılarak bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmuştur.⁵⁵⁶ Aksi görüş ise örnek olarak mağdurun vajinasına hortumla su tutulması durumunda asıl olarak hortumun girip girmediğinin araştırılması gerektiğini ifade ederek sıvı cisimlerin bu suçu oluşturmaya elverişli olmadığı sonucuna varmaktadır.⁵⁵⁷ Kanaatimizce, bu suç sıvı maddelerle de işlenebilecektir. Zira, burada önem arz eden nokta, eylemin objektif olarak cinsel dokunulmazlığı ihlal etmeye elverişliliği olduğundan bu sonucu doğuracak her çeşit cismin vücuda ithal edilmesiyle suç meydana gelecektir.

Öğretide, parmağın vajinal ya da anal yoldan ithalinin⁵⁵⁸ nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı kabul edilmekle birlikte parmağın ağza sokulması durumunda, bu suçun oluşup olmadığı hususu tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre, gerekcede ifade edildiği üzere organ ya da cisim sokulması fiillerinin, failin cinsel arzularını tatmin etme amacıyla gerçekleştirmiş olması aranmayacaksa da failin kastının, davranışının cinselliğini de kapsamı⁵⁵⁹, sokulan organ ya da cisimle vücut boşluğu arasında cinsel bağın ya da ilişkinin olması gerekmektedir.⁵⁶⁰ Bu bakımdan, ağza parmak sokma eyleminin her durumda cinsel özgürlüğü ihlal ettiği söylenemeyeceğinden eylemin objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olup olmadığının araştırılması gereklidir.⁵⁶¹ Başka bir görüş, vücuda sokulan organların fizyolojik işlevleri ve cisim ile vücut bölgelerinin objektif olarak cinsel arzuların tatmini bakımdan elverişliliğinin ortaya koyulması gerektiği bu bakımdan, cinsel arzuların tatmini amacıyla yapılsa bile buna elverişli olmayan parmağın ağza sokulması durumunda nitelikli cinsel istismar suçunun oluşmayacağını ileri sürmüştür.⁵⁶² Yargıtay da failin, mağdurun ağzına parmaklarını sokması⁵⁶³, dilini okşaması⁵⁶⁴ ve failin dilini mağdurun ağzına sokması⁵⁶⁵ eylemlerinin,

edilerek bu eyleme teşebbüsün mümkün olmadığı şeklindeki isabetsiz gerekçeyle yazılı şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması,” (Yargıtay 14. CD., 31.01.2013, 2011/5203-2013/938, Gündüz, s.263).

⁵⁵⁴ Bayraktar ve diğerleri, 513; Tuğrul, s.277.

⁵⁵⁵ Baytemir, 438; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.385.

⁵⁵⁶ Korkusuz, s.826.

⁵⁵⁷ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.168.

⁵⁵⁸ “Mağdurenin aşamalarda değişmeyen ve özde tutarlı anlatımlarında, 10.04.2009 ve 13.04.2009 tarihlerinde kendisini muayene eden aile hekimi sanığın, karın bölgesini elle kontrol ettikten sonra kasıklarında kitle olduğundan şüphelendiğini söyleyerek parmaklarının ucuyla vajina doğru birkaç defa ileri geri hareket yaptığını, bu sırada canının yandığını belirtmesi ve Manisa Valiliği Çocuk Doğum ve Bakımevi Baştabipliği’nin 13.04.2009 tarihli raporunda mağdurenin kızlık zarı bütünlüğünün bozulmadığı ancak duhale müsait olduğu hususlarının bildirilmesi karşısında, sanığın eyleminin çocuğun nitelikli cinsel istismarı niteliğinde olduğu gözetilmeden, TCK’nın 103/2. maddesi yerine aynı maddenin 1. fıkrası ile cezalandırılmasına karar verilmesi...” (Yargıtay 14. CD., 11.11.2013, 2012/22673-2013/11256, Gündüz, s.260).

⁵⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.421.

⁵⁶⁰ Bayraktar ve diğerleri, 514.

⁵⁶¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.165.

⁵⁶² Parlar/Banko, s.102.

⁵⁶³ “Sanığın 8 yaşındaki mağdura babasını tanıdığını söyleyip oyun oynayalım diyerek hile ile evine götürmesi, gözüne tülbent bağlayıp ağzına parmaklarını sokacağını ve hangi parmağını soktuğunu bildiği takdirde para vereceğini söylemesi, sanığın mağdurun ağzına parmaklarını sokmaktan başka cinsel tatmin

her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde olmadığını ifade ederek bu tür eylemlerin basit cinsel istismar suçunu oluşturacağına hükmetmiştir.

Bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan, organ veya sair cisim sokma eylemlerinin, bir kadın tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, kadın failin parmağını veya bir cismi erkeğin anüsüne sokması⁵⁶⁶ veya kadın failin kadın mağdurun vajinasına parmak sokması durumunda da nitelikli cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁵⁶⁷

Suçun oluşması için organ veya cismin, cinsel obje olarak kullanılan vücut bölgesine girmesi yeterlidir, failin ayrıca cinsel anlamda tatmin olması gerekmemektedir.⁵⁶⁸ Suçun oluşumu bakımından organ veya cismin, vücuda ne kadar girdiği de önem taşımamaktadır.⁵⁶⁹ Bununla birlikte, organ veya cismin sokulmaya çalışılmasına rağmen vücuda girmemiş olması halinde⁵⁷⁰ veya vücuda girmesi mümkün olmayan şeylerin ithal edilmeye çalışılması durumunda⁵⁷¹ teşebbüs hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, somut olayda organ veya cismin girip girmediği tam olarak tespit edilemiyorsa “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereği girmediği kabul

amacı ile gerçekleştirdiği başka bir eylemin saptanmaması, mağdurun yargılamadaki ifadesinde tedirgin olup gözlerini açtığında sanığın giyinik olduğunu gördüğünü söylediği de gözetildiğinde, sanığın eyleminin TCK'nın 103/1. maddesinde gösterilen suçu oluşturduğu ve sanığın mağduru eve hile ile götürdüğünün anlaşılması karşısında, hileyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrası ile cezalandırılması gerekirken, aynı maddenin 1. fıkrası uygulanmak suretiyle ceza belirlenmesi,” (Yargıtay 14. CD., 24.04.2013, 2011/11292-2013/4935, Gündüz, s.262).

⁵⁶⁴ “Kendisi metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim’in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle, mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin küll halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, sanık Leyla’nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yargıtay 5. CD., 27.05.2009, 2009/618-2009/6448, Tuğrul, s.277-278, dn:407).

⁵⁶⁵ “Oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, suç tarihinde 11 yaşında bulunan mağdur Yavuz’un annesiyle kaldığı evde misafir olarak bulunup, gece mağdur ve kardeşleri ile aynı odada yer yatağında uyumakta olan 56 yaşındaki sanığın, kardeşleri uyurken, mağduru uyandırıp vücuduna ve bu arada cinsel organına masaj yapmasını mağdurdan istediği, sanığın söylediklerini yapmasının ardından, mağdurun yüzünü yalayıp ağzına dilini sokan sanığın, peşinden de cinsel organını mağdurun kalçasına sürüttüğünün anlaşılması karşısında, TCK’nın 103/2. maddesindeki “organ” tabiriyle kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ sokma eylemleri ile birlikte cinsel organ dışında vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması halinde suçun nitelikli halinin oluşabileceği, ayrıca sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması, vücuda organ sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağzına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden,” (Yargıtay 14. CD., 28.05.2014, 2014/3281-2014/7140, Gündüz, s.258).

⁵⁶⁶ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.168.

⁵⁶⁷ “...sanık Emine’nin ayrıca mağdurenin vajinasına parmak sokması eyleminde cinsel saikin aranmaması sebebiyle TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun oluştuğunun anlaşılması karşısında, Emine yönünden bu suçtan bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 14. CD., 24.06.2014, 2014/4054-2014/8663, Gündüz, s.257).

⁵⁶⁸ Memiş Kartal, s.184.

⁵⁶⁹ Artuç, s.650; Tuğrul, s.278; Aydın, s.47.

⁵⁷⁰ Aydın, s.47.

⁵⁷¹ Kılıç, s.193.

edilmelidir.⁵⁷² Yargıtay da kararlarında, organın vücuda sokulup sokulmadığının tam olarak tespit edilemediği hallerde Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınarak hüküm verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁵⁷³

Kanunda, nitelikli cinsel istismar suçunun maddi unsurundaki hareketin, sadece çocuğun vücuduna fail tarafından organ veya sair cisim “sokulması” olarak ifade edilmesi nedeniyle failin, kendi vücuduna organ veya cisim sokması için mağduru zorlaması durumunda nitelikli halin oluşup oluşmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlara göre, suçun oluşması için failin organ ve cisim sokma fiilinin aktif sujesi olması zorunlu değildir. Bu bakımdan, duhulü gerçekleştirenin hangi taraf olduğu önemli olmamakla beraber eyleme mağdur çocuğun rıza göstermediği veya rızasının hukuken kabul görmediği durumlarda, suçun oluştuğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁷⁴ Başka bir görüş, bu durumda dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağını savunmakla birlikte⁵⁷⁵ aksi görüş, burada failin mağduru cinsel ilişkiye zorlaması eyleminden dolayı cezalandırıldığını dolayısıyla failin, mağduru araç olarak kullanmayıp kendisinin bir eylemde bulunması nedeniyle dolaylı değil doğrudan fail olarak sorumlu olduğunu ifade etmiştir.⁵⁷⁶ Diğer bir görüş, nitelikli cinsel istismar suçunun tipikliğini oluşturan hareketin, mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulması olduğunu bu nedenle failin kendi vücuduna organ veya cisim sokması için mağduru zorladığı durumlarda nitelikli halden değil suçun temel şeklinden dolayı sorumlu tutulacağını belirtmiştir.⁵⁷⁷ Bu bakımdan, örneğin bir kadının, on dört yaşındaki çocuğu ikna ederek kendi vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde cinsel istismarın temel şekli oluşacaktır.⁵⁷⁸ Yargıtay da aynı gerekçeyle bu gibi durumlarda failin, basit cinsel istismardan sorumlu olacağını ifade etmektedir.⁵⁷⁹ Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, 15-18 yaş aralığındaki algılama yeteneği gelişmiş mağdur çocuğun rızasıyla

⁵⁷² Artuç, s.650; Tuğrul, s.278.

⁵⁷³ “Sanığın mağdurenin cinsel organına parmak sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediğinin iddia ve kabul olunması karşısında, mağdurenin anlatımlarında sanığın parmağını cinsel organına sokup sokmadığını tam olarak bilemediğini ancak bir miktar kan geldiğini beyan ettiği, Adli Tıp Kurumu Denizli Şube Müdürlüğüne düzenlenen 11.11.2008 günlü raporda da yapılan genital muayenede hymenin anüler yapıda, açıklığının ise 0,8 cm olduğu ve halen bakire olduğunun bildirildiği gözetilerek mağdurenin, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna dosya ile birlikte sevki sağlanarak hymenin yırtılmaksızın parmak sokmasına müsaait olup olmadığı hususunda görüş alınmasından sonra iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yargıtay 5. CD., 25.11.2009, 2009/1133-2009/13203, Tuğrul, s.278, dn:409).

⁵⁷⁴ Meran, s.352.

⁵⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.419; Tuğrul, s.278; Artuç, s.650.

⁵⁷⁶ Memiş Kartal, s.183-184.

⁵⁷⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.361-362; Üzülmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.34; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.168.

⁵⁷⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.362; Üzülmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.34.

⁵⁷⁹ “Suç tarihinde 16 yaş içinde bulunan sanık Fadime ile 14 yaş içinde bulunan katılan mağdur Mustafa arasındaki cinsel ilişkide, sanık Fadime’nin eyleminin TCK’nın 103/2. maddesi ile cezalandırılmasına karar verilmesi,” (Yargıtay 14. CD., 01.11.2012, 2011/4557-2012/10539, Gündüz, s.264); “Suçun mağduru Hasan’a organ sokulmadığı, sanığın kendiliğinden mağdurun cinsel organını ağzına aldığı ve mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması,” (Yargıtay 5. CD., 21.12.2010, 2010/8989-2010/9881, Gündüz, s.266).

yetişkin olan sanığa organ sokması halinde ise suçun oluşmayacağına hükmetmiştir.⁵⁸⁰ Nitekim, kanunda 15-18 yaş aralığındaki algılama yeteneği gelişmiş çocukların basit cinsel istismar fiillerine gösterdiği rıza hukuken geçerli kabul edilmekte ve suçun oluşmasını önlemektedir. Son görüşe göre ise fail tarafından failin vücuduna organ sokmaya zorlanan çocuğun, kendisine organ veya cisim sokulan çocuğa göre daha az mağdur olduğu ya da cinsel açıdan daha az istismar edildiği söylenemeyeceğinden bu tür eylemlerin cinsel istismarın basit şeklinden cezalandırılması, çocukların istismara karşı korunması amacına ters düşmektedir.⁵⁸¹ Kanaatimizce, bu durumda dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel istismar suçunun gerçekleştiğinin kabulü gereklidir. Burada, Yargıtay'ın da benimsediği anlayışla, nitelikli halin oluşmayacağını ve eylemin basit cinsel istismar suçu oluşturduğunu kabul etmek hakkaniyetli yaklaşım olmayacaktır. Zira, bu suçla çocukların cinsel özgürlükleri korunmaya çalışılmakta ve fail tarafından organ veya cisim sokmaya zorlanan çocuğun cinsel özgürlüğünün, vücuduna organ veya cisim sokulan çocuğa nazaran daha az ihlal edildiği söylenemeyecektir. Bununla birlikte, durumun netlik kazanması adına söz konusu hipotezin de madde metnine dâhil edilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

Öğretide, ayrıca failin mağdura temas etmeden tehdit veya şantaj yoluyla mağdurun kendi kendine dokunmasını veya vücuduna cisim sokmasını sağlayıp bu eylemleri seyretmek suretiyle gerçekleştirdiği fiillerin cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu da tartışılmıştır. Doktrindeki hakim görüşe göre kişinin, cinsel amaçlarla kendisine yönelik olarak istemediği bir temasta bulunmaya veya kendi vücuduna cisim sokmaya zorlanması halinde de cinsel özgürlüğü ihlal edilmiş olacağından ve burada suçun, dolaylı faillik yoluyla işlendiğinin kabulü gerekmektedir.⁵⁸² Benzer şekilde failin, mağdurun vücuduna organ sokmak için üçüncü bir kişiyi araç olarak kullandığı⁵⁸³ veya failin iki kişiyi birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeye zorladığı durumlarda da dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel istismar suçunun işlendiği söylenebilecektir.

B. Suçun Birden Fazla Kişiyle Birlikte İşlenmesi

TCK m.103/3-a bendinde, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumu cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu durum, mağdurun direncinin kolayca kırılmasının sağlanması ve mağdur üzerinde korkutuculuk etkisinin yüksek olması nedeniyle nitelikli hal olarak öngörülmüştür.⁵⁸⁴ Burada suçun, birden fazla kişiyle birlikte işlenmesinden kasıt, suçun müşterek failler tarafından işlenmesidir.⁵⁸⁵ Bu nedenle, suça azmettiren ve yardım eden sıfatıyla iştirak eden şerikler, bu sayıya dâhil değildir.⁵⁸⁶ Müşterek faillik, TCK m.37'de açıklanmıştır. Buna göre; müşterek failliğin oluşabilmesi suça katılan kişiler arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve buna bağlı olarak bu kişilerin suçun icra hareketleri üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları

⁵⁸⁰ Yargıtay 5.CD., 03.05.2010, 2009/14710-2010/3231, Gündüz, s.267.

⁵⁸¹ Aydın, s.48.

⁵⁸² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.171; Aydın, s.48; Tezcan/Erdem/Önok, s.419.

⁵⁸³ Memiş Kartal, s.184.

⁵⁸⁴ Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.36; Bayraktar ve diğerleri, s.522-523.

⁵⁸⁵ Parlar/ Banko, s.12; Meran, s.355; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.402.

⁵⁸⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.428; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.402; Artuç, s.586.

gerekmektedir.⁵⁸⁷ Faillerin birlikte suç işleme kararı, kasta dâhil olup bu kastın, doğrudan veya olası kast şeklinde gerçekleşmesi, suç ortaklarının müşterek fail olarak nitelendirilmesi açısından bir fark yaratmamaktadır.⁵⁸⁸

Müşterek hâkimiyetin kurulabilmesi için faillerin, icra hareketlerinin tümünü birlikte gerçekleştirmeleri gerekmemektedir. Suçun icrasına ilişkin fonksiyonel bir katkıda bulunan fail de müşterek hâkimiyeti sağlamış olacağından müşterek fail statüsünde kabul edilecektir. Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığı somut olayda suç ortaklarının suçun işlenişine yaptıkları katkının, suçun gerçekleşmesinde ne derecede önemli olduğu göz önüne alınarak belirlenecektir.⁵⁸⁹ Bu bağlamda, cinsel istismar suçu açısından müşterek failiğin mevcudiyetinin kabulü için suç ortaklarının tümünün mağdura yönelik cinsel davranışta bulunması gerekli değildir. Örneğin; suç ortaklarından birinin mağdurun mukavemetini kırmak için cebir veya tehdit uygulaması, diğerinin cinsel davranışı gerçekleştirmesi veya olay yerinde bir diğer kişinin gözcülük⁵⁹⁰ yapması durumlarında, bu kişiler müşterek fail olarak nitelendirilecektir.⁵⁹¹ Yargıtay da kararlarında, suçun icrasında önemli rol oynayan suç ortaklarını müşterek fail olarak nitelendirmiştir.⁵⁹² Ancak, failin haberi olmadan suçun işlenmesinden önce ya da işlendiği sırada ona yardım eden kişinin müşterek fail olarak değil yardım eden sıfatıyla cezalandırılması gerekmektedir.⁵⁹³ Suçu işleyen müşterek faillerden birinin kusurluluğunu ortadan kaldıracak bir nedene sahip olması örneğin; akıl hastası olması veya yaş küçüklüğünden yararlanması, bu nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.⁵⁹⁴ Faillerin, aynı

⁵⁸⁷ Özgenç, s.489.

⁵⁸⁸ Parlar/Banko, s.13; Tuğrul, s.288; Artuç, s.654.

⁵⁸⁹ Artuç, s.586; Parlar/Banko, s.13.

⁵⁹⁰ Yargıtay, gözcülük yapan kişinin, mağdur tarafından görüldüğü ve varlığından etkilenildiği durumlarda müşterek fail olarak nitelendirilebileceğini aksi durumlarda “yardım eden” konumunda olacağını belirtmiştir. “Her iki sanığın mağdureyi gece sayılan zamanda arabayla تنها bir sokakta bulunan inşaatın önüne getirip durdurduktan sonra, diğer sanığın aracın arka koltuğuna geçerek mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sırada ön koltukta oturup gözcülük yapan ve eylem süresince yanlarında bulunmak suretiyle suçun işleniş üzerinde müşterek hakimiyet kuran sanık Yakup K.’nın TCK.nun 37. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması ve bunun sonucu olarak da suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinden dolayı her iki sanık hakkında aynı Kanunun 103/3.maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,” (Yargıtay 5. CD., 01.02.2010, 2009/13569-2010/487, Tuğrul, s.90-91, dn: 231); “Sanık Erdal’ın nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği sırada evin dışında gözcülük yapan sanık Cemil’in TCK.nun 39. maddesi gereğince “yardım eden” konumunda bulunduğu icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı, 102/3-d bendinde belirtilen “suçun birlikte işlenmesi” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılmayacağını gözetilmemesi, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden sanık Erdal hakkında TCK.nun 62/1. maddesinin uygulanmaması,” (Yargıtay 5. CD., 18.02.2010, 2009/14000-2010/1259, Tuğrul, s.91, dn: 232).

⁵⁹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.360; Artuç, s.586; Meran, s.356; Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.36.

⁵⁹² “Sanık Hasan’ın olayda cebir kullanarak mağduru etkisiz hale getirdiği, suç ortaklarının suçun işlenişine yaptıkları katkının suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, dolayısıyla ortak bir hakimiyeti birlikte gerçekleştirdikleri, bu nedenle sanık Hasan’ın eylemin de TCK.nun 37/1. maddesi kapsamında kaldığı, bu şekilde eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmiş olması nazara alınarak TCK. 103/3. maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hükmü tesisi yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 5. CD., 26.01.2010, 2009/12430-2010/408, Aydın, s. 60, dn:107).

⁵⁹³ Tuğrul, s.288; Artuç, s.654.

⁵⁹⁴ Tuğrul, s.287; Baytemir, s.305; Artuç, s.653; “Sanığın cinsel istismar eylemini, haklarında yaş küçüklüğünden dolayı Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen D.S. ve M.S. ile birlikte gerçekleştirildiği gözetilmeden, sanık hakkında ceza tayin edilirken 5237 sayılı TCK’nın 103/3

zaman ve mekânda mağdura karşı cinsel saldırıda bulunmaları halinde ayrıca birbirlerinin eylemlerine yardım etmiş olmaları aranmaksızın bu nitelikli hal kapsamında cezaları artırılabilecektir.⁵⁹⁵ Yargıtay da verdiği kararlarda, faillerin aynı yerde birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar suçunu işlemeleri halinde, kendi fiillerinin yanında her bir failin diğerlerinin fiiline TCK md. 37 kapsamında katıldığını kabul ederek, zincirleme suça ilişkin hükümleri uygulamaktadır.⁵⁹⁶

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmekte suçun, teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda da “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olma” şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁵⁹⁷

Öğretide, failler ve mağdurların birden fazla olması ve her failin farklı mağduru istismar etmesi halinde, bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışılmıştır. Katıldığımız görüşe göre; nitelikli halin uygulanması açısından önem taşıyan husus, mağdurların aynı veya farklı kişiler olması değil birden fazla failin bulunmasının, suçun işlenişini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığıdır.⁵⁹⁸ Bu bakımdan, birden fazla failin farklı mağdurlara cinsel istismarda bulunması durumunda, faillerin birden fazla olması suçun işlenişini kolaylaştırıyorsa bu nitelikli hal uygulanacaktır. Yargıtay’ın da benimsediği aksi görüşe göre ise bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için faillerin, aynı mağdura karşı cinsel istismarda bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, her failin farklı mağdura cinsel istismarda bulunması durumunda suçun, birlikte işlendiği söylenemeyeceğinden bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁵⁹⁹

maddesinin uygulanmaması, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 05.11.2013, 2011/22419-2013/11003; Aydın, s.208); “Sanığın çocukların cinsel istismarı suçunu, yaşı nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen M.M. ile birlikte işlediği anlaşıldığı halde, sanık hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 5. CD., 09.10.2006, 8617-2006/7741, Aydın, s.210).

⁵⁹⁵ “Sanıkların sokakta karşılaştıkları mağdur C.T.’yi birlikte sanık N.B.’nin ikamet ettiği apartmanın bodrum katındaki dairesine götürdükleri, burada mağduru soyarak ve birbirlerinin yanında evvela sanık N.B.’nin sonra da diğer sanık Y.G.’nin ırz ve namusuna tasaddide bulundukları anlaşılmaya şu suretle aynı mahalde ve birbirlerinin huzurunda evvela birinin, sonra diğerinin vaki eylem ve hareketleri mağdur üzerinde mukavemet kırıcı ve birbirine manen yardım sonucu husule getirilen bir nitelik arz ettiği cihetle sanıkların eylemleri TCK’nın 417. maddesindeki unsurları kapsamaktadır.” (Yargıtay CGK, 02.03.1970, 5-12/83, Baytemir, s.306-307, dn:259); “Birden ziyade kimselerin aynı zamanda ve mekanda olmak kaydıyla birbirini takiben mağdurun ırzına geçmeleri halinde, TCK.’nın 417’nci maddesinin uygulanması icap ettiği ve uygulama için sadece failin beraberce işlenmiş olması yeterli olup, ayrıca sanıklar arasında bir yardımlaşma gerekmediği halde, sanıkların birbirlerine yardımcı olmadığına ve her birinin müstakil hareket etmiş olduklarına yer verilmek suretiyle, aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben...müstenet suçu işledikleri...kabul edilen sanıklar hakkında TCK.’nın 417’nci maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır...” (Yargıtay CGK, 22.05.1978, 95/185, Bakıcı, s.183).

⁵⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.428; “Aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun üzerinde müşterek hâkimiyet kurmak suretiyle direncini kırdıkları mağdura nitelikli cinsel istismar eylemlerini aynı mekânda birbirini takiben gerçekleştirdikleri ve her birinin bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine de TCK’nın 37. maddesi anlamında katıldığı halde atılı suçun zincirleme olarak işlenmesi tayin edilen cezalarının TCK’nın 43. maddesi uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yar. 14. CD., 01.06.2017, 2017/1172-2017/3029, Aydın, s.434).

⁵⁹⁷ Yargıtay CGK, 01.10.1973-353/590, Baytemir, s.306, dn.257.

⁵⁹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.360; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.212; Aydın, s.60.

⁵⁹⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.388; Tuğrul, s.288-289; Artuç, s.654; Baytemir, s.146; “Sanık H. ve sanık M.E.’nin ayrı ayrı mağdurlara karşı cinsel istismar eyleminde bulundukları ve sanıkların aynı mağdura yönelik birlikte eylem gerçekleştirmedikleri anlaşıldığından, TCK’nın 103/3. maddesindeki

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

6545 sayılı Kanun ile TCK md. 103'te yapılan değişiklikle suçun, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi durumu, cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerde dâhil edilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, failin bir arada yaşama zorunluluğundan ve bu yerlerde yaşayan çocukların daha fazla savunmasız konumda olmalarından faydalanmak suretiyle cinsel istismar suçunu işlemesi durumunda, faile verilecek ceza yarı oranından artırılabilecektir.⁶⁰⁰ Hükümet tasarısı gerekçesinde, kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerin bu nitelikte sayılacağı ifade edilmiştir.⁶⁰¹ Burada belirtilen öğrenci yurdu, okul pansiyonu, hastane vb. yerlerin kamuya ya da özel hukuk kişilerine ait olması, nitelikli halin uygulanması açısından bir farklılık yaratmamaktadır.⁶⁰² Doktrinde ayrıca, uzun süreli askeri sefer veya sivil seyahatlerde kullanılan gemilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁰³ Bununla birlikte, suçun insanların geçici olarak toplandığı miting meydanları, toplu taşıma araçları⁶⁰⁴, spor karşılaşmaları, konserler, siyasi parti toplantıları⁶⁰⁵ gibi yerlerde işlenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

D. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımları, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi

Cinsel istismarın çocukla belli bir akrabalık ilişkisi içerisinde olan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Maddenin ilk halinde yer alan “*üstsoy, ikinci ve üçüncü derece kan hısımları*” ifadesi 6545 sayılı Kanunla öngörülen değişiklikle “*üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı*” şeklinde değiştirilmiştir. Burada, mağdurun üçüncü derece dâhil üstsoy kan hısımları⁶⁰⁶ ile üçüncü derece dâhil yansoy kan hısımları olan kardeş, amca, dayı, halı, teyze ile yeğenler bu nitelikli halin kapsamındadır.⁶⁰⁷ Aynı zamanda, yeni düzenlemeyle kan hısımlığının

eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeyerek sanıkların cezalarının anılan madde ile artırılması,” (Yargıtay 14. CD., 24.04.2014, 2012/6929-2014/5566, Kaya, Funda, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016, s.103, dn:554).

⁶⁰⁰ Bayraktar ve diğerleri, s.523; Yokuş Sevük, Handan, 6545 Sayılı Kanun..., s.130.

⁶⁰¹ Bayraktar ve diğerleri’ne göre; çocukların bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu çocuk esirgeme evlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. (Bayraktar ve diğerleri, s.523).

⁶⁰² Gündüz, s.76.

⁶⁰³ Gündüz, s.47.

⁶⁰⁴ “...suça konu olayda sanığın basit cinsel saldırı suçunu otobüs içerisinde yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği otobüsün TCK’nın 102/3-e. maddesinde “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar” şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden, sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini, Kanunu aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 08.05.2017, 2017/2231-2017/2465, Aydın, s.195-196).

⁶⁰⁵ Gündüz, s.48.

⁶⁰⁶ Nişancı, s.237; Özen, kanunun önceki halindeki üstsoy ibaresinin daha yerinde olduğu zira kan hısımlığında üçüncü dereceyi aşan üstsoy bulunduğu takdirde bu hüküm uygulanamayacağını ifade etmiştir. (Özen, Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.380).

⁶⁰⁷ Aydın, s.50; Bayraktar ve diğerleri, s.524; Artuç, s.651; “...Sanığın, dördüncü derecede kan hısımları yani kuzeni olan mağdureye yönelik cinsel istismar suçunu işlediği anlaşıldığından sanık hakkında TCK’nın

yanında kayın hısımlığı da nitelikli halin kapsamına alınmıştır.⁶⁰⁸ TMK md. 18’de, eşlerden biriyle diğerinin kan hısımları arasında aynı derece kayın hısımlığının meydana geleceği ve evlilik ortadan kalksa bile kayın hısımlığının devam edeceği ifade edilmiştir. Anılan hükümden yola çıkan bir görüşe göre, evlilik ortadan kalksa bile kayın hısımları tarafından gerçekleştirilen fiillere, nitelikli hal uygulanmaya devam edecektir.⁶⁰⁹ Yargıtay da aynı görüşü benimsemektedir.⁶¹⁰ Aksi görüşe göre ise Kanun koyucu, evliliğin ortadan kalkması durumunda da bu nitelikli halin uygulanmasını istemiş olsaydı, CMK md. 45’te tanıklıktan çekinebilecek kişilere ilişkin düzenlemede olduğu gibi bu hususu TCK md.103’te de açıkça düzenlemiş olurdu. Ayrıca, bu görüş hısımlığın, failin fiili işlemesinde meydana getireceği kolaylığın evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkacağını bu sebeple de nitelikli halin uygulanmasına olanak kalmayacağını da vurgulamaktadır.⁶¹¹

6545 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik de “üvey baba”nın yanında “üvey anne” ve “üvey kardeş”in de nitelikli hal kapsamına alınmasıdır. Değişiklikten önce doktrinde, üvey annenin madde kapsamına alınmamış olması eleştirilerek cinsel istismarın, üvey anne tarafından üvey çocuğa karşı işlenmesinin de mümkün olabileceği ve bu durumun, suçun üvey baba tarafından işlenmesine nazaran daha az vahim sayılmaması gerektiği ifade edilmekteydi.⁶¹²

Üvey baba; mağdurun annesinin, mağdurun babasından sonra evlendiği erkektir.⁶¹³ Üvey anne; mağdurun babasının, mağdurun annesinden sonra evlendiği kadındır.⁶¹⁴ Üvey kardeş ise mağdurun annesinin üvey babasından ya da babasının üvey annesinden olan çocuklarıdır.⁶¹⁵ Bununla birlikte, mağdurun üvey annesinin veya üvey babasının önceki

103/3. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, yerel mahkemeye TCK’nın 103/3. maddesi uyarınca sanığın cezasından artırım yapılması isabetsiz olup, hukuka aykırıdır.” (Yargıtay CGK, 28.05.2013, 2012/14-1397-2013/265, Gündüz, s.44).

⁶⁰⁸ “Sanık atılı suçu, yanında kalan baldızına karşı işlediği halde, TCK’nın 103/3. maddesi uyarınca cezasının artırılmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 14. CD., 03.07.2014, 2014/4323-2014/9105, Gündüz, s.276); Doktrinde, maddenin önceki halinde kayın hısımlığının metne dâhil edilmemiş olması, kanun koyucunun bu hususu unuttuğu veya gözden kaçırdığı şeklinde yorumlanmaktaydı. (Memiş Kartal, s.189; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.332).

⁶⁰⁹ Bayraktar ve diğerleri, s.524.

⁶¹⁰ “Mağdure ve sanığın oğlu Metin K. ’nın 15.09.2003 tarihinde boşandıkları alınan nüfus kayıt örneğinden anlaşılmakta ise de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 18/1-2. maddesi uyarınca, sanık ile mağdure arasındaki kayın hısımlığı ilişkisi boşanmayla ortadan kalkmadığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 14. CD., 20.02.2012, 2011/1395-2012/1857, Gündüz, s.44).

⁶¹¹ Artuç, s.584; Gündüz, s.44.

⁶¹² Aydın, s.51; Memiş Kartal, s.189; Artuç, s.651; Tuğrul, s.279.

⁶¹³ Aydın, s.51; Gündüz, s.45.

⁶¹⁴ Aydın, s.51; Gündüz, s.45.

⁶¹⁵ “Nüfus kayıtlarına göre, sanığın annesi Necla T. ile mağdurenin annesi Necla D.’nin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile diğer nüfus bilgilerinin aynı olması ve tanık Necla D.’nin duruşmada alınan 21.09.2010 tarihli beyanında mağdure ile sanığın kardeş olduklarını, babaları farklı olmakla birlikte her ikisini de kendisinin doğurduğunu belirtmesine karşın, aynı tanığın kollukta alınan 25.09.2006 tarihli ve Cumhuriyet Savcılığında alınan 18.12.2006 tarihli beyanlarında bu durumdan bahsetmeyerek, mağdurenin Hakan T. isimli bir şahısla kaçtığını söylemesi ve sanık ile mağdurenin 14.05.2009 tarihinde duruşmada alınan ifadelerinde, sanığın annesinin sonradan mağdurenin babasıyla evlendiğini ve üvey kardeş olduklarını belirtmiş olmaları karşısında, bu konudaki tüm deliller toplanıp, gerektiğinde DNA incelemesi de yaptırılarak sanık ile mağdurenin kardeş olup olmadıklarının Kesin olarak belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile sanığın cezasının TCK’nın 103/3. maddesi ile artırılması,” (Yargıtay 14. CD., 18.09.2012, 2012/9147-2012/8543, Gündüz, s.279).

birlikteliklerinden doğan çocukları ise üvey kardeş olarak nitelendirilmemektedir.⁶¹⁶ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun annesi ile üvey babasının veya babası ile üvey annesinin suçun işlendiği sırada evli olmaları gerekmektedir. Nitekim, boşanmanın gerçekleştiği durumlarda üveylik ilişki ortadan kalkacağından üvey baba, üvey anne veya üvey kardeşlik nedeniyle nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁶¹⁷

Madde kapsamında, suçun evlat edinen tarafından işlenmesi durumu, cezayı ağırlaştıran bir diğer nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Evlat edinme kurumu, TMK'nın 305. ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Anılan düzenlemelerde, evlat edinmenin mahkeme kararıyla birlikte kurulacağı ve kararın kesinleşmesiyle evlat edinenle evlatlık arasında 1. derece üstsoy-altsoy hısımlığı oluşacağı böylelikle de evlatlık üzerindeki anne ve babaya ait hak ve vazifelerin evlat edinene geçeceği öngörülmüştür.⁶¹⁸ Faile, bu nitelikli halden ceza artırımı yapılabilmesi için mahkeme tarafından verilen evlat edinme kararının kesinleşmesi ve evlatlık ilişkisinin suçun işlendiği sırada mevcut olması gerekmektedir.⁶¹⁹

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

Cinsel istismar suçunun cezayı ağırlaştıran bir diğer nitelikli hali, suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesidir. Bu kişilerin, mağdurla aralarındaki ilişkinin suçun işlenmesinde kolaylık sağlayacağı göz önünde bulundurularak böyle bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, burada anılan ilişkilerin varlığı yeterli görülmüş ayrıca failin mağdur üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanması aranmamıştır.⁶²⁰

Vasi, TMK'nın 413 ve devamı maddeleri uyarınca velayet altında olmayan küçükler veya mahcurların menfaatlerinin korunması amacıyla mahkemeye görevlendirilen kimseler olarak tanımlanmaktadır. Bu kişilerin, vasilikten kaçındığı ya da atanmalarına itiraz edildiği durumlarda da yerlerine başka birisi görevlendirilinceye kadar vasilik görevleri devam edecektir. (TMK md. 423). Vasinin, vasilik görevinin devam ettiği sırada vesayeti altındaki çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işlemesi halinde, TCK md.103/3'teki nitelikli hal uygulanacaktır. Suçun işlenmesinden sonra failin, vasilik sıfatının ortadan kalkmış olması, bu nitelikli halin tatbikine engel değildir.⁶²¹ Bununla birlikte, sınırlı ve geçici vesayet görevi icra eden kayyımlar ise bu kapsamda değerlendirilmemektedir.⁶²² Nitekim, vasinin doğrudan çocuk üzerinde bir gözetim yükümlülüğünün olmasına karşın kayyımın, mala yönelik bir gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶²³ Bu bakımdan, cinsel

⁶¹⁶ Aydın, s.51.

⁶¹⁷ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.207.

⁶¹⁸ Parlar/Banko, s.104-105.

⁶¹⁹ Meran, s.354; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.306.

⁶²⁰ Gündüz, s.77.

⁶²¹ Tuğrul, s.281; Artuç, s.651.

⁶²² Parlar/Banko, s.105.

⁶²³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.335; Memiş Kartal, s.191; Tuğrul, s.281.

istismar suçunun kayyım tarafından işlenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Eğitici, çocukların terbiye ve eğitimiyle ilgilenen kişidir.⁶²⁴ Eğitimciler, daha çok dersler dışındaki spor, sanat dalları vb. sosyal aktiviteleri öğreten kimselerdir.⁶²⁵ Öğretici, çocuklara okul dersleriyle ilgili bir şeyler öğreten kişileri ifade etmektedir. Örneğin; çocuğa okul, dil kursu, üniversiteye hazırlık kursları veya kur'an kursu⁶²⁶ gibi yerlerde bir şeyler öğreten kişiler öğretici olarak nitelendirilmektedir.⁶²⁷ Bakıcı ise çocukla birebir ilgilenip çocuğun yemesi, içmesi, giyimi, uykusu gibi faaliyetlere katılan kişidir.⁶²⁸ Çocuğun; eğitici, öğretici veya bakıcısı olan kişilerin, bu işi sürekli veya geçici yapmasının⁶²⁹, resmi veya özel bir kurum tarafından istihdam edilmiş olmalarının ya da ücretli veya ücretsiz olarak çalışmalarının bu nitelikli halin uygulanması açısından bir önemi bulunmamaktadır.⁶³⁰ Bu kişilerin, sahip oldukları statüden faydalanarak mağdur üzerinde baskı oluşturmaları ve böylece cinsel istismar suçunu işlemeleri söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan, nitelikli unsurun uygulanabilmesi için suçun işlendiği sırada mağdur ve fail arasındaki eğitim-öğretim veya bakım ilişkisinin varlığı gerekli ve yeterlidir.⁶³¹ Ancak, Yargıtay nitelikli unsurun uygulanmasını suçun, eğitim-öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada işlenmiş olmasına bağlı kılmıştır.⁶³²

⁶²⁴ Tuğrul, s.281; Gündüz, s.77.

⁶²⁵ Artuç, s.651; Tuğrul, s.281.

⁶²⁶ Yargıtay, köy imamı olan ve mağdura kur'an dersi veren sanığın, 765 sayılı TCK'nın 417. maddesinin uygulanması açısından öğretmen olarak sayılmasına karar vermiştir. (Yargıtay 5.CD., 02.12.1961, 4599/4857, Baytemir, s.468).

⁶²⁷ Artuç, s.651; Tuğrul, s.281.

⁶²⁸ Memiş Kartal, s.193; "Sanığın mağdurenin bakıcısı olmadığı gibi koruma ve gözetmekle yükümlü olduğuna yahut mağdurenin bakıcısının bu yükümlülüğü geçici de olsa sanığa devrettiğine dair dosya içinde bir bilginin de bulunmadığı keza ceza miktarını artırım nedenleri ile ilgili yorumların da dar yapılması gerektiğine ilişkin genel ilke de gözetildiğinde tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. (Yargıtay 14. CD., 18.07.2011, 2011/42-2011/59, Tuğrul, s.369).

⁶²⁹ Yargıtay verdiği bir kararda asıl eğitici kişiye geçici olarak yardım eden kişiyi nitelikli hal kapsamında saymamıştır. "Sanığın da mağdur ile aynı yerde kuran kursu gören öğrenci olduğu, yaşının diğerlerinden büyük olması ve öğrenci sayısının fazlalığı nedeniyle asıl eğitici tanık R.Ö. kız öğrencilerle ilgilenirken, onun isteği ve denetimi altında olmak kaydıyla, aynı ortamda ve on metre mesafede erkek öğrencilerin başında durup eğitimlerinde geçici olarak yardımcılık yaptırıldığından 765 sayılı TCK'nun 417 ve 5237 sayılı TCK'nun 103/3. maddelerinin öngördüğü biçimde eğitici, öğretici ve bakıcı sayılamayacağı gibi mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmadığı için anılan maddelerin uygulanma koşullarının olayda gerçekleşmediği, keza sanığın mağdura; öğrencilerin veya başkalarının giremediği camiye ait bağımsız bölüme gidip uyuyacağını ve bir süre sonra gelip kendisini uyandırmasını söyleyerek hileli davranışlarla kendi egemenlik alanından çıkarttıktan sonra amaçladığı tasaddi fiilini gerçekleştirmesi nedeniyle mahkemenin atılı eylemi hile ile kaçırma olarak nitelendirmesinde bir isabetsizliğin bulunmadığı anlaşılmıştır." (Yargıtay 5. CD., 05.04.2010, 2006/3682-2010/2656, Aydın, s.53, dn: 100).

⁶³⁰ Aydın, s.53; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.403; "Oluşa ve dosya içeriğine göre eylemin 2002 yılı ilkbahar aylarında mağdurenin özel ders için sanığın evine gelmesi ile başlayıp devam eden ve 03.06.2003 tarihinde okulda sona eren bir süreç içinde 10 yaşını doldurmayan mağdureyi kucağına oturtup dudaklarından öpmek ve bir keresinde de göğüslerine ve vücudunun diğer bölgelerine ellemek şeklinde ortaya çıktığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 415/2, 80 ve 417. maddelerine uyan teselsülen ırz ve namusa tasaddide bulunma suçunu oluşturduğu ve eylemin bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/1-a, 103/3 ve 43/1. maddelerine temas ettiği" (Yargıtay 5. CD., 23.02.2010, 2010/739-2010/1500, Aydın, s.210).

⁶³¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.403; "Sanığın, mağdure Fatma'ya yönelik eylemini gerçekleştirdiği tarihte mağdurenin biyoloji dersi almadığı için öğretmeni olmadığı gibi idare kısmında da görevinin olmadığı anlaşılmakla, adı geçen mağdure yönünden eğitici-öğretici vasfının bulunmadığı gözetilmeden

Koruyucu aile kavramına, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 23. maddesinde yer verilmiştir. Anılan hükümde, mahkemece hakkında koruma kararı verilen çocuğun bakım ve yetiştirilmesinin Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun denetim ve gözetiminde, koruyucu aile tarafından da yerine getirilebileceği belirtilmiş ve koruyucu ailenin korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesini Kurumca belirlenen ücret karşılığında yerine getirilebileceği gibi gönüllü olarak da icra edebileceği ifade edilmiştir.⁶³³ Benzer bir tanıma Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde yer verilmekle beraber anılan Yönetmelikte ayrıca 4 tane koruyucu aile modeli tanımlanmıştır.⁶³⁴ Bu hükümler uyarınca kurulan koruyucu aile ilişkisi kapsamında, bakmakla yükümlü kılındıkları TCK md.103/1-a'da belirtilen çocuklara karşı rızalarıyla bile olsa cinsel davranışlarda bulunanlar ile TCK md.103/1-b'de belirtilen çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranışlarda bulunanlara, bu nitelikli hal tatbik edilecektir.⁶³⁵ Ancak, bakmakla yükümlü kılındıkları TCK md.103/1-b'de belirtilen çocuklarla rızaları dâhilinde cinsel ilişkide bulunan kişilere ise TCK md.104/3'te yer alan nitelikli hal uygulanacaktır.

Sağlık hizmeti veren kişiler de bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Kanunda sağlık hizmeti veren kişilerin kimler olduğu hususunda bir açıklık bulmamaktadır. Ancak; özel hastaneler, devlet hastaneleri veya üniversite hastanelerinde, klinik, sağlık ocağı, muayenahanelerde çalışan kişilerle bunların herhangi birinde çalışmaksızın sağlık mensubu olan kişiler bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁶³⁶ Bu bakımdan; hekimler, hemşireler, ebeler, sağlık memurları, hasta bakıcıları sağlık hizmeti veren kişilere örnek olarak verilebilir.⁶³⁷ Sağlık hizmeti veren bu kişilerin, nitelikli halden dolayı sorumlu tutulabilmeleri için sağlık hizmeti verirken mağdur çocuğun kendisine duyduğu güveni kötüye kullanarak⁶³⁸ ve sağlık hizmetinin suçun işlenmesine sağladığı kolaylıktan faydalanarak⁶³⁹ cinsel istismar teşkil eden fiilleri gerçekleştirmiş olmaları gerekmektedir.⁶⁴⁰ Bu bakımdan Yargıtay da bir kararında, failin sağlık hizmeti verdiği hastaya refakat eden mağdura yönelik cinsel istismarda bulunduğu olayda, fail tarafından

TCK'nın 103/3-d. maddesinin uygulanması suretiyle fazla cezai tayini, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 06.02.2017, 2016/10994-2017/495, Aydın, s.197).

⁶³² Tezcan/Erdem/Önok, s.560; “Sanığın mağdureye yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği tarihlerde mağdurenin okuldan mezun olması nedeniyle mağdure ile sanık arasındaki eğitici-öğretici ilişkisinin sonlandığını gözetilmeksizin, hakkında beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan kurulan hükümde 5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 13.02.2017, 2016/12061-2017/618, Aydın, s.197).

⁶³³ Gündüz, s.78.

⁶³⁴ Aydın, s.54-55.

⁶³⁵ Gündüz, s.78.

⁶³⁶ Memiş Kartal, s.193.

⁶³⁷ Tuğrul, s.282, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.336; Artuç, s.652.

⁶³⁸ Tuğrul, s.282; Artuç, s.652.

⁶³⁹ Aydın, s.55; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.336.

⁶⁴⁰ “Atatürk Üniversitesi Psikiyatri Kliniği'nde hasta bakıcı olarak çalışan sanığın aynı klinikte yatan akıl hastası mağdure üzerindeki hüküm ve nüfuzundan faydalanarak ırzına geçmiş...olmasına göre hakkında TCK.nun 417'nci maddesinin uygulanmaması (yerinde değildir)” (Yargıtay 5. CD., 28.12.1983, 4701/453, Baytemir, s.468, dn:347).

mağdura karşı bir sağlık hizmeti verilmesi söz konusu olmadığından bu nitelikli halin uygulanamayacağına hükmetmiştir.⁶⁴¹

Koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerin çocuğa yönelik gerçekleştirdikleri cinsel istismar fiilleri de bu nitelikli hal kapsamında cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. 6545 sayılı Kanundan önceki düzenlemede, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler nitelikli hal kapsamında 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle bakım yükümlülüğü bulunan kişiler de fıkra kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kişilerin çocuk üzerindeki koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden doğabileceği gibi örf, adet, akrabalık⁶⁴², komşuluk ya da kişisel ilişkiden de kaynaklanabilmektedir.⁶⁴³ Bu bakımdan örneğin; çocuğun hastane, kreş, kamp, okul servisi gibi yerlerde bulunduğu⁶⁴⁴ veya geçici bir süreliğine bir komşuya, tanıdığı veya akraba yanına bırakıldığı durumlarda⁶⁴⁵ çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar fiilleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁶⁴⁶

Doktrinde, mağdur çocuğun annesi veya babasının resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşadığı kişinin, çocuk üzerinde koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğünün olup olmadığı ve dolayısıyla bu kişilerin mağdura yönelik gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerine bu nitelikli halin tatbik edilip edilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlar, bu hususa ilişkin kanuni bir düzenlemenin mevcut olmadığını bu nedenle failin hukuken yükümlü olmadığı bir hususta yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle cezasında artırım yapılmasının kıyas yasağına ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir.⁶⁴⁷ Karşı görüştekiler ise burada sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün meydana geldiğini zira kişilerin aynı evde yaşamakla birlikte birbirlerine karşı belirli taahhütler altına gireceğini belirtmiştir. Ancak, hakim tarafından her somut olayda, birlikte yaşayan kişilerin aralarındaki ilişki dikkate alınarak koruma, bakım veya gözetim

⁶⁴¹ Yargıtay 14. CD., 2012/15459-2014/9529, Nişancı, s.240.

⁶⁴² “Sanık ve mağdurun amca çocukları olduğunu gösterir kayıtlar getirtilip, suçu amcasının oğluna karşı işlediğinin anlaşılması halinde de koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu nazara alınarak tayin olunan cezaya 765 sayılı Yasanın 417 ve 5237 sayılı TCK’nın 103/3 maddelerinin tatbik edilmesi ve buna göre lehe yasanın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.” (Yargıtay 5. CD., 12.07.2010, 2006/12143-2010/6142, Aydın, s.58, dn:104).

⁶⁴³ Bayraktar ve diğerleri, s.526; Tezcan/Erdem/Önok, s.461; Gültaş, Veysel/Gündüz, Remzi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2008, s.59.

⁶⁴⁴ “Okul servis şoförü olan sanığın eylemini üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan mağdureye karşı gerçekleştirmesi nedeniyle hakkında TCK’nın 103/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 18.05.2017, 2014/7851-2017/2719, Aydın, s.197).

⁶⁴⁵ Yargıtay verdiği bir kararda, akrabalık ilişkisi sebebiyle mağdurun evine girip çıkan failin, sırf akrabalık bağı nedeniyle mağdur üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu söylenemeyeceğini belirtmiştir: “Mağdure ve müştekilerin anlatımına, savunmaya ve dosya kapsamına göre eşinin kardeşinin torunları olan mağdurelerin evlerine gelip gittiği ve bu durumun yarattığı kolaylıktan yararlanarak eylemlerini gerçekleştirdiği sabit ise de; anılan akrabalık ilişkisinin sanığa koruma ve gözetim yükümlülüğü getirmediği, baba ve analarının duruşmadaki anlatımları ile müşteki F.A.’nın 23.08.2004 tarihli kolluk beyanına nazaran parka götürülmelerine izin verme yada başka biçimde mağdurelerin sanığın korumasına bırakılmadığının anlaşılması karşısında, geçici ya da sürekli olarak koruma ve gözetim görevi verildiğini gösteren kuşku uzak yeterli kanıtın bulunmadığı gözetilmeden cezasının 765 sayılı TCK.nun 417 ve 5237 sayılı TCK.nun 103/3. maddesiyle artırılması,” (Yargıtay 5. CD., 26.11.2007, 2007/8772-2007/9294, Tuğrul, s.285).

⁶⁴⁶ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.157; Baytemir, s.469; Artuç, s.652.

⁶⁴⁷ Aydın, s.57.

yükümlülüğünün mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.⁶⁴⁸ Yargıtay da verdiği kararlarda, aralarında resmi evlilik ilişkisi olmaksızın beraber yaşayan kişilerin birbirlerinin çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğunu bu nedenle de faile verilecek cezanın bu nitelikli halden dolayı artırılacağına hükmetmiştir.⁶⁴⁹

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

Cinsel istismar suçunun, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleştirilmesi, bir diğer cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Anılan düzenlemedeki kamu görevinin kötüye kullanılması durumu, 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle fıkra kapsamına dâhil edilmiştir. Bu hüküm açısından failin kamu görevlisi olması ya da mağdur ile aralarında bir iş ilişkisinin bulunması gerekmele birlikte suçun, bu görev veya ilişkinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi aranmaktadır.⁶⁵⁰ Burada ifade edilen nüfuzun kötüye kullanılması, bir kişinin diğeri karşısındaki hukuki olarak üstün konumunu kötüye kullanması olarak ifade edilmektedir.

Kamu görevlisi, TCK md.6'da; *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* olarak tanımlanmaktadır. Anılan nitelikli hal bakımından, failin kamu görevlisi olmasının zorunlu olması suçu, gerçek olmayan (görünüşte) özgü suç haline getirmektedir.⁶⁵¹ Ancak, burada fail ve mağdur arasında kamu görevinden kaynaklanan bir ilişkinin bulunması yeterli görülmemekte ayrıca bu ilişki nedeniyle failin, mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek bir güce sahip olması ve bu gücün sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi gerekmektedir.⁶⁵² Ancak, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması bakımından astlık-üstlük ilişkisinin bulunması gerekmemekte kamu görevinin sağladığı otoriteden yararlanılarak suçun işlenmiş olması yeterli görülmektedir.⁶⁵³ Burada, failin nüfuzunu bilerek ve isteyerek kötüye kullanmış olması diğeri bir deyişle failin kastının, nüfuzu kötüye kullanma iradesini içermesi gerekmektedir.⁶⁵⁴ Örneğin; bir öğretmenin öğrencisine, polisin şüpheliye, infaz koruma memurunun tutuklu veya hükümlüye, komutanın astına yönelik gerçekleştirdiği cinsel

⁶⁴⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.339.

⁶⁴⁹ *"Dosya kapsamı ve delillere nazaran sanığın eylemini; aynı evde gayri resmi birlikte yaşadığı müşteki Nurcan'ın kızı olan bu itibarla koruma ve gözetimi yükümlülüğü bulunan mağdureye karşı cebir ve tehdit ile gerçekleştirdiği gözetilip tayin olunan cezanın 103/3 ve 103/4 maddeler ile arttırılmaması,"* (Yargıtay 5. CD., 28.09.2009, 2009/7792-2009/10477, Yokuş Sevrük, Özel Hükümler, s.157, dn:160).

⁶⁵⁰ Tuğrul, s.83.

⁶⁵¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.199.

⁶⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s.461; Bayraktar ve diğerleri, s.528; *"Hastanede kayıt görevlisi olarak çalışan sanığın, olay günü muayene olmaya gelen mağdure üzerinde kamu görevinden kaynaklanan nüfuzunun bulunmaması nedeniyle hakkında TCK'nın 102/3-b ve 53/5. maddelerinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,"* (Yargıtay 14. CD., 05.12.2016, 2016/4792-2016/8238, Aydın, s.196).

⁶⁵³ Tuğrul, s.83-84.

⁶⁵⁴ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.199.

istismar eylemleri, nüfuzun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleştirilmişse bu nitelikli hal kapsamına değerlendirilecektir.⁶⁵⁵

Hükümde öngörülen diğer artırım sebebi ise suçun, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halidir. Buradaki hizmet ilişkisi kanundan, sözleşmeden ya da örf ve adetten kaynaklanabilmektedir.⁶⁵⁶ Bu ilişkinin, süreli veya süresiz yahut bir kurum bünyesinde veya kurum dışı olmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁵⁷ Burada önem taşıyan husus, fail ve mağdur arasındaki hizmet ilişkisinden doğan bir bağımlılığın mevcut olması ve failin, bu durumun sağladığı kolaylıktan faydalanarak suçu işlemesidir.⁶⁵⁸ Bu bakımdan, patronun çalışanlarına, ev sahibinin hizmetçiye, üstün asta yönelik gerçekleştirdiği eylemler bu kapsamda değerlendirilmekle birlikte⁶⁵⁹ aynı işyerinde çalışan eşit konumdaki kimseler ile birbirleri üzerinde herhangi bir tasarruf ve otoritesi olmayanlar açısından bu ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır.⁶⁶⁰ Ancak, bu artırım nedeninin uygulanabilmesi için hizmet ilişkisinin suçun işlendiği sırada mevcut olması gereklidir. Zira hizmet ilişkisinin bir süre devam etmesi akabinde mağdurun işyerinden ayrılması ve aradan belli bir sürenin geçmiş olması durumunda, hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir nüfuzun varlığından bahsedilemeyecektir.⁶⁶¹ Bununla birlikte, failin mağdur üzerinde nüfuzu olmakla beraber cinsel istismar suçunun gerçekleştirilmesinde bu nüfuzun kötüye kullanılması söz konusu değilse yine bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁶⁶²

⁶⁵⁵ Tuğrul, s.84.

⁶⁵⁶ Memiş Kartal, s.195; Bayraktar ve diğerleri, s.528.

⁶⁵⁷ Bayraktar ve diğerleri, s.528; Baytemir, s.474.

⁶⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.325; “*Kanunda düzenlenen hizmet ilişkisinden kastedilenin failin yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdure üzerindeki işe alma, işten çıkarma ve ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz olmanın vermiş olduğu söz geçirebilmeden kaynaklanan nüfuzunun bulunması gerektiği, somut olayda ise mağdure ve ailesinin gerçekleştirdiği tırmanış sırasında sanığın yük hayvanı ile mağdureyi taşıdığı anlaşıldığından mağdure ile arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığı gözetilmeden TCK’nun 103/3. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini, Kanuna aykırıdır.*” (Yargıtay 14. CD., 25.11.2013, 2011/22762-2013/12120, Aydın, s.208).

⁶⁵⁹ “*İş yerinde temizlik işlerinde yardımcı olması için babası tarafından kendisine teslim edilen mağdur üzerinde, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiren sanık hakkında TCK’nun 103/3. maddesinin uygulanmaması kanuna aykırıdır.*” (Yargıtay 5. CD., 29.03.2010, 2009/13328-2010/2515, Aydın, s.211).

⁶⁶⁰ Malkoç, s.66; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.203; Yargıtay bir kararında; “*Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun söz konusu olamayacağı*” gerekçesiyle artırım maddesinin uygulanmayacağını ifade etmiştir. (Yargıtay 5. CD., 15.09.2008, 2008/8023-2008/7751, Tuğrul, s.84).

⁶⁶¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.204; “*Sanığın dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından tebliğnamede bu hususta bozma işleyen düşünceye iştirak edilmemiştir.*” (Yargıtay 5. CD., 20.09.2007, 2007/7481-2007/6548, Tuğrul, s.283, dn:421).

⁶⁶² Artuç, s.652.

G. Cinsel İstismarın Birinci Fıkranın (a) Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir veya Tehdit ya da (b) Bendindeki Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Suçun, TCK md. 103/1-a'da yer alan çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi durumu nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁶⁶³ Anılan hükümle, cebir ve tehdit suçları cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı nedeni yapılarak birleşik bir suç oluşturulmuştur.⁶⁶⁴ Bununla birlikte, TCK md.103/1-b'de yer alan çocuklar bakımından cebir ve tehdit, suçun unsuru olduğundan bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmemektedir.⁶⁶⁵ Başka bir deyişle, bu yaş grubundaki çocuklara yönelik cebir veya tehditle gerçekleştirilen cinsel istismar fiillerine anılan nitelikli hal kapsamında artırım yapılmayacaktır.⁶⁶⁶

TCK md. 103/1-a'da yer alan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar fiilleri bakımından başvurulacak cebrin, en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gereklidir.⁶⁶⁷ Cebirin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine yol açması durumunda ise TCK md. 103/5 uyarınca fail, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılacaktır.⁶⁶⁸ Cebir, doğrudan mağdur üzerinde icra edilmeli ve failin cebre mağdurun direncini kırmak maksadıyla başvurmuş olması gerekmektedir.⁶⁶⁹ Tehdidin ise mağdur çocuğun iradesini etkileyecek nitelikte olması gerekmekte olup bu husus, somut olay bazında değerlendirilmelidir.⁶⁷⁰ Cebir veya tehdidin üçüncü bir kişiye karşı icra edildiği durumlarda ise bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁶⁷¹ Ancak, üçüncü kişiye yönelik gerçekleştirilen tehdidin veya cebirin

⁶⁶³ “Sanıklar Gökhan Ç., İbrahim S. ve Halil C. ’nin mağdurenin karşı koymasına rağmen; kafasını bastırıp, ağzını kapatarak cebir kullanmak suretiyle suçu işlediklerinin tanık beyanı ve sanıkların tevilli ikrarı ile anlaşıldığı halde 103/4. maddenin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yargıtay 5. CD., 15.10.2008, 2008/7017-2008/8401, Tuğrul, s.292-293, dn: 447); “Mağdurenin 6.5.2004 tarihli celsede: “ırzıma geçeceğimi söyledim kabul etmedim birkaç kez ben kendisini üzerime geldiği için itekledim ancak sanık karşı koymama rağmen benim zorla ırzıma geçip kızlığını bozdu hatta ben bağırırken ev sahibi Bayram kapının zilini çaldı” şeklindeki beyanı esas alınıp ilk hüküm tesis edilmesi karşısında iki ayağı felç olması nedeniyle tekerlekli sandalye ile hareket edebilen mağdureye yönelik bu şekilde gerçekleştirilen sandalye ile hareket edebilen mağdureye yönelik bu şekilde gerçekleştirilen ırza geçme eyleminde 5237 sayılı yasanın 103/4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek ölçüde cebir kullanıldığı anlaşıldığından tebliğnamedeki yeterli deliller ortaya konmadan 103/4. maddenin uygulanmış olmasını yasaya aykırı bulan düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 5. CD., 21.11.2006, 2006/11064-9345, Tuğrul, s.293-294, dn: 448).

⁶⁶⁴ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, US-A Yayınılık, Ankara 2017, s.167.

⁶⁶⁵ “...Onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar suçu bakımından “cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden” suçun unsurudur. Ayrıca bu nedenden dolayı artırım yapılamaz.” (Yargıtay 5. CD., 30.01.2007, 2007/181-2007/417, Bayraktar ve diğerleri, s.530, dn: 106).

⁶⁶⁶ Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.36; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.363.

⁶⁶⁷ Gültaş/Gündüz, s.59; Meran, s.359.

⁶⁶⁸ Artuç, s.655; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.364.

⁶⁶⁹ Gültaş/Gündüz, s.60; Parlar/Banko, s.107.

⁶⁷⁰ “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık....mağdurun olaydan sonra Cumhuriyet Savcılığında alınan samimi beyanlarında sanığın kendisini kucaklayarak zorla olay yerine götürdükten sonra hakkımda 103/4. maddesinin uygulanmaması...” (Yargıtay 5. CD., 21.01.2010, 2009/12605-2010/243, Memiş Kartal, s.200).

⁶⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.462; Parlar/Banko’ya göre; mağdurla üçüncü kişi arasında akrabalık ya da yakınlık ilişkisi mevcutsa bu kişiye karşı yapılan tehdit de nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir. (Parlar/Banko, s.108).

mağdura karşı bir tehdide dönüştüğü durumlarda bu nitelikli hal uygulanacaktır.⁶⁷² Cinsel istismar suçunun işlenmesinden sonra mağdura uygulanan cebir veya tehdit ise bağımsız bir suç teşkil edecektir.⁶⁷³

TCK md. 103/4'teki hükmün uygulanması bakımından suçun sadece cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılacaktır. Bu bakımdan, eylemin hile⁶⁷⁴ veya mağdurun iradesini etkileyen başka bir nedene dayalı olarak (alkol, ilaç veya uyuşturucu madde etkisi altında, uyku halinde vs.) gerçekleştirildiği durumlarda, bu fıkra hükmünün uygulanması mümkün değildir. Kanaatimizce, bu husus önemli bir eksiklik olup TCK md.103/1-b'deki hükümde olduğu gibi cebir ve tehdit dışında hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin de bu hüküm kapsamına dâhil edilmesi gereklidir. Zira, TCK md.103/1-a'da belirtilen çocukların yalnızca cebir veya tehditle değil örneğin; hile ile kandırılarak veya ilaçla uyutularak kolayca istismara uğratılmaları da mümkündür. Bu nedenle, bu çocuklara karşı cebir ve tehditle gerçekleştirilen istismar fiilleri açısından sağlanan korumanın, hile ile diğer nedenler bakımından da sağlanması yerinde bir düzenleme olacaktır.

Hükümde, suçun TCK m.103/1-b'deki çocuklara karşı ise silahla işlenmesi durumu, nitelikli hal kapsamına alınmıştır. Bu düzenleme, 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle madde kapsamına dâhil edilmiştir. Cinsel istismarın, bu grup çocuklara karşı gerçekleştirilmesinde kullanılacak cebir veya tehdit, suçun unsuru niteliğindedir. Dolayısıyla bu grup çocuklar bakımından cebir ve tehditle gerçekleştirilen fiiller bakımından nitelikli hal söz konusu değildir. Ancak Kanun, bu çocuklara karşı gerçekleştirilen fiillerde silah kullanılmasının korkutucu bir etki yaparak suçun işlenmesini kolaylaştıracağı düşüncesiyle bu hususu nitelikli hal olarak öngörmüştür. Burada silah, suçun cebir veya tehdit unsurunu gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olabilir. Silah deyiminden, ne anlaşılması gerektiği TCK m.6/1-f'de açıklanmıştır.⁶⁷⁵ Öğretide bazı yazarlar, maddede suçun silahla işlenmesi arandığından silahın, suç işlemek amacıyla ve suçun işlenmesi sırasında kullanılması gerektiğini⁶⁷⁶, bazı yazarlar ise suçun silah kullanarak işlenmiş sayılması için silahın bilfiil kullanılmasına gerek olmadığını, silahın mağdur üzerinde korkutucu etki yaparak onun direncini kırmasının ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasının yeterli olacağını ifade etmektedir.⁶⁷⁷ Bu bakımdan örneğin; silahın mağdura teşhir edilmesi, nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.⁶⁷⁸ Benzer şekilde, gerçek tabancaya çok benzeyen kuru sıkı veya oyuncak tabancanın da

⁶⁷² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.340-341.

⁶⁷³ Memiş Kartal, s.199.

⁶⁷⁴ “Sanığın cebir ve tehdit kullanmaksızın, para vererek hileyle maktûlü تنها bir yere götürüp cinsel istismarda bulunduğu anlaşılması karşısında uygulama yeri olmayan 5237 sayılı TCK’nın 103/4. maddesi ile cezasından artırım yapılarak fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 1. CD., 03.10.2007, 2006/4176-2007/7115, Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.159, dn: 167).

⁶⁷⁵ TCK m.6/1-f: “Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.”

⁶⁷⁶ Baytemir, s.293.

⁶⁷⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.388; Bayraktar ve diğerleri, s.531.

⁶⁷⁸ Tuğrul, s.89.

mağdurun mukavemetini kırarak şekilde teşhir edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmalıdır. Silahın vasıta olarak suçun işlenmesi sırasında kullanılması gerekmekte olup suçun tamamlanmasından sonra silah kullanılması durumunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁶⁷⁹

VI. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

TCK'nın ilk halinde; suç sonucunda mağdurun, beden veya ruh sağlığının bozulması (TCK md.103/6) ile bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (TCK md.103/7) durumları suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri olarak öngörülmüştü. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 103/6'da yer alan düzenleme madde metninden çıkarılmıştır. Söz konusu Kanunun tasarısı metninin gerekçesinde, bu hükmün şüpheli, sanık veya hükümlüler lehine sonuç doğurmasının engellenmesi amacıyla kanundan çıkarıldığı belirtilmiştir.⁶⁸⁰

A. Suçun Sonucunda Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce TCK md. 103/6'da suç sonucunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması durumu suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmişti. Bu dönemde bazı yazarlar, hükmün uygulanması için mağdurun ruh veya beden sağlığında ağır, kalıcı, geri dönülmez bozulmaların meydana gelmesini aramaktayken⁶⁸¹ bazıları ise kalıcı veya tedavi gerektiren nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın kişinin bedensel veya ruhsal sağlığında meydana gelen tüm olumsuz değişikliklerin bu fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmekteydi.⁶⁸² Bu dönemde mağdura, suç sonucunda zührevi hastalıkların veya başka bir hastalığın bulaştırılması, mağdurun vajinasında, rahminde veya anüsünde geçici veya sürekli bozulmalar meydana gelmesi, hamile olan mağdurun çocuğunu düşürmesi, mağdurun suç nedeniyle yatalak hasta haline gelmesi durumları beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilmekteydi.⁶⁸³ Bununla birlikte, suç sonucunda mağdurun “kızlığının bozulması” beden sağlığının bozulması olarak görülmemekteydi.⁶⁸⁴ Ancak, somut olayda kızlığının bozulması nedeniyle mağdurun, ruh sağlığının bozulup bozulmadığının Adli Tıp Kurumunca tespit edilmesi yoluna gidilmekteydi.⁶⁸⁵ Zira, toplumun kızığa önem vermesi ve mağdurun da bu anlayışla yetiştirilmesi ile mağdurun toplum tarafından hoş karşılanmayan bir duruma düşmüş olması ruh sağlığını bozabilecek etkenler olarak değerlendirilebilecektir.⁶⁸⁶

Hükmün yürürlükte olduğu dönemde, ruh sağlığının bozulması nedeniyle artırımın yapılabilmesi için mağdurda kalıcı bir hasarın varlığını aranmaktaydı.⁶⁸⁷ Bu bakımdan,

⁶⁷⁹ Artuç, s.585.

⁶⁸⁰ Yokuş Sevik, 6545 Sayılı Kanun..., s.134.

⁶⁸¹ Aydın, s.66; Üzülmöz, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.40.

⁶⁸² Centel, s.281.

⁶⁸³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.218.

⁶⁸⁴ Centel, s.281; Artuç, s.588; Tezcan/Erdem/Önok, s.429.

⁶⁸⁵ Tezcan /Erdem/Önok, s.429-430; Centel, s.281; “5237 Sayılı Yasanın 102/5. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yargıtay 5. CD., 06.04.2006, 2706/3034, Tezcan/Erdem/Önok, s.430, dn:241).

⁶⁸⁶ Artuç, s.588.

⁶⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.431; Üzülmöz, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.40.

örneğin mağdurun toplum içine çıkmaktan korkması, evlilikten veya karşı cinsten biriyle bir arada olmaktan soğuması⁶⁸⁸, posttravmatik stres ve sekonder anksiyete bozuklukları, majör depresyon gibi⁶⁸⁹ haller bu kapsamda değerlendirilmekteydi. Yargıtay uygulamalarında, bu hususun tespiti açısından usulüne uygun teşekkül etmiş ihtisas kurullarından ya da yükseköğretim kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınmaktaydı.⁶⁹⁰ Adli Tıp Kurumunca, mağdurda kalıcı bir ruhsal bozukluk bulunup bulunmadığı hususunun tespiti için olaydan itibaren en az altı ay geçmiş olması aranmakta⁶⁹¹ ve bu husus, alanında uzman hekimlerden oluşan heyet tarafından tespit edilmekteydi.⁶⁹² Alınan raporlar arasında çelişkilerin olduğu durumlarda ise Adli Tıp Kurumu Kanunu md.15 uyarınca bu hususta Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan görüş alınmaktaydı.⁶⁹³ Mağdur hakkında alınan raporlarda çelişkilerin bulunması durumunda kesin tespitin yapılabilmesi için mağdur, tekrar tekrar uzmanlar tarafından dinlenilmekte dolayısıyla mağdurun yaşadığı travmanın sürekli hatırlatılarak psikolojik bakımdan daha da yıpratılması sonucu doğmaktaydı. Öğretide bazı yazarlara göre, bu hükmün kaldırılmasıyla yaşanan bu ikincil mağduriyetlerin önüne geçilmiş ve mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulmasının cinsel istismarın doğal bir sonucu olduğu kabul edilmiştir.⁶⁹⁴

B. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Cinsel istismar sonucunda, mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumu, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış şekli olarak öngörülmüştür. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç

⁶⁸⁸ Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.40.

⁶⁸⁹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.219.

⁶⁹⁰ Tuğrul, s.298.

⁶⁹¹ "Adli Tıp Kurumu'nun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre, mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespitin suç tarihinden itibaren en az 6 ay geçtikten sonra yapılması yerine, suç tarihinden 2 ay sonra Samsun On Dokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi'nden alınan 24.04.2012 tarihli rapora dayanılarak verilen cezanın TCK'nın 103/6. maddesiyle artırımı tabi tutulması, Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 21.11.2013, 2013/7933-2013/11983, Aydın, s.72, dn:121).

⁶⁹² "Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre de, eylem sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespitin, suç tarihinden itibaren en az 6 ay geçtikten sonra yapılması gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 05.04.2011 gün ve 2011/56 Esas, 2011/76 Karar sayılı ilamında açıklandığı üzere; Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan veya Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7, 23/b ve 31. maddeleri gereğince Yükseköğretim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden, konunun uzmanı bir çocuk psikiyatrisinin katılımı ile Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulunun teşekkülüne göre oluşturulmuş en az 5 kişilik bir heyetten, suçun sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor alınarak, olay neticesi mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu anlaşılar ise sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanunun 103/1(a)-6. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti ile bu husustaki delilleri tayin ve takdirinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olacağı ve görevsizlik kararı verilmesi gerekeceği gözetilmeden, suç tarihinden itibaren 6 ay geçmeden ve içinde çocuk psikiyatrisi de bulunmayan Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 31.10.2008 tarihli raporu esas alınarak, mağdurenin olay nedeni ile ruh sağlığının bozulmadığı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 23.05.2013, 2011/11062-2013/643, Aydın, s.72, dn:122).

⁶⁹³ "Dokuz Eylül Üniversitesi Çocuk Psikiyatrisi Anabilim Dalı Başkanlığınca düzenlenen 01.10.2007 günlü raporda olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulduğu belirtilmesine rağmen, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca 28.05.2008 tarihinde ruh sağlığının bozulmadığı yönünde tespitte bulunulduğu ve raporlar arasında çelişki olduğu nazara alınarak Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15/f maddesi uyarınca bu konuda Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan görüş sorulup sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi," (Yargıtay 5. CD., 27.04.2009, 2009/2416-2009/4878, Tuğrul, s.299, dn:458).

⁶⁹⁴ Yokuş Sevik, 6545 Sayılı Kanun..., s.136.

kavramı, TCK md.23'te açıklanmıştır. Buna göre, netice sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için netice ile hareket arasında illiyet bağının olması ve failin ağır netice açısından en az taksir düzeyinde kusurunun olması gereklidir.⁶⁹⁵ Zira failin, kastettiği neticeden daha ağır neticelerin meydana gelebileceğini öngöremediği veya öngörmesinin mümkün olmadığı durumlarda, ağır neticeden dolayı sorumluluğu doğmayacaktır.⁶⁹⁶ Bununla birlikte, failin ölüm neticesi bakımından kasten hareket etmesi durumunda fail, ayrıca kasten adam öldürme suçundan cezalandırılacaktır.⁶⁹⁷ Bu bakımdan özellikle failin, suçun açığa çıkmasını önlemek amacıyla mağduru öldürdüğü durumlarda cinsel istismar suçunun yanında kasten adam öldürme suçundan da sorumluluğu doğacaktır.⁶⁹⁸ Bu durumlarda, TCK md. 103/6'daki hüküm uygulanmayacaktır.

Madde metninde ifade edilen bitkisel hayat kavramı; *“beyin korteksinin, yani beynin bilinçten sorumlu kısmı olan dış kabuğunun işlevini yitirmesi ve vücudun alt merkezler tarafından yönetilmesi”* olarak ifade edilmektedir.⁶⁹⁹ Bitkisel hayatta, kişinin solunumu devam etmekte ve hastanın hayata dönüş ihtimali bulunmaktadır.⁷⁰⁰ Bu bakımdan bitkisel hayat, beyin fonksiyonlarının geri dönülmez şekilde yitilmesiyle meydana gelen ve vücut ölümüyle sonlanan beyin ölümünden farklıdır.⁷⁰¹

Failin, maddede yer alan cinsel istismarın netice sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulabilmesi için failin fiiliyle mağdurun bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi neticesi arasında illiyet bağının olması gereklidir.⁷⁰² Nedensellik bağının kabulü için mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesinin mutlaka cinsel davranış sonucu meydana gelmiş olması zorunlu değildir, failin suçun işlenmesinde kullandığı araçlar da ağır neticeye yol açabilecektir.⁷⁰³ Bu nedenle, failin fiili gerçekleştirmek için mağdura uyguladığı cebir nedeniyle mağdurun, bitkisel hayata girmesi veya ölmesi neticelerinin meydana geldiği durumlarda bu hüküm uygulanacaktır.⁷⁰⁴ Burada önemli olan, ağır netice ile cinsel davranış veya cebir arasında uygun illiyet bağının bulunması ve neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesidir. Bu bağlamda örneğin, mağdurun cinsel istismar sonrasında intihar etmesi durumunda ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilemeyeceğinden fail, ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır.⁷⁰⁵ Aksi görüş ise bu hükmün, yalnızca cinsel istismar nedeniyle ağır neticenin meydana geldiği durumlarda uygulanabileceğini bu bakımdan cinsel istismarı gerçekleştirmek amacıyla başvuru alan cebir sonucunda ağır neticenin meydana geldiği hallerde bu hükmün uygulanamayacağını ileri sürmüştür.⁷⁰⁶ Kanaatimizce de cinsel istismarı gerçekleştirmek amacıyla mağdura uygulanan cebir sonucunda ağır neticelerin (mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi) meydana

⁶⁹⁵ Memiş Kartal, s.201; Parlar/Banko, s.13.

⁶⁹⁶ Parlar/Banko, s.14.

⁶⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.363.

⁶⁹⁸ Bayraktar ve diğerleri, s.532; Artuç, s.593.

⁶⁹⁹ Aydın, s.75.

⁷⁰⁰ Aydın, s.76.

⁷⁰¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.215.

⁷⁰² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.215; Parlar/Banko, s.14; Gültaş/Gündüz, s.61.

⁷⁰³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.215.

⁷⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.432; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.394.

⁷⁰⁵ Nişancı, s.246; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.217.

⁷⁰⁶ Meran, s.360.

geldiği durumlarda, TCK md.103/6'daki hüküm uygulanmayacaktır. Zira, TCK md.103/5'deki hükmünde, cinsel istismar için mağdura tatbik edilen cebrin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebebiyet vermesi halinde fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. TCK md.87'deki düzenleme dikkate alındığında da kasten yaralama sonucunda, mağdurun bitkisel hayata girmesi (TCK md.87/2-a) ile ölmesi (TCK md.87/4) durumlarının, kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri arasında sayıldığı görülmektedir. Bu nedenle, cinsel istismarı gerçekleştirmek amacıyla mağdura uygulanan cebir sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda TCK md.103/5'deki hüküm uyarınca fail, cinsel istismar suçunun yanında ayrıca anılan hükümlere göre cezalandırılacaktır. Bu durumda, aynı zamanda fail hakkında TCK md.103/6'daki hükmün de işletilmesi, failin tek bir fiilinden iki kere cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, burada failin fiilinin, iki farklı hukuk normunu ihlal ettiği gerekçesiyle fikri içtima kurallarının uygulanması da mümkün olmayacaktır. Zira, TCK md.103/5'teki hükmünde kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin meydana geldiği durumlarda gerçek içtima kurallarının uygulanacağı açıkça ifade edilmektedir. Bu nedenle, TCK md.103/6'daki hüküm, sadece cinsel istismar nedeniyle ağır neticelerin meydana geldiği durumlarda uygulanacaktır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış halin, nitelikli cinsel istismar sonucu ortaya çıkma olasılığı daha yüksek olmakla beraber basit cinsel istismar fiilleri nedeniyle ortaya çıkması da mümkündür. Nitekim Yargıtay, yoğun bakım ünitesinde yatan mağdureye yönelik gerçekleştirilen basit cinsel saldırı eyleminden sonra mağdurenin hayatını kaybettiği olayda, basit cinsel saldırı eylemiyle ölüm neticesi arasında neden sonuç ilişkisinin olup olmadığının yerel mahkemece araştırılarak karar verilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır.⁷⁰⁷

Failin, mağdurun cesedine yönelik cinsel davranışta bulunması halinde ise bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, ölünün hatırasına hakaret suçu gündeme gelecektir. Suçun icrasında birden fazla failin bulunması durumunda, ağır netice açısından taksir düzeyinde kusuru bulunan bütün suç ortakları bu neticeden sorumlu olacaktır.⁷⁰⁸ Bu hükmün uygulanması bakımından suçun tamamlanmış olması gerekmemektedir. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda da hüküm tatbik edilecektir.⁷⁰⁹ Bu bakımdan örneğin; mağdurun, cinsel saldırının meydana getirdiği korku sebebiyle ya da cinsel saldırı neticesinde organlarında meydana gelen tahribat nedeniyle ölmesi durumlarında da bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.⁷¹⁰

VII. Suçun Manevi Unsuru

Cinsel istismar suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Kast, failin suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu açıdan kast, somut olay çerçevesinde failin suçun unsurlarının gerçekleşmesi yönündeki

⁷⁰⁷ Yargıtay 14. CD., 06.03.2012, 2011/6654-2012/2642, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.216.

⁷⁰⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.432.

⁷⁰⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.432.

⁷¹⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.216.

iradesini gerektirmektedir.⁷¹¹ Bu nedenle, kastın varlığı için failin suçun yasal tanımındaki hareket, konu, netice, nedensellik bağlantısı, mağdura ilişkin tanımda vurgulanmış özellikler gibi tüm maddi unsurlarını ve eğer failin fiili suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerinden birine dâhil oluyorsa söz konusu bu nitelikli halin varlığını bilmesi gerekmektedir.

Cinsel istismar suçu açısından failin kastının davranışın cinselliğine, mağdurun yaşına, algılama yeteneğinin gelişmediğine veya iradeyi etkileyen bir nedenin etkisinde olduğuna yönelik olması gerekmektedir.⁷¹² Nitelikli cinsel istismar açısından ise kastın, aynı zamanda organ ya da cisim sokmaya yönelik olması da gereklidir.⁷¹³

Kanun, bazı suç tiplerinde suçun manevi unsurunun oluşabilmesi açısından genel kastı yeterli görmemekte failin suçu işlerken belli bir saikle hareket etmesini aramaktadır. Bu durum, “özel kast”ı ifade etmektedir. Bu bakımdan, eğer fail suçu kanunun belirlediği saikle işlemezse manevi unsur gerçekleşmediğinden suç da gerçekleşmemiş olacaktır. Bu kapsamda, cinsel istismar suçunun hem basit hem de nitelikli hali açısından failin ayrıca cinsel duygularını tatmin etme amacına yönelik özel bir kastla hareket etmesinin aranıp aranmayacağı husus doktrinde tartışılmıştır.

Basit cinsel istismar bakımından bazı yazarlara göre; genel kast yeterlidir, ayrıca cinsel duyguları tatmin etme amacıyla hareket edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.⁷¹⁴ Madde metninde yer alan “cinsel davranış” deyiminden “cinsel arzuları tatmin amacı” biçiminde özel kastın mevcut olduğu sonucuna ulaşılabileceği düşünülse de cinsel davranışın tipikliğin bir unsuru olması ve kastın da tipikliğin tüm unsurlarını kapsaması sebebiyle failin kastının gerçekleştirilen davranışın cinselliğine yönelik olması, suçun işlenmesinde özel kastın arandığı şeklinde yorumlanmamalıdır.⁷¹⁵ Burada, cinsel davranış kavramı, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasa da objektif olarak cinsellik ve cinsel arzuların dışı vurulması niteliğine haiz davranışları ifade etmektedir.⁷¹⁶ Bu bakımdan, gerçekleştirilen cinsel davranışların objektif olarak cinsel niteliğe haiz olması yeterli görüldüğünden mağduru küçük düşürmek⁷¹⁷, mağdurdan intikam almak veya kıskançlık⁷¹⁸ gibi saiklerle hareket edilmesi durumunda da cinsel istismar suçu oluşacaktır. Aksi görüşteki yazarlar ise burada özel kastın aranması gerektiğini ifade etmiştir.⁷¹⁹ Bu görüşe sahip olanlar, TCK md.102’nin gerekçesinde yer alan, suçun temel şeklinin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirilen davranışlarla işlenebileceği ifadesinin, özel kastı işaret ettiğini düşünmektedir. Bu bakımdan, eğer fail cinsel saikle hareket etmemişse failin kastına göre kasten yaralama (örneğin; failin acı vermek amacıyla mağdurun yanağını sıkması veya saçını çekmesi) veya hakaret (örneğin;

⁷¹¹ Özgenç, s.292.

⁷¹² Tezcan/Erdem/Önok, s.463; Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.38.

⁷¹³ Tezcan/Erdem/Önok, s.463.

⁷¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.463; Yokuş Sevil, Özel Hükümler, s.154; Parlar/Banko, s.8; Bayraktar ve diğerleri, s.518; Meran, s.349; Gündüz, s.38; Memiş Kartal, s.214.

⁷¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.434.

⁷¹⁶ Meran, s.349; Gündüz, s.38.

⁷¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.434-435.

⁷¹⁸ Parlar/Banko, s.8.

⁷¹⁹ Üzülmüş, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.38; Artuç, s.659; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.359; Tuğrul, s.306.

failin mağduru aşağılamak amacıyla mağdurun yüzüne hafifçe vurması) suçları oluşacaktır.⁷²⁰ Yargıtay ise ikinci görüşe paralel bir anlayışla, suçun temel şekli açısından failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmiş olmasını aramaktadır.⁷²¹ Cinsel arzuların tatmini amacıyla yapılmayan örneğin, yanlışlıkla otobüste failin cinsel organın mağdurun vücuduna sürtünmesi, bir arkadaşın dostça öpülmesi, asansörde yanlışlıkla failin kolunun mağdurun göğsüne dokunması gibi eylemler bu suçu oluşturmayacaktır.⁷²² Yargıtay, özellikle otobüslerde, durak yerlerinde ve kuyruklarda meydana gelen eylemlerde, hareketin bir defalık olarak yanlışlıkla mı yapıldığı yoksa fail tarafından bilerek mi gerçekleştirildiği hususunun tespiti bakımından eylemin birden fazla yapılmış olması durumunda fail tarafından cinsel amaçlarla yapıldığı sonucuna varılabileceğini ifade etmiştir. Başka bir deyişle, somut olayda failin mağdura birden çok kez bedensel temasta bulunması durumunda artık failin bu eylemleri kazaen gerçekleştirdiği söylenemeyecektir.⁷²³

Suçun nitelikli hali bakımından da benzer şekilde failin cinsel arzularının tatmini maksadıyla hareket etmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışılmıştır. Doktrindeki baskın görüşe göre, nitelikli cinsel istismar bakımından eylemin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmemektedir.⁷²⁴ Fail, vücuda organ veya cisim sokmak şeklinde gerçekleştirdiği fiilinde mağduru küçük düşürmek, korkutmak veya ondan öç almak vb. saiklerle hareket etmiş olsa bile cinsel istismar suçu gerçekleşmiş olacaktır, zira burada önemli olan husus fiilin cinsel bir içerik taşımasıdır.⁷²⁵ Bazı yazarlar, failin mağdura anal, vajinal veya oral yoldan organ sokması ile anal veya vajinal yoldan cisim sokması durumlarında, cinsel arzularını tatmin etme amacıyla hareket etmiş olmasının aranmayacağını ancak failin mağdura oral yoldan cisim sokması durumunda, eylemin cinsel amaçlı yapıp yapılmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁷²⁶ Cinsel istismarın, gerek basit gerekse nitelikli hali açısından özel kastın aranması gerektiğini savunan yazarlar ise 102. maddenin gerekçesinde, suçun nitelikli hali bakımından gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasının gerekmediğinin belirtilmesi karşısında, suçun basit hali bakımından aranan bütün unsurların suçun nitelikli hali bakımından da aranacağını, bu nedenle organ ya da cisim sokma eyleminin de cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilmesinin

⁷²⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.395.

⁷²¹ Gündüz, s.38.

⁷²² Tuğrul, s.275.

⁷²³ “Sanığın durakta bekleyen katılana çarptığı, bir müddet sonra tekrar gelerek katılana çarpıp, sürtündüğü şeklindeki oluş ve kabul karşısında, fiilin bedensel temas içermesi nedeniyle sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu ve öngörülen cezanın tür ve miktarı ile 5235 sayılı Yasanın 11. maddesi hükmüne nazaran yargılama görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesi’ne ait olduğu ve aynı Yasanın geçici 1. maddesi gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yar. 5. CD., 20.10.2008, 2008/10802-2008/8565, Tuğrul, s.276, dn:403).

⁷²⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.395; Artuç, s.659; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.359; Tuğrul, s.306; Özen, s.368.

⁷²⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.395.

⁷²⁶ Yokuş Sevük, Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Ceza Hukuku Reformu, Y:2, S:5, Nisan 2005, s.259.

gerektiğini ifade etmektedir.⁷²⁷ Yargıtay ise nitelikli cinsel istismar suçunun oluşması bakımından organ veya cisim sokulan vücut bölgesinin, cinsel nitelikte bir bölge olmasını yeterli görerek ayrıca failin cinsel arzularının tatminini sağlama amacıyla hareket etmiş olmasını aramamaktadır.⁷²⁸

Kanaatimizce, suçun gerek basit gerekse nitelikli hali bakımından genel kast yeterlidir, failin ayrıca cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmemektedir. Zira, burada suçun oluşumu bakımından önem arz eden husus, yapılan davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşımasıdır. Bu nedenle, failin mağdura karşı öç alma, kıskançlık, alay etme, aşağılama gibi amaçlarla hareket etmiş olması durumunda da yapılan eylem objektif olarak cinsel bir nitelik taşıdığı sürece cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu bakımdan örneğin; failin mağduru küçük düşürmek veya utandırmak maksadıyla mağdurun anüsüne cisim sokması veya göğüslerini sıkması durumlarında, yapılan eylem objektif olarak cinsel niteliğe haiz olduğundan, cinsel istismar suçunu meydana getirecektir.

Manevi unsura ilişkin doktrinde tartışma yaratan diğer bir husus da suçun, olası kastla işlenip işlenemeyeceğidir. Olası kastta, doğrudan kastta olduğu gibi fail tarafından suçun maddi unsurlarının gerçekleştirilebileceği öngörülmekte fakat olası kast durumunda, bu unsurların gerçekleşmesi doğrudan kastta olduğu gibi muhakkak değil muhtemel görülmektedir.⁷²⁹ Doktrindeki hâkim görüşe göre, cinsel istismar suçunun teorik olarak olası kastla da işlenmesi mümkündür.⁷³⁰ Bu duruma failin, mağdurun yaşının küçük olma olasılığını kabullenerek cinsel davranışı gerçekleştirmesi ya da failin, suçun ağırlaştırıcı nedenlerinin varlığına ilişkin şüphelerinin olmasına rağmen bu olasılığı kabullenerek suçu işlemesi örnek olarak verilmektedir.⁷³¹ Karşı görüş ise cinsel istismarın, sırf hareket suçu olması nedeniyle failin, cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelikteki cinsel davranışı gerçekleştirmesiyle suç tamamlanacağını dolayısıyla da failin, cinsel davranışı olası kast olarak değerlendirilen “olursa olsun” düşüncesiyle gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁷³² Ayrıca, olası kastın cinsel istismar suçu açısından kabul edilmesi halinde, suçun uygulama alanının kişilerin farkında olmadan gerçekleştirdiği eylemleri de kapsayacak şekilde genişleyeceği belirtilmektedir.⁷³³ Bu durum örneğin, otobüse elini kolunu sallayarak binen bir kişinin, yanlışlıkla bir çocuğun göğüsün çarpması, bir öğretmenin öğrencisinin başını okşayıp yanağını sıkması vb. eylemlerin cinsel istismar olarak değerlendirilebileceği gibi adalete uygun olmayan sonuçlara neden

⁷²⁷ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s.60-61.

⁷²⁸ “...sanık Emine’nin ayrıca mağdurenin vajinasına parmak sokması eyleminde cinsel saikin aranmaması sebebiyle TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun oluştuğunun anlaşılması karşısında, Emine yönünden bu suçtan bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 14. CD., 24.06.2014, 2014/4054-2014/8663, Gündüz, s.257).

⁷²⁹ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.171-172.

⁷³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.463; Artuç, s.658; Centel, s.277; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.364; Parlar/Banko, s.8; Nuhoglu, s.296; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.154; Tuğrul, s.305.

⁷³¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.188.

⁷³² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.187.

⁷³³ Memiş Kartal, s.216.

olabilecektir.⁷³⁴ Doktrindeki hakim görüşe paralel bir bakış açısıyla kanaatimizce de cinsel istismar suçu olası kastla işlenebilecektir. Bu kapsamda örneğin; fail mağdurun eyleme rızasının olmayabileceğini veya yaşının küçük olabileceğini öngörmesine rağmen davranışını sürdürmüşse suçun olası kastla işlendiği söylenecektir. Burada, fail tarafından öngörülen unsurların kabullenilmesi veya onlara kayıtsız kalınması söz konusu olduğundan kaçınılmaz bir hatadan da söz edilemeyecektir.⁷³⁵ Yine benzer şekilde, failin kalabalık bir yerde belli bir kişinin kalçasına göğsüne dokunmaya çalışırken başka bir kişiye de dokunabileceğini öngörmesine karşın eylemini sürdürmesi ve gerçekten de bir başkasının kalçasına dokunması durumunda, ikinci mağdur açısından eylemin olası kastla işlendiği kabul edilmelidir. Buna karşın eylemin, failin yanlışlıkla birine sürütmesi veya dokunmasıyla gerçekleştiği durumlarda, herhangi bir cinsel davranışta bulunma kastının varlığından söz edilemeyeceğinden yapılan eylem suç teşkil etmeyecektir. Örneğin; kalabalık bir otobüsten inmeye çalışan birinin yanlışlıkla bir başkasının göğsüne çarpması veya kalçasına sürütmesi gibi durumlarda kişinin, cinsel bir davranışta bulunma kastıyla hareket ettiği söylenemeyeceğinden yapılan eylem suç oluşturmayacaktır.

VIII. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık, tipikliği ihlal eden davranışın yalnızca ceza hukuku alanıyla değil tüm hukuk düzeniyle çelişki halinde olmasıdır.⁷³⁶ Bu nedenle, bir fiilin tipikliğe uygun olduğu durumlarda aynı zamanda hukuk düzenine aykırılık teşkil ettiği kabul edildiğinden suç tipleri hukuka aykırılığın karinesini oluşturmaktadır.⁷³⁷ Hukuka aykırılığın, suçun unsurlarından biri olarak kabul edilmesi sebebiyle fiilin hukuka aykırılığı değerlendirilirken tipikliğe uygun olup olmadığının tespitinin yanında olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı da araştırılmaktadır.⁷³⁸ Bu araştırma sonucunda, fiili hukuka uygun duruma getiren bir nedenin olmadığı tespit edilirse, fiilin suç oluşturduğu söylenecektir.⁷³⁹ Hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hükümlerin bazıları TCK’da bazıları ise farklı kanunlarda yer almaktadır. TCK’da “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” md. 24 ve devamında düzenlenmiştir. Ancak, bu bölümde yer verilen sebeplerin hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri hangilerinin kusurluluğa etki eden nedenler olduğu açıkça belirtilmemektedir.⁷⁴⁰ Ancak bu düzenleme, CMK’nın 223. maddesiyle⁷⁴¹ birlikte değerlendirildiğinde, *kanun*

⁷³⁴ Memiş Kartal, s.215.

⁷³⁵ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.189.

⁷³⁶ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.268; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.187.

⁷³⁷ Demirbaş, s.269; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.187.

⁷³⁸ Demirbaş, s.269.

⁷³⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.265-266.

⁷⁴⁰ Horozgil, s.128.

⁷⁴¹ CMK 223/2-d’de; Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda sanığa beraat kararı verileceği belirtildikten sonra 223/3’de; “a) *Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b)Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi*” hallerinde, sanığın “kusurunun bulunmaması” sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, anılan hükümde kusurluluğa etki eden nedenlerin açıklandığı

hükmünü yerine getirme (md.24/1), *meşru savunma* (md.25/1), *hakkın kullanılması* (md.26/1) ve *ilgilinin rızası* (md.26/2) olmak üzere dört tane hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır.⁷⁴²

Cinsel istismar suçunun niteliği gereği, suç kapsamında hukuka uygunluk sebeplerinden ancak kanun hükmünü yerine getirme ve ilgilinin rızası söz konusu olabilecektir.⁷⁴³ Mağdur çocuğun, kendisine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışa karşı gösterdiği rızanın suçun oluşumu üzerindeki etkisini, “Maddi Unsur” başlığı altında ele aldığımızdan burada, anılan bölümde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Cinsel istismar suçu açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecek diğer bir durum, kanun hükmünün yerine getirilmesidir. Bu husus, TCK md.24/1’de yer alan; “*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmüyle açıklanmıştır. Bu kapsamda, delil elde etmek maksadıyla CMK md. 75’te sanık veya şüphelinin, CMK md. 76’da da diğer kişilerin iç beden muayenesinin yapılması veya vücudundan örnek alınması düzenlenmiş ve anılan işlemlerin ancak hekimler veya sağlık mesleği mensupları tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, md.75’teki hükümde, cinsel organlarla anüsün muayenesinin, iç beden muayenesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu bakımdan, kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından verilen karara istinaden sağlık mesleği mensupları tarafından beden muayenesi yapılması veya vücuttan örnek alınması durumlarında, hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilecektir.⁷⁴⁴ Ancak, sağlık mesleği mensubu kişinin, beden muayenesinin gerektirdiği müdahaleler haricinde kasten gerçekleştirdiği cinsel maksatlı fiillerden dolayı cinsel istismar suçundan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Buna karşılık, sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda ise suçun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, yapılan eylem suç teşkil etmeyecektir.⁷⁴⁵ Bununla birlikte, hekimlerin ve sağlık mesleği mensuplarının, tıbbi müdahaleler çerçevesinde çocuğun vücuduna dokunması veya genital organları muayene etmesi de kanun hükmünün yerine getirilmesi⁷⁴⁶ ve ilgilinin rızası çerçevesinde hukuka uygun kabul edilebilmektedir.⁷⁴⁷ Ancak, sağlık mesleği mensuplarının tıbbi bir zorunluluk olmaksızın kendisine hasta olarak başvuran çocuğa, sırf cinsel amaçlarla temas etmesi durumunda eylem, cinsel istismar suçunu oluşturacak aynı zamanda da failin sağlık hizmeti veren kişi konumunda olması nedeniyle hakkında verilecek ceza TCK md.103/3 uyarınca ağırlaştırılacaktır.⁷⁴⁸

Kolluk görevlileri tarafından şüpheli veya sanığa yönelik yapılan üst aramasının, CMK md.116 ve Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği md.28’deki kurallara uygun yapılması

dolayısıyla burada yer alan hususlar dışında kalan sebeplerin de hukuka uygunluk nedenlerini oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

⁷⁴² Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Genişletilmiş Güncellenmiş 15. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018, s.241.

⁷⁴³ Memiş Kartal, s.208.

⁷⁴⁴ Bayraktar ve diğerleri, s.519; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.364; Özen, s.369.

⁷⁴⁵ Horozgil, s.128.

⁷⁴⁶ Bazı yazarlar, hekimlik mesleği çerçevesinde gerçekleştirilen hareketlerin, hukuka uygunluk nedenlerinden “hakkın kullanılması” kapsamında değerlendirileceğini ifade etmektedir. (Özen, s.369).

⁷⁴⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.364; Aydın, s.77.

⁷⁴⁸ Aydın, s.77.

durumunda da gerçekleştirilen eylem hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Ancak, bu kurallara uygun yapılmayan aramalar, hukuka aykırı olacak ve yapılan eylemin, cinsel istismar teşkil etmesi (örneğin; kolluğun üst araması yaparken kasten mağdurun cinsel organına dokunması veya göğüslerini sıkması) halinde de aramayı yapan görevlinin, TCK md. 103 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir.⁷⁴⁹

IX. Kusurluluk

Failin, bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için suç tipine uyan hukuka aykırı bir davranışta bulunması yeterli görülmemekte ayrıca kusurlu olarak hareket etmesi de gerekmektedir. Failin subjektif durumu ile ilgili olan bu husus, “kusurluluk” olarak ifade edilmektedir.⁷⁵⁰ Ceza sorumluluğu açısından failin, kusurlu olarak hareket etmesi, “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesinin bir gereğidir.⁷⁵¹ Kusurluluk bahsinde, failin gerçekleştirdiği haksızlığın hangi koşullarda ona bireysel olarak isnat edilebileceği araştırılmaktadır.⁷⁵² Kusur yeteneğinin varlığı için kişinin kasten veya taksirle hareket edebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, kusur yeteneği anlama ve isteme yeteneği olarak ifade edilmektedir.⁷⁵³ Burada, failin kusurluluğundan bahsedebilmek için failin kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip olması (failin işlediği fiilin hukukten tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu bilmesi)⁷⁵⁴ aynı zamanda somut olay bakımından failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durumun mevcut olmaması gerekmektedir.⁷⁵⁵ Bu bakımdan, eğer fail kusur yeteneğine sahip değilse onun kusurlu hareketinden bahsedilemeyecektir.⁷⁵⁶ Bununla birlikte, kişinin kusurlu olduğundan söz edilebilmesi yani gerçekleştirdiği fiilden dolayı kınanabilmesi için fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması aranmaktadır.⁷⁵⁷

Türk Ceza Kanunu’nda, kusurluluğa etki eden haller; *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (md.24/2-4), zorunluluk hali (md. 25/2), meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (md. 27/2), Cebir ve tehdit (md.28), haksız tahrik (md. 29), hata (md.30), yaş küçüklüğü (md. 31), sağır ve dilsizlik (md.33), akıl hastalığı (md.32/1-2), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olma (md.34)* olarak öngörülmüştür. Çocukların cinsel istismar suçu bakımından yaş küçüklüğü⁷⁵⁸, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı⁷⁵⁹, cebrin etkisinde olma gibi nedenlerin,

⁷⁴⁹ Memiş Kartal, s.209.

⁷⁵⁰ Demirbaş, s.347.

⁷⁵¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.311.

⁷⁵² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.311.

⁷⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.217; Demirbaş, s.349.

⁷⁵⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.315.

⁷⁵⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.314.

⁷⁵⁶ Demirbaş, s.348.

⁷⁵⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.314.

⁷⁵⁸ “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan sanık hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca sosyal inceleme raporunun aldirılması ve aldirılmaması durumunda ise gerekçesinin kararda gösterilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır.” (Yar. 14. CD., 10.02.2014, 2012/3719-2014/1364, Aydın, s.359).

⁷⁵⁹ “Dosya içeriğine göre; sanık hakkında düzenlenen doktor raporlarında ve sanığın savunmalarında psikolojik rahatsızlığının bulunduğu, bu nedenle tedavi gördüğünün anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi uyarınca suç tarihi itibarıyla sanığın, fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya fiillerle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış

failin kusurluluğunu etkilemesi mümkün olmakla beraber haksız tahrik ve hata hallerinin özellik arz etmesi nedeniyle ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin yani öfke ve gazabın etkisiyle suç işlemesi durumunda, kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir.⁷⁶⁰ Haksız tahrik, TCK md.29'da düzenlenmiştir. Bu çerçevede, haksız tahrikten bahsedebilmek için öncelikle tahrik nedenini oluşturan haksız bir fiilin bulunması gerekmekte ve suç, bu haksız fiil sebebiyle kişide meydana gelen hiddet ya da şiddetli elem etkisiyle işlenmelidir. Bu bakımdan, haksız fiilin meydana getirdiği hiddet ya da elemle işlenen suç arasında illiyet bağının olması gereklidir.⁷⁶¹ Tahriki meydana getiren haksız fiilin, faile yöneltilmiş olması şart değildir.⁷⁶² Başka bir deyişle, failden başka bir kişiye yönelik yapılan haksız bir fiil sebebiyle failde meydana gelen hiddet ya da elemnin etkisiyle de suçun işlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilmesi için suçun ancak tahrik nedeni olan haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerekmektedir.⁷⁶³ Ancak, failin kendi haksız davranışıyla olayın meydana gelmesine sebep olması durumunda artık haksız tahrikin varlığından söz edilemeyecektir.⁷⁶⁴

Öğretide bazı yazarlar, haksız tahrike neden olan fiil ile tepki fiili arasında bir oranın olması gerektiğini ve iki fiil arasında açık bir oransızlık bulunması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını⁷⁶⁵ ifade etmekle birlikte karşı görüşteki yazarlar, suçun haksız fiilin oluşturduğu hiddetin etkisi altında işlenmesinin yeterli olduğunu dolayısıyla işlenen suçun ağırlığına bakılmaksızın haksız tahrik hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini savunmuştur.⁷⁶⁶ Bazıları ise haksız tahriki oluşturan fiil ile tepki fiili arasında oranın bulunması değil iki fiilin nitelik itibarıyla birbirlerine uygun olmaları gerektiğini ileri sürmektedir.⁷⁶⁷

Öğretide yazarların çoğunluğu, haksız tahrik hükümlerinin çocukların cinsel istismarı suçu açısından uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, bir haksız fiilin, cinsel istismarı tetikleyebilecek bir elem ve öfke yaratmasının mümkün olamayacağı⁷⁶⁸ dolayısıyla da cinsel istismar suçu ile haksız tahrikin bağdaşmayacağı⁷⁶⁹ savunulmuştur. Bu bakımdan, örneğin failde intikam duygusu yaratan bir fiilin meydana gelmesi üzerine failin, cinsel istismar suçunu işlemiş olması halinde haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir.⁷⁷⁰ Yargıtay da verdiği

olup olmadığı usulen araştırılıp saptandıktan sonra, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 14. CD., 16.04.2013, 2013/3313-2013/4529, Aydın, s.361).

⁷⁶⁰ Özgenç, s.409.

⁷⁶¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.365.

⁷⁶² Demirbaş, s.450.

⁷⁶³ Özgenç, s.411; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.250.

⁷⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.250.

⁷⁶⁵ Hakeri, s.323.

⁷⁶⁶ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011, s.266.

⁷⁶⁷ Demirbaş, s.455.

⁷⁶⁸ Memiş Kartal, s.218.

⁷⁶⁹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.231; Nişancı, s.257.

⁷⁷⁰ Memiş Kartal, s.218.

kararlarında, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁷⁷¹

Cinsel istismar suçu açısından önem arz eden bir diğer husus, somut olayda ceza sorumluluğuna etki eden hata hallerinin bulunmasıdır. Hata, kişinin aklından geçirdikleriyle gerçeğin uyuşmaması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷² Failin tasavvuru, dış dünyadaki bir şeye veya normatif alana ilişkin olabilmektedir. Failin, suçun maddi şartlarına (dış dünyaya ait şartlara) ilişkin hatası, kast üzerinde etkili iken tipikliğinin hukuki değerlendirmesine (kurallar alanına) ilişkin hatası ise kusurluluk üzerinde etki göstermektedir.⁷⁷³

Hataya ilişkin hükümler, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre maddi unsurda, nitelikli hallerde ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata⁷⁷⁴ halleri kastı kaldıran haller; kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi koşullarında hata ve yasak hatası da kusurluluğa etki eden haller olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁷⁵

Cinsel istismar suçu bakımından özellikle failin, mağdurun yaşına veya eyleme gösterdiği rızaya ilişkin hatası ile yasak hatası (haksızlık hatası) hallerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Failin, mağdurun yaşına ilişkin hataya düşmesi, suçun maddi unsuruna ilişkin hata kapsamındadır. TCK md. 30/1'de yer alan hükümde failin, suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi halinde kastın ortadan kalkacağı ifade edildiğinden cinsel istismar suçu bakımından failin, mağduru 18 yaşından büyük zannederek fiili gerçekleştirdiği durumlarda, failin bu hatası kastı kaldıracaktır.⁷⁷⁶ Ancak, burada failin hatasının, esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁷⁷⁷ Bu bakımdan fail, mağdurun yaşının küçük olabileceğini düşünmekle beraber buna rağmen eylemi devam ettirmişse burada kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecektir.⁷⁷⁸ Öğretide, şüphe halinde failin ceza sorumluluğunun kalkacağını ileri süren yazarların aksine burada olası kastın devreye gireceğini düşünenler ile hatanın kaçınılmaz olmaması sebebiyle failin, doğrudan kastla sorumluluğunun devam ettiğini savunanlar da mevcuttur.⁷⁷⁹ Yargıtay da verdiği kararlarda failin, mağdurun yaşına ilişkin hatasının kaçınılmaz olması gerektiğine işaret etmiştir.⁷⁸⁰ Bununla birlikte Öğretide, failin gerçekte 15 yaşından küçük olan mağdurun, 15 yaşından büyük fakat 18 yaşından küçük olduğunu zannederek onunla rızaen cinsel ilişkiye girmesi halinde, cinsel istismar suçundan sorumlu olmayacağı ancak eylemin reşit

⁷⁷¹ “Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 5. CD., 29.03.2006, 2006/402-2006/2577, Tuğrul, s.222).

⁷⁷² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253; Hakeri, s.327.

⁷⁷³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253-254.

⁷⁷⁴ Doktrinde, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hallerini, kastı kaldıran hata hali olarak değerlendiren yazarlar olduğu gibi kusurluluğa etki eden hata halleri kapsamına dahil eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s.299 vd.

⁷⁷⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.254; Aydın, s.79.

⁷⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.463; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.154.

⁷⁷⁷ Bayraktar ve diğerleri, s.518; Memiş Kartal, s.219.

⁷⁷⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.189; Aydın, s.81.

⁷⁷⁹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.188-189.

⁷⁸⁰ Yargıtay CGK, 15.09.2015, 2013/14-749, 2015/277, Bayraktar ve diğerleri, s.518, dn:76.

olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getireceği ifade edilmiştir.⁷⁸¹ Nitekim cinsel istismar suçu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu (TCK md.104) kapsamakta ve TCK md. 104 daha dar bir alanı düzenlediğinden öncelikli olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle fail, cinsel istismardan sorumlu olmamasına rağmen TCK md. 104'ten dolayı sorumlu tutulabilecektir. Zira, bu durumda da mağdurun 18 yaşından küçük olması unsuru gerçekleştiği gibi tipikliğin bu unsuru fail tarafından bilinmektedir.⁷⁸² Son olarak, öğretide bir görüşe göre rıza hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlarda failin, mağdurun yaşına ilişkin hatası, suçun oluşumuna değil niteliğine etki etmektedir. Bu bakımdan mağdur, gerçekte 18 yaşından küçük olduğu halde failin mağduru 18 yaşından büyük zannederek cinsel davranışı mağdurun rızası hilafına gerçekleştirmesi durumunda, failin hatası cinsel istismar suçunun oluşumuna engel olacak ancak yapılan eylem, cinsel saldırı olarak nitelendirilecektir.⁷⁸³

Failin, mağdurun eyleme karşı gösterdiği rızaya ilişkin hatası ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurla cinsel ilişkiye giren failin, mağdurun rızasının varlığına ilişkin kaçınılmaz hataya düşmesi, cinsel istismar suçunun oluşmasını önleyecek ancak failin fiili, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.⁷⁸⁴

Cinsel istismar suçu açısından özellik taşıyan bir diğer hata hali de failin gerçekleştirdiği fiilin hukukten tasvip edilmeyen bir fiil olduğunu bilmemesi durumunda karşımıza çıkan haksızlık hatası halidir. Haksızlık hatasında kişinin işlediği fiil, gerçekte hukuk normlarıyla çatışmakta dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil etmekte ancak kişi, gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı ve yasaklanmış olduğunu bilmemektedir.⁷⁸⁵ Kişinin bu hatası, maddi bir varlığa ait hususun bilinmemesinden değil normlara dair bir değerlendirmeden ileri gelmektedir.⁷⁸⁶ Bu nedenle, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmemesi, kişinin hukuka aykırı bu fiile ilişkin kastına bir etki yapmamakta diğer bir deyişle haksızlık hatası, kasta etkili bir husus olmayıp failin, işlediği fiil açısından kusurluluğunun değerlendirilmesinde etkili olmaktadır.⁷⁸⁷ Bununla birlikte, kişinin işlediği fiil açısından kusurlu sayılmaması ve dolayısıyla cezalandırılmaması için haksızlık hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁷⁸⁸ Buna karşılık, failin bu hatasının kaçınılmaz olması halinde fail kusurlu sayılacaktır.⁷⁸⁹ Ancak, bu durumda failin kusurunun azalmış olduğu kabul edilerek TCK md.61 kapsamında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi aşamasında bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁷⁹⁰

⁷⁸¹ Erman, s.104.

⁷⁸² Erman, s.104-105.

⁷⁸³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.188.

⁷⁸⁴ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.322; Nişancı, s.234; Bayraktar ve diğerleri, s.519.

⁷⁸⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.369.

⁷⁸⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.369.

⁷⁸⁷ Özgenç, s.427.

⁷⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.269; Özgenç, s.427.

⁷⁸⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.366.

⁷⁹⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.366; Özgenç, s.427.

Ülkemizde özellikle kırsal kesimlerde, olayın yaşandığı sosyal çevrenin örf ve adetleri çerçevesinde küçük yaşta çocukların ailelerinin uygun görmesi sonucunda, aleni olarak yapılan düğün törenlerinde dini nikâh usulüyle evlendirildikleri bilinmektedir. Bu tür olayların çoğunluğunda, erkeğin kızıdan yaşça büyük olduğu bilinmekle beraber hem kız hem de erkeğin 15 yaşından küçük olduğu olaylara da rastlanılmaktadır.⁷⁹¹ Bu şekilde meydana gelen birlikteliklerin evlilik olarak nitelendirilmesi, bu tür eylemlerin zamanla toplumsal meşruiyet kazanmasına neden olabilmektedir.⁷⁹² Böylece, evlendirilen kişiler de gerçekte evli olduklarını zannederek cinsel ilişkiye girmektedir. İşte böyle durumlarda gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından haksızlık yanlılığına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, küçük yaşta çocukların, yöresel örf ve adetlere uygun bir şekilde düğün merasimi ile evlendirilerek bu durumun alenileştirildiği hallerde, çocuklarını evlendiren ebeveynlerin yaşadıkları sosyal çevredeki geçerli davranış kurallarına göre yanlış birşey yapmadıkları kanaatiyle hareket ettiklerini ve bu durumun düğüne iştirak eden davetliler tarafından da gayet normal karşılandığını ifade ederek somut olayda failerin bireysel özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle kaçınılabılır bir haksızlık hatasına düştüklerinin kabul edilebileceğini öngörmektedir.⁷⁹³ Aksi görüş ise çocuğun yaşı tutmadığı için resmi nikâhla evlendirilemeyeceğini bilen kişilerin, bu eylemin haksızlık teşkil ettiğini bilmediklerinin söylenemeyeceğini dolayısıyla burada bu kişilerin kaçınılmaz bir hataya düştüklerinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁹⁴ Kanaatimizce de bu tür evliliklerin düğün merasimleriyle alenileştirilmesi, toplum tarafından bu durumun normal görülmesi, kişilerin yaşadıkları sosyal çevrenin örf ve adetlerine uygun olarak yanlış bir davranışta bulunduklarının bilincinde olmadan hareket etmeleri gibi gerekçelere dayanılarak küçük yaşta çocuklarını gayri resmi şekilde evlendiren ebeveynlerin, fiile ilişkin haksızlık bilincine sahip olmadıklarını kabul etmek günümüzde halen yaygın olarak görülen çocuk evliliklerinin ve bunun sonucunda da çocukların cinsel istismara uğratılmasının önünün açılmasına neden olacaktır. Bu nedenle, çocukların erken evliliklere ve dolayısıyla cinsel istismar fiillerine karşı etkin bir biçimde korunması adına çocuklarını evlendiren ebeveynlerin, haksızlık hatasına ilişkin hükümlerden yararlandırılmaması gerekmektedir.

X. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Teşebbüs, failin bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁵ Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kişilerin cezalandırılabilmesi açısından kanuni tarife uygun bir haksızlığın gerçekleştirilmesi yani suçun tamamlanması gerekmele birlikte neticenin kanuni tarifte bir unsur olarak belirlendiği suçlar bakımından ayrıca neticenin de meydana gelmesi gereklidir. Ancak, suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da toplumsal

⁷⁹¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.365.

⁷⁹² Aydın, s.85.

⁷⁹³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.365-366.

⁷⁹⁴ Aydın, s.86.

⁷⁹⁵ Demirbaş, s.460.

barışın bozulduğu gerekçesiyle bu tür fiillerin cezalandırılmaları gerektiği düşüncesi kabul görmüştür.⁷⁹⁶ Bu nedenle, teşebbüse ilişkin hükümlerle kanunların özel kısımda yer alan suçların unsurlarının tam olarak gerçekleştirilemediği durumlarda, fail tarafından doğrudan icrasına başlanıp haksızlık boyutuna ulaşan fiillerin de cezalandırılması imkânı yaratılmıştır.⁷⁹⁷ Ancak, teşebbüse ilişkin hükümler bağımsız bir ceza normu niteliğinde olmayıp muayyen bir suçun tanımlandığı kanun hükmüyle birlikte uygulanabilmektedir. Bu bakımdan, teşebbüs hükümleri tali norm karakterine haiz hükümlerdir.⁷⁹⁸

Teşebbüs kurumu, TCK md.35'te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, failin fiilinin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için belli koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. Öncelikle hükümde kişinin “işlemeyi kastettiği bir suçu” gerçekleştirmek amacıyla hareketinden bahsedilmesi, teşebbüs hükümlerinin ancak kasten işlenebilen suçlara uygulanabileceğini dolayısıyla taksirli suçların teşebbüse elverişli olmadığını işaret etmektedir.⁷⁹⁹ Bununla birlikte, teşebbüsün söz konusu olabilmesi için fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, icra hareketi niteliğinde olması gerekmekte dolayısıyla suçun işlenmesine yönelik olarak yapılan hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır.⁸⁰⁰ Teşebbüs için aranan bir diğer koşul, failin kastettiği suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamasıdır. Burada kastedilen, suç kapsamında icra edilen hareketlerin o suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştirmeye uygun olmasıdır.⁸⁰¹ Bu bakımdan, elverişliliğin sadece kullanılan araçlar açısından değil bütün fiil yönünden bulunması gerekmektedir.⁸⁰² Elverişlilik, somut olay kapsamında fiilin gerçekleştirildiği şartlar göz önüne alınarak tespit edilmektedir.⁸⁰³ Son olarak, teşebbüsün söz konusu olması için failin, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen neticeyi gerçekleştirememesi gerekmektedir. Bu bakımdan, failin icra hareketlerini kendi isteğiyle tamamlamaması durumunda, teşebbüs değil gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁸⁰⁴

Cinsel istismar suçunun gerek temel şekline gerekse de nitelikli haline teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Cinsel istismarın temel şekli açısından bazı yazarlarca, suçun sırf hareket suçu olması nedeniyle tipikliği gerçekleştirecek cinsel hareketin tatbikiyle suç tamamlanmış sayılacağından teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmiştir.⁸⁰⁵ Karşı görüşteki yazarlara göre ise suçun icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs mümkün olabilecektir.⁸⁰⁶ Suçun temel şekli, vücut dokunulmazlığını ihlal eden herhangi bir cinsel davranışın

⁷⁹⁶ Demirbaş, s.462.

⁷⁹⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.417.

⁷⁹⁸ Özgenç, s.459.

⁷⁹⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.420-421; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.281.

⁸⁰⁰ Özgenç, s.459; Demirbaş, s.467.

⁸⁰¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.430.

⁸⁰² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.281-282.

⁸⁰³ Özgenç, s.465.

⁸⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel Hukuku, s.284.

⁸⁰⁵ Meran, s.350; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.399; Tuğrul, s.309.

⁸⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.466; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.396; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.365; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.233-234; Artuç, s.660; Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.161; Memiş Kartal, s.221; Aydın, s.88; Parlar/Banko, s.109.

gerçekleşmesiyle tamamlanacağı için vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle failin, teşebbüs alanına girdiği kabul edilecektir.⁸⁰⁷ Bu bakımdan örneğin, bir çocuğa bıçak çekerek “memelerinden bir defa öpeyim” diyerek suç işleme kastını ortaya koyan failin, birilerini geldiğini fark ederek kastettiği fiili gerçekleştiremeden olay yerinden kaçması durumunda, basit cinsel istismar suçuna teşebbüsten bahsedilecektir.⁸⁰⁸ Teşebbüs sebebiyle cezada yapılacak indirimde, failin o ana kadar yaptığı hareketlerin suçun konusu üzerinde yarattığı tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurulacaktır.⁸⁰⁹ Yargıtay da kararlarında, bu suçun temel şekline teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmiştir.⁸¹⁰

Nitelikli cinsel istismar suçu failin, mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmasıyla tamamlanacaktır. Bu nedenle, failin cinsel açıdan tatmin olmasının, suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır.⁸¹¹ Suçun bu nitelikli haline teşebbüs açısından bazı yazarlar, nitelikli cinsel istismarı suçun temel şeklinden bağımsız bir suç olarak nitelendirmekte ve failin, mağdurun vücuduna yönelik gerçekleştirmek istediği organ ya da cisim sokma eylemini herhangi bir sebeple gerçekleştirememesi durumunda failin fiilinin, nitelikli cinsel istismara teşebbüs sayılacağı görüşündedir.⁸¹² Aksi görüşteki yazarlar ise nitelikli cinsel istismarın, suçun temel şeklinden bağımsız bir suç olmayıp cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlendiğini dolayısıyla da suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Bu yazarlar, suçun nitelikli halinin gerçekleşmediği durumlarda, şartları varsa failin suçun temel şeklinden cezalandırılacağını ancak failin, suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik iradesinin, TCK md.61 kapsamında cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁸¹³

Kanaatimizce, önceden de açıkladığımız üzere vücuda organ veya cisim sokularak gerçekleştirilen cinsel istismarın, suçun temel şeklinden farklı bir suç olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu anlayış doğrultusunda, somut olayda failin kastının organ veya cisim sokmaya yönelik olmasına karşılık elinde olmayan sebeplerle bunu gerçekleştiremediği durumlarda failin, bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekmektedir. Zira aksi düşünce benimsendiğinde, somut olayda fail, ancak mağdurun

⁸⁰⁸ Artuç, s.660.

⁸⁰⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.337.

⁸¹⁰ “Mağdure beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın, mağdurenin öğrenim gördüğü okulda hizmetli olarak çalıştığı, olay tarihinde sanığın, mağdurenin göğüslerine dokunmaya çalıştığı ancak mağdurenin elleriyle engel olması sebebiyle eylemini tamamlayamadığı anlaşılmakla, çocuğun basit cinsel istismarı suçuna teşebbüs ettiği sabit olduğundan sanığın bu suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 17.02.2016, 2014/4341-2016/1390, Aydın, s.421); “Mağdurenin soruşturma evresindeki samimi anlatımları, bu beyanları destekler mahiyetteki tanıklar Nevriye K. ve Pınar K. ’nin beyanları ile dosya kapsamı nazara alındığında, sanığın mağdurenin yanına elinde bıçak bulunduğu halde yaklaşıp mağdurenin eteğini indireceği sırada tanıklar Nevriye ve Pınar’ın yaklaşması sebebiyle suçu tamamlayamayıp kaçtığı olayda, sanığın TCK’nın 103/1-4, 35. maddelerinde öngörülen tehditle çocuğun basit cinsel istismarı suçuna teşebbüsten mahkûmiyeti yerine eksik ve yetersiz gerekçeyle beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 26.09.2013, 2011/14245-2013/9764, Aydın, s.425).

⁸¹¹ Meran, s.353.

⁸¹² Tezcan/Erdem/Önok, s.464; Nuhoğlu, s.295.

⁸¹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.406.

vücut dokunulmazlığını ihlal etmişse basit cinsel istismardan cezalandırılabilir. Bu durumda da nitelikli cinsel istismar niteliğindeki bir eylemi gerçekleştirme kastıyla harekete geçen faille, çocuğa karşı organ veya cisim sokma kastı olmaksızın basit cinsel istismar niteliğindeki eylemleri gerçekleştiren faillerin aynı hükümlere göre cezalandırılması, adalete uygun olmadığı gibi kanun koyucunun, bu suçu ihdas etme amacına da ters düşecektir.

Yargıtay da kararlarında suçun bu nitelikli haline teşebbüsü kabul etmiştir. Ancak Yargıtay, failin kastının organ veya cisim sokmaya yönelik olduğunun tespiti açısından her somut olayda failin söz ve davranışları ile olayın geçtiği yeri dikkate alarak karar vermektedir.⁸¹⁴ Ancak, somut olayda failin kastının nitelikli cinsel istismara yönelik olduğu sonucuna varılamıyorsa şüphe, sanık lehine yorumlanacak ve artık nitelikli hale teşebbüsten bahsedilemeyecek fakat şartları mevcutsa eylem, basit cinsel istismar kapsamında cezalandırılacaktır.⁸¹⁵ Bununla birlikte, Yargıtay teşebbüs hükümlerinin uygulanması bakımından somut olayda failin, cinsel davranışlara başlamış olmasını tek başına yeterli görmeyip suçun tamamlanması açısından açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin de mevcut olmasını aramaktadır. Bu nedenle failin, eylemi ciddi bir engel olmaksızın sonlandırması halinde, sanık yararına olan hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Failin mağdura yönelik organ sokma eylemini, iktidarsızlığı nedeniyle gerçekleştirememesi durumunda da teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yargıtay da mülga kanun döneminde verdiği kararlarında, failin fiziksel olanaksızlık (iktidarsızlık) sebebiyle mağdurun ırzına geçemediği durumlarda, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmekteydi.⁸¹⁶ Ancak, bu hususa ilişkin son zamanlarda verdiği bir kararında ise failin nitelikli cinsel istismarı gerçekleştirememesinin iktidarsızlıktan mı yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olması gibi nispi bir elverişsizlikten mi kaynaklandığının tespit edilerek teşebbüsün uygulanabilirliği

⁸¹⁴ “Dosya kapsamına göre, olay tarihinde evde yalnız olan mağdurenin evine pencereden giren sanığın, mağdureyi kanepeye itip üzerine abandıktan sonra elbiselerini çıkarmaya çalıştığı sırada sanığın telefonunun çalmasından faydalanan mağdurenin elinden kurtulduğu anlaşıldığından, sanığın eyleminin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsü oluşturduğu gözetilmeden, basit cinsel istismar suçuna teşebbüsten hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 04.11.2013, 2011/17637-2013/10897, Aydın, s.425); “Oluş ve kabule göre, sanığın öz kızı olan çocuk yaştaki mağdureye, muhtelif zamanlarda üzerine abanma, kilodunu çıkarma, cinsel organıyla oynatma ve yere battaniye sererek zorla ırzına geçmeye kalkma şeklinde sübuta eren eylemlerinin zincirleme şekilde çocuğa karşı nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunu oluşturduğu sabit olması karşısında, bu suçtan ceza tayin edilirken TCK’nın 35. maddesinin uygulanmaması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 16.05.2013, 2013/2692-2013/6067, Aydın, s.423).

⁸¹⁵ “Olay günü sanık ile mağdurenin araçla bir müddet gezdikten sonra mağdurenin arka koltuğa geçmesinin ardından sanığında yanına geldiği ve bu arada park halindeki aracın yanına gelen kolluk personeline mağdurenin pantolonunun yarıya kadar indirilmiş ve sanığın fermuarının açık olduğunun görüldüğü tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın kastının organ sokmaya yönelik olduğuna dair sözlü veya eylemsel bir davranışı bulunmayıp mevcut haliyle eylemin çocuğun basit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 09.05.2017, 2014/7421-2017/2528, Aydın, s.420).

⁸¹⁶ Yargıtay 5. CD., 18.03.1977, 279/803, Tezcan/Erdem/Önok, s.442, dn:299.

konusunda bir kanıya varılması gerektiğine işaret etmiştir.⁸¹⁷ Yargıtay burada, yapılan hareket açısından mutlak veya nispi elverişsizlik durumlarına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre; failin iktidarsız olması durumunda hareket açısından mutlak elverişsizlik bulunduğundan suça teşebbüsün söz konusu olmayacağı ancak failin olay anındaki heyecan, korku vs. sebeplerle eylemi gerçekleştiremediği durumlarda nispi bir elverişsizliğin bulunduğunu kabul ederek teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varmaktadır.

Doktrinde, cinsel istismar suçunun, netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁸¹⁸ Zira, teşebbüsün söz konusu olabilmesi için kişinin doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir. Yargıtay’a göre de cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüs mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay verdiği kararlarda, nitelikli cinsel istismar suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olması fakat gerçekleştirilen eylemin, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış bir haline sebebiyet vermesi halinde, teşebbüs hükümlerinin nitelikli cinsel saldırı eylemi açısından uygulanacağını ancak somut olayda ağır neticenin meydana gelmiş olması nedeniyle faile, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin hükümlerin de tatbik edileceğini ifade etmiştir.⁸¹⁹ Bu duruma, cinsel istismar suçunun basit ya da nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi örnek verilmektedir. Burada, temel ceza tespit edilirken suçun basit veya nitelikli haline teşebbüsten indirim yapıldıktan sonra netice sebebiyle ağırlaşmış halden artırım yapılacaktır.⁸²⁰

Burada ayrıca failin, cinsel istismar suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra herhangi bir engel olmaksızın gönüllü olarak bu hareketlerden vazgeçmesi halinde fail hakkında, TCK md.36’da yer alan gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi hususuna da değinmek gerekmektedir. Anılan hükümde, suç işlemek amacıyla hareket eden failin, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi yahut suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi durumunda, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı fakat o ana kadar yapılan hareketlerin esasen bir suç oluşturması halinde failin, o suçtan cezalandırılacağı belirtilmiştir. Anılan hükümde, “esasen bir suç” ifadesinin, doktrindeki çoğunluktaki yazarlarca “başka bir suç” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸²¹ Böyle bir anlayışla hareket edildiğinde nitelikli cinsel istismarın, suçun temel şeklinden bağımsız bir suç olarak öngörülmemesi nedeniyle nitelikli cinsel istismardan gönüllü vazgeçen failin, hiç ceza almaması gibi adaletsiz bir

⁸¹⁷ “Sanığın cinsel ilişki için cinsel organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamadığının iddia edilmesi karşısında; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı, yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsiz hallerinden mi kaynaklandığı alınacak raporla belirlenip, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği karar yerinde tartışıldıktan sonra karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 5. CD., 20.09.2010, 2010/4449-2010/6553, Aydın, s.89, dn:158).

⁸¹⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.236.

⁸¹⁹ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.163; Yargıtay 5. CD., 23.03.2009, 2008/14544-2009/3539, Tuğrul, s.414-415.

⁸²⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.236.

⁸²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.466; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.365; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.161; Artuç, s.661; Meran, s.353.

sonuç ortaya çıkmaktadır.⁸²² Ayrıca, mevcut düzenleme kapsamında gönüllü vazgeçen failin fiilinin, cinsel taciz suçundan cezalandırılması da her zaman mümkün olmamaktadır. Zira, vücut teması içeren davranışlar cinsel taciz suçunun kapsamı dışında kalmaktadır.⁸²³ Bu bakımdan, ancak somut olayda failin mağdura yönelik sözle veya vücut teması olmaksızın gerçekleştirdiği cinsel bir davranışı söz konusuysa cinsel taciz suçu gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, doktrindeki hâkim görüşe paralel olarak nitelikli cinsel istismarın ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Böylece, nitelikli cinsel istismardan gönüllü vazgeçen fail, koşulların varlığı durumunda basit cinsel istismardan cezalandırılabilir. Bu bakımdan örneğin; on beş yaşını doldurmuş bir çocukla cebren cinsel ilişkiye girmek isteyen failin, icra hareketlerinden kendi isteğiyle vazgeçmesi durumunda o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler cinsel istismarın temel şeklini oluşturabilecektir.⁸²⁴ Bununla birlikte failin, cebir kullandıktan sonra çocukla cinsel ilişkide bulunmaktan gönüllü olarak vazgeçmesi halinde, basit cinsel istismar suçu ile cebir suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.⁸²⁵ Yargıtay da failin, nitelikli cinsel istismar suçunun icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçmesi durumunda, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri tatbik ederek failin o ana kadar yaptığı hareketlerin, basit cinsel istismar teşkil ettiği durumlarda⁸²⁶ bu suçtan dolayı cezalandırılmasına karar vermekle beraber somut olay kapsamında gönüllü vazgeçen failin, mağdurun vücuduna temasının bulunmadığı durumlarda ise beraatine⁸²⁷ karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İştirak halinde işlenen cinsel istismar suçu bakımından ise faillerden birisinin icra hareketlerinden vazgeçmesi, o kişi hakkında gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından yeterli olmayıp bu kişinin ayrıca suçun tamamlanmaması için çaba göstermesi gerekmektedir. Bununla birlikte, suçun vazgeçen failin tüm çabalarına rağmen gerçekleştiği durumlar ile vazgeçen failin gayreti dışındaki bir sebeple işlenememiş olduğu durumlarda da vazgeçen fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.⁸²⁸

⁸²² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.241.

⁸²³ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.241.

⁸²⁴ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.161-162.

⁸²⁵ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.162.

⁸²⁶ “TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kast ettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin basit mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, mağdurenin “17 yaşında, evli ve hamile olduğunu söylemesi” üzerine eylemine kendiliğinden son vererek mağdureye ait evden uzaklaştığının anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK.nun 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdureye karşı suçun icrai hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK.nun 103/1. maddeye uyan basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı” (Yargıtay 5. CD., 09.02.2010, 2009/13575-2010/747, Aydın, s.89, dn:159).

⁸²⁷ “Oluşa uygun kabule göre sanığın olay günü mağduru mahalledeki metruk eve götürmesinin pantolonunun kemerini açtığı, mağdurun ağlaması üzerine başkaca ciddi bir engel sebep olmaksızın eylemine son verip mağduru gönderdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından TCK’nın 36. maddesi uyarınca atılı suçun icra hareketlerini yapmaktan gönüllü vazgeçen sanığın bu aşamaya kadarki eyleminin suç teşkil etmemesi nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi, Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14. CD., 22.01.2014, 2012/3301-2014/665, Aydın, s.423).

⁸²⁸ Aydın, s.90.

B. İştirak

Çocukların cinsel istismarı suçu, iştirak açısından bir özellik taşımamaktadır.⁸²⁹ İştiraka ilişkin hükümlerin tatbiki bakımından suçun, en az teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekmektedir.⁸³⁰

Cinsel istismar suçunun, birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nitelikli hal olarak öngörüldüğünden somut olayda müşterek faillik durumu mevcutsa suç ortaklarının cezası, bu hükümler uyarınca artırılacaktır. Bununla birlikte, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla da iştirak mümkündür. Bu hususlar, nitelikli haller bahsinde ele alındığından burada, o bölümde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Cinsel istismar suçu açısından iştirak bahsinde ele alınması gereken önemli bir husus, 15 yaşından küçük çocukların, gayri resmi şekilde evlenmelerine izin vererek bu sözde evlilik neticesinde cinsel ilişkiye girmelerine sebebiyet veren anne ve babaların faillik durumunun belirlenmesidir. Yargıtay bu konudaki eski içtihatlarında, hem reşit olmayan kızlarının, yasadışı olarak evlenmelerine izin veren anne ve babaların hem de oğullarına reşit olmayan kızı isteyerek yasadışı yapılan bir evliliğe ve bu evliliğin sonucu olarak da oğullarının reşit olmayan kızla cinsel ilişkiye girmesine sebebiyet veren anne ve babaların, cinsel istismar suçuna asli fail sıfatıyla iştirak ettiklerini belirtmekteydi.⁸³¹ Sonraki kararlarında ise fail ve mağdur annelerinin suça iştirakının belirlenmesi bakımından ailenin yaşam koşulları ile annenin aile içindeki konumu, söz yetkileri, eğitim ve kültür düzeyinin göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmiştir.⁸³² Yargıtay ayrıca son dönemde verdiği kararlarda, anne ve babanın suça iştirakı bakımından yeni bir anlayışla, anne ve babalarının izni olmaksızın küçük yaştaki çocukların rızaen cinsel ilişkiye girmeleri sebebiyle ebeveynlerin yaşadıkları yörenin kültürel yapısı, örf ve adetleri, sosyal yaşam koşulları vs. nedenlerle bu çocukların evlenmelerine rıza göstermek zorunda kaldıkları durumlarda suç işleme kastıyla hareket etmediklerinden bahisle beraatlerine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸³³ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay'ın kararına dayanak oluşturduğu nedenler, suç işleme kastını ortadan kaldıran nedenler olmadığı gibi bu gibi durumlarda ebeveynler bakımından kaçınılabilir bir haksızlık yanılığının mevcudiyetinden de söz

⁸²⁹ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.367; Centel, s.283; Bayraktar ve diğerleri, s.534; Parlar/Banko, s.109; Artuç, s.661; Gündüz, s.82.

⁸³⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.243.

⁸³¹ Yargıtay 5. CD, 23.10.1986, 5095-4175; Yargıtay 5. CD, 30.10.1985, 3497-4107; Yargıtay 5. CD, 23.01.1985, 4558-160, Aydın, s.92, dn:163.

⁸³² Gündüz, s.82; "15 yaşından küçük kızları gayri resmi olarak evlendiren ve haklarında dava açılan mağdurenin annesinin, olaya iradi olarak katılmadığı, kırsal kesim yaşam koşulları, eğitim, kültür düzeyi itibarıyla etkinliğinin bulunmadığı, kocası ile irade birliği içinde olmadığı saptandığından beraatine karar verilmelidir." (Yargıtay CGK, 09.05.1988, 1988/5-103-1988/207, Bakıcı, s.28).

⁸³³ "Sanık Ferhat ile duygusal ilişki yaşayan mağdurenin olay tarihinden önce babası olan sanık Mehmet'e sanık Ferhat ile evlenmek istediğini söylediği ancak sanık Mehmet'in kabul etmemesi üzerine, evi terk ederek sanık Ferhat'ın evine gittiği ve bir hafta kadar burada kaldığı, daha sonra sanık Mehmet'in mecbur kalarak evlenmelerine rıza gösterdiği olayda, mağdurenin babası olan sanık Mehmet'in örf, adet, toplumsal konumu ve eğitim durumu nedeniyle mağdure ile sanık Ferhat'ın gayri resmi olarak evlenmesine rıza göstermek zorunda kaldığı nazara alındığında, sanığın suç kastıyla hareket ettiklerine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" (Yargıtay 14. CD., 24.04.2014, 2012/5407-2014/5587, Gündüz, s.83).

edilemeyecektir.⁸³⁴ Yargıtay'ın burada sosyal yaşam şartları, örf ve adetler, geleneklerin getirdiği zorunluluk gibi sebeplere dayanarak küçük yaşta yapılan gayri resmi evlilikleri meşrulaştıran bir anlayışla hareket etmesi cinsel istismar suçunun ihdas ediliş amacına, Anayasaya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir.⁸³⁵

C. İctima

Cinsel istismar suçunun temel şekli ve m.103/3-4'te belirtilen nitelikli halleri arasında birleşik suç (TCK m.42) hükümleri geçerli olup fail sadece nitelikli istismardan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte cinsel istismar suçunun cebir veya tehdit vasıtasıyla işlenmesi, TCK md.103/1-a hükmündeki çocuklar bakımından cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmişken TCK md.103/1-b'deki çocuklar bakımından ise tipikliğin bir unsuru olarak öngörülmüştür. Böylece her iki durumda da birleşik suçun varlığından söz edilecek ve fail, ayrıca cebir ve tehdit suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.⁸³⁶ Ancak burada, her iki grup çocuklar açısından kasten yaralama suçunun temel şeklini aşmayan bir cebir ve şiddet uygulanması kastedilmiştir. Nitekim, cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla başvurulmuş cebir ve şiddetin, kasten yaralamanın ağır neticelerine (TCK md.87) sebep olması halinde TCK md.103/5'teki hüküm uyarınca, gerçek ictima kuralları tatbik edilecek ve fail, cinsel istismarın yanında kasten yaralama suçundan da cezalandırılacaktır. Ancak kanun koyucunun, failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılması için cinsel saldırı suçuna ilişkin TCK md.102/5'te yer alan hükümde, mağdurun direncini kırabilecek ölçünün ötesinde cebir kullanılmış olmasını yeterli görmekle beraber yetişkinlere nazaran daha savunmasız durumda olan çocuklar bakımından kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olmasını araması, çocukların menfaatlerinin yeteri kadar korunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸³⁷ Burada, mağdurun çocuk olması sebebiyle kasten yaralamanın basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek düzeyini (TCK md. 86/2) aşan cebir ve şiddetin varlığı halinde, failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasını öngören bir düzenlemeye yer verilmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür.⁸³⁸

Cinsel istismarın, bir suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı değişik zamanlarda işlenmesi durumunda, zincirleme suç hükümleri uygulanarak fail tarafından gerçekleştirilen fiiller tek bir suç kabul edilecek ve faile verilecek cezada, maddede belirtilen oranlarda artırım yapılacaktır.⁸³⁹ 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanunla TCK

⁸³⁴ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.155.

⁸³⁵ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.155.

⁸³⁶ Horozgil, s.134; Nişancı, s.255.

⁸³⁷ Yokuş Sevik, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s.290; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366.

⁸³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366.

⁸³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.468; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.406; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.164; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s.368; "Tüm dosya kapsamına göre sanığın mağdureye yönelik çocuğun basit cinsel istismarı eylemini, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla gerçekleştirdiği anlaşıldığından, cezasında 5237 sayılı TCK'nun 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri uyarınca artırım yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini," (Yargıtay 14. CD, 18.1.2018, 2015/1299-2018/419, Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.164, dn:181).

md. 43'te yapılan değişiklikten önce, cinsel saldırı ile cinsel istismar suçlarına zincirleme suça ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi mümkün değildi. Daha sonra uygulamada çıkan problemler nedeniyle bu hüküm değiştirilerek bu suçlar yasak kapsamından çıkarılmıştır.⁸⁴⁰

TCK md. 43'te de belirtildiği üzere zincirleme suç (müteselsil suç) hükmünün uygulanabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Buna göre öncelikle, suçun "aynı kişiye karşı" işlenmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, aynı suçu işleme kararı kapsamında icra edilse de farklı mağdurlara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar fiillerine TCK md.43 hükümleri uygulanmayacaktır.⁸⁴¹ Zira bu durumda, her mağdur açısından ayrı suç oluşacaktır.⁸⁴²

Zincirleme suç hükümlerinin tatbiki açısından gerekli olan bir diğer husus da işlenen suçların bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda işlenmiş olmasıdır. Bu bakımdan, aynı mağdura karşı birden fazla gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun, belli aralıklarla işlenmesi gerekmektedir.⁸⁴³ Bu nedenle fail tarafından aralık verilmeden aynı kast kapsamında birden fazla gerçekleştirilen bedeni hareketler, tek bir suça vücut verecektir.⁸⁴⁴ Ancak Yargıtay eski kararlarında, aynı suç kapsamında failin penetrasyonu farklı şekillerde gerçekleştirdiği durumlarda (örneğin; failin cinsel organını önce mağdurun vajinasına sonra da anüsüne sokması) suçun, birden fazla olduğunu kabul ederek zincirleme suç hükümlerini uygulamaktaydı.⁸⁴⁵ Sonraki kararlarında ise bu gibi durumlarda, zincirleme suça ilişkin hükümdeki "farklı zamanlarda gerçekleştirilme" şartının gerçekleşmediğini göz önüne alarak eski uygulamasından vazgeçmiştir.⁸⁴⁶

Doktrinde, failin mağdura karşı bir suç işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda gerçekleştirdiği basit cinsel istismar ile nitelikli cinsel istismar fiilleri açısından TCK md.43'teki hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Bazı yazarlara göre, kanunda TCK md.103/2'deki hükmün, suçun nitelikli hali olarak öngörülmesi sebebiyle suçun basit haliyle nitelikli hali arasında zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve cezada da nitelikli hal üzerinden artırım yapılacaktır.⁸⁴⁷ Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir.⁸⁴⁸

⁸⁴⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366.

⁸⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.468; Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.164; Meran, s.350.

⁸⁴² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.406.

⁸⁴³ Artuç, s.597; Tuğrul, s.319.

⁸⁴⁴ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.164-165; Horozgil, s.135.

⁸⁴⁵ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.165; Tuğrul, s.319; "Sanığın mağdureye önce anal sonra da oral yoldan nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu sabit olduğu halde hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması ve mağdurenin ruh sağlığı bozulduğu halde TCK'nın 102/5. maddesine göre artırım yapılmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Yargıtay 5. CD., 31.03.2008, 1490/2964, Tezcan/Erdem/Önok, s.445, dn:313).

⁸⁴⁶ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.165; Horozgil, s.135; "Tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağdureye karşı organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerin kısa süre içerisinde, araya herhangi bir kesinti girmeden, aynı zaman diliminde peş peşe gerçekleştirdiği anlaşılmakla, temadi eden eylemin tek suç olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 02.02.2017, 2016/10064-2017/404, Aydın, s.436).

⁸⁴⁷ Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s.164; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.245; Tuğrul, s.321; Aydın, s.93; Meran, s.350.

⁸⁴⁸ "Sanığın önce cinsel organını mağdurenin bacaklarının arasına sürtmek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, sonra da cinsel organını mağdurenin ağzına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar

Buna karşılık, nitelikli cinsel istismarı, suçun temel şeklinden ayrı bir suç olarak değerlendirilen görüşe göre ise basit cinsel istismar ile nitelikli cinsel istismar arasında TCK md.43 hükümleri uygulanamayacaktır.⁸⁴⁹ Kanaatimizce de TCK md.103/2'deki hüküm, her ne kadar kanun sistematüğinde suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hali olarak formüle edilmiş olsa da aslında burada suçun temel şeklinden ayrı bir suç olduğu kabul edilerek bu iki suç arasında zincirleme suç hükümlerinin işletilmemesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim, mülga 765 sayılı TCK döneminde de yerinde olarak ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ayrı birer suç olarak düzenlenmişti. Bu nedenle, bu suçlar arasında zincirleme (müteselsil) suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildi.⁸⁵⁰ Önceden de ifade edildiği üzere kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'da, mülga kanunda yer alan bu iki terimi tek bir kavram adı altında toplama amacıyla böyle bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu nedenle, 5237 sayılı TCK md.103/1 ile TCK md.103/2'deki fiiller arasında gerçek içtima kurallarının tatbik edilmesi gerekmektedir. Bu anlayışın kabulü, geri dönülmez derecede vahim sonuçlara neden olan cinsel istismara karşı çocukların daha etkin bir şekilde korunması amacına hizmet edecektir.

6545 sayılı Kanunla, TCK md.103'te yapılan değişiklik öncesinde Doktrinde, zincirleme şeklinde gerçekleştirilen cinsel istismar eylemleri sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulması halinde, teselsül hükümlerinin netice sebebiyle ağırlaştırılmış haller açısından uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre; zincirleme şekilde işlenen cinsel istismar sonucunda, mağdurun ruh veya beden sağlığında bozulma meydana gelmesi durumunda teselsül hükümlerine göre ceza artırımı, suçun basit veya nitelikli halleri üzerinden yapılacaktır. Teselsül hükümlerinin netice sebebiyle ağırlaştırılmış hal üzerinden yapılması mümkün değildir, zira işlenen suçlar neticesinde mağdurun ruh ve beden sağlığında oluşan bozulma sadece bir kez gerçekleşecektir.⁸⁵¹ Dolayısıyla, TCK md.43'e göre cezada yapılacak artırımın, suçun basit veya nitelikli şekli ya da somut olayda mevcutsa suçun diğer ağırlaştırıcı sebepleri üzerinden yapılarak belirlenen cezaya, mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulmasına ilişkin verilecek cezanın eklenmesi suretiyle fail hakkında hükmedilecek sonuç cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir.⁸⁵² Aksi görüş ise suçun temel şekli ile netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri arasında, görünüşte içtima kurallarından özel norm-genel norm ilişkisinin mevcut olduğunu, bu nedenle de faile sadece netice sebebiyle ağırlaştırılmış cinsel istismardan ceza verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu yazarlara göre; Yargıtay tarafından bu gibi durumlarda faile, suçun basit hali ile netice

suçunu işlediği halde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması, (bozmayı gerektirmiştir).” (Yargıtay 5. CD., 10.03.2008, 653/1714, Tezcan/Erdem/Önok, s.444, dn:312).

⁸⁴⁹ Horozgil, s.136.

⁸⁵⁰ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 458.

⁸⁵¹ Tuğrul, s.319; Aydın, s.94, Yar. CGK, 20.11.2007, 2007/5-142-2007/240, Horozgil, s.137.

⁸⁵² “Suça sürüklenen çocuk hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan uygulamaya yapılırken 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesi ile tayin edilen cezanın, aynı Kanunun 43/1. maddesi gereğince ¼ oranında arttırılması ile elde edilen miktarın 103/6. maddenin tatbiki ile tayin edilen cezaya eklenmesi ve bu sıraya uyularak sonuç cezanın belirlenmesi yerine, TCK'nın 61/5. maddesinde öngörülen sıralamaya aykırı olarak 43/1. maddenin 103/6. maddeden önce uygulanması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi Kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 14.CD., 11.01.2016, 2014/1551-2016/7, Aydın, s.437).

sebebiyle ağırlaştırılmış halinden ayrı ayrı ceza verilmesi, aynı fiilden dolayı kişinin ancak bir kez cezalandırılabileceği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.⁸⁵³

Failin, cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla mağduru hürriyetinden yoksun kıldığı durumlarda fail, cinsel istismar suçunun yanında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan (TCK md.109) da cezalandırılacak ayrıca TCK md. 109/5 hükmü gereği suçun cinsel amaçla işlenmesi, suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak öngörüldüğünden faile verilecek ceza bu fıkra uyarınca artırılacaktır.⁸⁵⁴ Ancak burada, somut olay kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, cinsel istismar suçunun işlenmesi bakımından araç suç niteliği taşıdığının tespiti gerekmektedir.⁸⁵⁵ Zira, cinsel istismar fiilinin doğal sonucu olarak gerçekleştirilen hürriyet kısıtlamaları, TCK md.109 kapsamında değerlendirilmemektedir.⁸⁵⁶ Burada tartışma yaratan husus, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması açısından mağdurun gösterdiği rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Bir görüşe göre, TCK md. 26/2 hükmü gereği bir yerde bulunmaya yönelik hukuken geçerli rıza göstermeye ehil çocukların, özgürlüklerinin kısıtlanması bakımından gösterecekleri rıza, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecek ve fail, TCK md. 109/1'den dolayı cezalandırılmayacaktır.⁸⁵⁷ Yargıtay ise 15 yaşından küçük çocukların rızalarını hukuken geçerli görmemekle⁸⁵⁸ beraber 15-18 yaş aralığında olup ayırt etme gücüne sahip çocukların özgürlüklerinin kısıtlanması eylemine karşı gösterdikleri rızayı geçerli⁸⁵⁹ saymaktadır. Ancak burada, mağdur çocuğun hile ile aldatılarak özgürlüğünün sınırlandırılmasına rıza göstermesinin sağlanması durumunda, eylem hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Son olarak, mağdur çocuğun eyleme göstereceği rıza, hürriyeti tahdit suçunun oluşmasını önleyecekse de TCK

⁸⁵³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.368; Üzülmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.39.

⁸⁵⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.406; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.368-369; Yokuş Sevrük, Özel Hükümler, s.165; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.253; Tuğrul, s.318; Üzülmez, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, s.39; “Sanığın mağduru “sana bir şey vereceğim” diyerek henüz inşa halindeki binaya götürerek burada livata eylemini zorla gerçekleştirdiği olayda; 5237 sayılı TCK’nın 109/1. maddesinde “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakan kişiye” denilmek suretiyle, orada rıza dışında tutulma halinin ayrıca yaptırıma bağlanmış olması ve 765 sayılı Yasada öngörülen hakimiyet tesisi unsurunun bu düzenleme karşısında tartışılmasına ve kabulüne imkan bulunmamasına nazaran cinsel amaçlı hürriyetten yoksun bırakma suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...(bozmayı gerektirmiştir),” (Yargıtay 5. CD., 20.05.2008, 2007/11696-2008/4617, Tezcan/Erdem/Önok, s.443, dn:309).

⁸⁵⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.369; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.253.

⁸⁵⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.369; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.253.

⁸⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.469.

⁸⁵⁸ “Sanığın on beş yaşını bitirmeyen mağduru rızasıyla hürriyetinden yoksun kıldığı mahkemece de kabul edilen olayda bir hakkın kullanımı söz konusu olmadığı gibi, mağdurun 15 yaşından küçük olması karşısında mümeyyiz olsa dahi rızasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği, mağdurun ailesinin bilgisi dahilinde sanığın arabasına binerek ailesinin takibi sonucu yakalanması nedeniyle de eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek TCK.nun 109/1, 3-f, 5 ve 35. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi,” (Yargıtay 5. CD., 28.12.2009, 2009/13495-2009/15074, Tuğrul, s.639).

⁸⁵⁹ “Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma Ö’yu rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY’nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir.” (Yargıtay CGK, 11.03.2008, 5-253/52, Tezcan/Erdem/Önok, s.469, dn:425).

md.234/3 hükmü gereği çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu gündeme gelebilecektir.⁸⁶⁰

Cinsel istismar suçunun, aile bireyleri arasında işlenmesi durumunda fikri içtima kuralları (TCK md.44) gereğince, aile fertlerine kötü muamele suçu (TCK md.232/1) ile çocukların cinsel istismarı suçundan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa, fail o suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁸⁶¹

Cinsel istismar suçunun; siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde, insanlığa karşı suç (TCK md.77/1) oluşacaktır.⁸⁶² Anılan hükümde, cinsel istismar suçunun unsur olarak yer aldığı bir birleşik suç meydana getirilmiştir.⁸⁶³

İşkence suçunun cinsel yönden taciz biçiminde işlenmesi, TCK md.94/3'te nitelikli bir hal olarak düzenlendiğinden bu durumda faile yalnızca nitelikli işkence suçundan ceza verilecektir. Buna karşılık anılan hükümde suçun, cinsel istismar biçiminde gerçekleştirilmesi, nitelikli hal olarak öngörülmediğinden gerçek içtima kuralları gereği fail, işkence ve cinsel istismar suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁸⁶⁴ Ancak doktrindeki bir görüş, TCK md.94/3'teki "cinsel yönden taciz" ibaresinin, tüm cinsel suçları kapsayacak şekilde ele alınması gerektiğini belirterek işkence suçunun, cinsel suçlar aracılığıyla işlenmesi durumunda fikri içtima kuralları gereği failin, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁶⁵

XI. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Çocukların cinsel istismar suçu, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur.⁸⁶⁶ Bununla birlikte, sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismarın failinin çocuk olduğu durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştır. (TCK md.103/1, c.4). Anılan kişilerin, fiili ve faili bildikleri veya öğrendikleri günden itibaren altı ay içerisinde şikâyetle bulunmaları gerekmektedir. (TCK md.73). Kanunda, şikâyet hakkının birden fazla kişiye tanınması sebebiyle şikâyetten vazgeçme ve şikâyeti geri alma durumlarında nasıl bir yol izleneceği öğretide tartışılmıştır. Bazı yazarlar, şikâyet hakkının kullanan kişinin, şikâyeti geri alma yetkisine de sahip olduğunu ve mağdur ile veli ya da vasisinin birlikte şikâyet hakkını kullanmış olduğu durumlarda bunlardan yalnızca birinin şikâyetten vazgeçmiş olmasının diğerinin şikâyetini etkilemeyeceğini ifade etmiştir.⁸⁶⁷ Bir görüş ise şikâyetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle şikâyet hakkını kullanma konusunda mağdur ile veli ya da

⁸⁶⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.348; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.463.

⁸⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366.

⁸⁶² Bayraktar ve diğerleri, s.534; Horozgil, s.139.

⁸⁶³ Horozgil, s.139.

⁸⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.366; Bayraktar ve diğerleri, s.534.

⁸⁶⁵ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.247.

⁸⁶⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.370; Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.166; Taneri, Cinsel Suçlar, s.124.

⁸⁶⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.371.

vasinin iradesinin çeliştiği durumlarda, sezgin olan mağdur çocuğun iradesine üstünlük tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁶⁸

Cinsel istismar suçunda görevli mahkeme, “5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”da yer alan hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Bu bakımdan, cinsel istismarın temel şekli ve nitelikli halleri bakımından öngörülen cezaların üst sınırı, 10 yıldan fazla olduğundan bu hallerde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır. Benzer şekilde, cinsel istismarın netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali açısından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörüldüğünden bu durumda da görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Buna karşılık, cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması durumu açısından öngörülen cezanın üst sınırı 8 yıl olduğundan 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi gereği, görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır.⁸⁶⁹

Yetkili mahkeme, CMK md. 12/1’de belirtildiği üzere suçun işlendiği yer mahkemesidir. Bununla birlikte, teşebbüs durumunda son icra hareketinin yapıldığı, suçun zincirleme şekilde işlendiği durumlarda da son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. (CMK md.12/2).

Cinsel istismar suçunun mağdurunun çocuk olması nedeniyle CMK md. 234/2 uyarınca, mağdur çocuğun vekili bulunmadığı takdirde istemi aranmaksızın kendisine bir vekil tayin edilecektir.⁸⁷⁰ Bununla birlikte, cinsel istismar suçunun faili çocuksa ve müdafisi de bulunmuyorsa CMK md.150/2 uyarınca, kendisine bir müdafî görevlendirilecektir.

CMK md.236/2 uyarınca zorunlu haller hariç olmak üzere suç nedeniyle psikolojisi bozulan çocuk, soruşturma veya kovuşturma sırasında tanık olarak bir defa dinlenebilecektir. Bu hükümle, soruşturma veya kovuşturma açısından gerekli olan bilgilerin, çocuktan tek seferde alınması sağlanıp çocuğun maruz kaldığı fiile dair anılarının tekrar tekrar canlanması engellenerek meydana gelebilecek travmaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁸⁷¹

Cinsel istismar mağduru çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacaktır. (CMK md.236/3).⁸⁷² Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocukların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınacaktır. (CMK md.236/4). TCK md.103/2’de düzenlenen suçtan mağdur olan çocukların soruşturma evresindeki beyanları, bunlara yönelik hizmet veren merkezlerde Cumhuriyet savcısının nezaretinde

⁸⁶⁸ Yokuş Sevik, Özel Hükümler, s.166.

⁸⁶⁹ Aydın, s.98.

⁸⁷⁰ “Katılan M.D. ’nin 18 yaşından küçük olduğuna ve vekili de bulunmadığına göre, 5271 sayılı CMK’nun 234/2 ve 239/2 maddeleri uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi ve mağdurun dinlenmesi sırasında da aynı Yasanın 236/3 maddesi uyarınca, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 2. CD., 26.01.2010, 766-1218, Aydın, s.486).

⁸⁷¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.349.

⁸⁷² “Mağdur çocuk duruşmada psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmadan dinlenerek 5271 sayılı CMK’nın 236/3. maddesine aykırı davranılması kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 2. CD., 01.07.2010, 2364-21248, Aydın, s.486).

uzmanlar aracılığıyla alınacaktır. Kovuşturma evresinde ise ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından mağdur çocuğun beyanının alınması veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde bu işlem, mahkeme veya görevlendireceği naip hâkim tarafından bu merkezlerde uzmanlar aracılığıyla yerine getirilecektir. Mağdur çocukların beyan ve görüntülerinin kayda alınması zorunludur. (CMK md.236/5). Bu beyan ve görüntü kayıtları, dava dosyasında saklanır, kimseye verilmez ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır. (CMK md.236/7). Söz konusu kayıtlar yazılı tutanağa dönüştürülür ve talep halinde şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verilir. Ayrıca, soruşturma ve kovuşturma makamları gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle anılan kişilere izletilebilir. (CMK md.236/8).

Ayrıca, mağdur çocukların dinlenmesinde, görüntü ile ses kaydının alınması zorunludur. (CMK md.52/3). Ancak Yargıtay verdiği bir kararda, anılan hükme aykırı olarak çocuğun dinlenmesi sırasında maddede sayılan kişilerin bulundurulmamış olmasına rağmen inceleme yaptığı tarih itibarıyla çocuğun 18 yaşını tamamlamış olması sebebiyle bu hususu, telafisinin mümkün olmadığı gerekçesiyle bozma nedeni olarak görmemiştir.⁸⁷³

Cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması durumunda, duruşma kapalı yapılacak ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanacaktır. (CMK md.185). Bununla birlikte, CMK'da mağdurun çocuk olması halinde duruşmanın kapalı yapılacağını öngören özel bir düzenleme bulunmamakla beraber CMK md.182/2 çerçevesinde genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı durumlarda, mağdur çocukların korunması amacıyla duruşmaların bazıları veya tamamı kapalı yapılabilecektir.⁸⁷⁴ Ancak, CMK md.182/3 gereği hüküm, açık duruşmada açıklanacaktır.

Cinsel istismar mağduru çocuğun, Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'nun bakım ve koruması altında olması durumunda kurum, davaya katılma hakkına haizdir. Ayrıca, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesine göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın da çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin davalara katılma hakkı bulunmaktadır.⁸⁷⁵

Çocukların cinsel istismarı suçu bakımında dava zamanaşımı süreleri TCK md.66'ya göre belirlenecektir. Dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde, dosyada bulunan mevcut deliller kapsamında suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacaktır. (TCK md.66/3). Buna göre; zamanaşımı süreleri cinsel istismar suçunun, temel şekli ve sarkıntılık düzeyinde kalması halleri bakımından TCK md.66/1-d hükmü gereği 15 yıl; TCK md.103/2'de düzenlenen nitelikli hali açısından TCK md.66/1-c hükmüne göre 20 yıl; TCK md.103/6'da yer alan suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali açısından TCK

⁸⁷³ "Mağdure dinlenirken yanında 5271 sayılı CMK'nın 236/3. maddesine aykırı olarak psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmamış ise de; inceleme tarihi itibarıyla mağdure 18 yaşını tamamlamış olup telafisi mümkün olmadığından bu husus bozma nedeni yapılmamıştır." (Yargıtay 14. CD., 20.01.2014, 2012/15879-2014/459, Aydın, s.481).

⁸⁷⁴ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.349; Memiş Kartal, s.240.

⁸⁷⁵ "Mağdurenin Durağan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27.04.2010 gün ve 2010/25 Esas, 2010/33 Karar sayılı kararıyla koruma altına alındığı anlaşıldığı halde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın CMK'nın 234/1-b maddesinde sayılan hakları kullanılmasının sağlanması gerektiği gözetilmeden davanın anılan kuruma ihbar edilmeden karar verilmesi, Kanuna aykırıdır." (Yargıtay 14. CD., 15.05.2013, 2013/3439-2013/5982, Aydın, s.479).

md.66/1-a'daki hükme göre 30 yıldır. TCK md.66/2 uyarınca, zamanaşımı süreleri fiili işlediği sırada 12-15 yaş aralığında olanlar hakkında bu sürelerin yarısı, 15-18 yaş aralığında olanlar hakkında ise üçte ikisi oranında uygulanacaktır. Anılan süreler, suçun tamamlandığı hallerde işlendiği günden, teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda son hareketin yapıldığı günden, zincirleme suç şeklinde işlendiği durumlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. (TCK md. 66/6). Bununla birlikte, suçun çocuklara karşı üstsoy veya çocuk üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunan kişiler tarafından işlendiği durumlarda zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanunda çocuğa karşı işlenen suçlar bakımından öngörülen hükmün yalnızca anılan kişilerin fail olduğu durumlarla sınırlandırılması çocukların diğer faillere karşı yeterince korunamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, yetişkinlere nazaran daha zayıf konumda bulunan çocuklara karşı işlenen suçlar bakımından tüm failler için zamanaşımı süresinin çocuğun 18 yaşını doldurduğu günden başlamasını öngören bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır.

XII. Yaptırım ve İnfaz Usulü

Cinsel istismar suçunun temel şekli bakımından sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası (md.103/1, cümle 1), sarkıntılık düzeyinde kalan hâli bakımından ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası (md.103/1, cümle 2) öngörülmüştür. Ancak, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olduğu durumlarda faile verilecek ceza, suçun temel şekli açısından on yıldan, sarkıntılık durumunda ise beş yıldan az olamaz. (md.103/1, cümle 3).

Suçun, vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür. (md.103/2, cümle 1). Ancak, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması durumunda faile verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz. (md.103/2, cümle 2).

Suçun, TCK md.103/3-4'te yer alan cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerinin söz konusu olduğu durumlarda, md.103/1 ve md.103/2'deki hükümlere göre verilecek cezada yarı oranında artırım yapılacaktır. Suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından ise faile, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir. (md.103/6). Bununla birlikte, TCK md. 61/7 hükmü uyarınca, cinsel istismar suçu sonucunda tayin edilecek süreli hapis cezasının miktarı, 30 yıldan fazla olamayacaktır.

Cinsel istismar suçunun faili, kasten işlediği bu suç sebebiyle hapis cezasına mahkum edildiğinden TCK md.53/1'te yer alan haklardan yoksun bırakılacaktır. Bununla birlikte, cinsel istismar suçunun, TCK md.53/1'de yer alan velayet hakkı gibi hakların kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, TCK md.53/5 hükmü gereği sanık, ayrıca infazdan sonra işlemek üzere verilen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkileri kullanmaktan yasaklanacaktır.⁸⁷⁶

⁸⁷⁶ “Sanığın 5237 sayılı TCK.nun 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük kızlarına karşı atılı suçları işlediğinin anlaşılmasına göre; cezanın infazından sonra başlamak üzere aynı Yasanın 53/5. maddesi uyarınca hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması,” (Yargıtay 5. CD., 07.10.2009, 2009/9315-2009/11143, Tuğrul, s.321-322).

6545 sayılı Kanun'un 82. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesine eklenen hükümle, maddede belirtilen koşullu salıverme sürelerinin, çocukların cinsel istismarı suçundan mahkum olanlar hakkında tatbik edileceği (md.108/9) ifade edilmekle beraber çocuk olan hükümlüler, kapsam dışı bırakılmıştır. (md.108/10). TCK md.108 uyarınca çocukların cinsel istismarı suçu bakımında koşullu salıverilme süreleri; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülen (TCK md.103/6 hükmünün uygulandığı durumlarda) hallerde 39 yıl (md.108/1-a), müebbet hapis cezası öngörülen durumlarda 33 yıl (md.108/1-b), birden fazla süreli hapis cezasının öngörüldüğü durumlarda en fazla otuz iki yıl (md.108/1-c), süreli hapis cezaları bakımından ise dörtte üç (md.108/9, cümle 2) olarak uygulanacaktır.

Cinsel suç failleri açısından önem arz eden bir diğer husus da alternatif bir yaptırım olarak kastrasyonun bu kişilere uygulanabilirliğinin tartışılmasıdır. Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyetlerde bulunabilme ve üreme yeteneklerinin tamamen veya geçici bir süreliğine ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.⁸⁷⁷ Kastrasyon, yaygın olarak cerrahi ve kimyasal yöntemlerle gerçekleştirilmekte beraber farmakolojik olmayan başkaca yöntemlerle de yapılabilmektedir.⁸⁷⁸

Cerrahi kastrasyon, erkek üreme organı olan testislerin cerrahi bir operasyonla vücuttan alınması işlemidir.⁸⁷⁹ Cerrahi kastrasyonun daha kapsamlı icrası olan biyolojik kastrasyonda ise kişinin yalnızca testisleri değil tüm cinsel salgı bezleri bedenden alınarak cinsel faaliyetlerde bulunma yeteneği tümüyle ortadan kaldırılmaktadır.⁸⁸⁰ Cerrahi kastrasyon neticesinde, kişilerin üreme yeteneklerinin tamamen ortadan kalktığı ancak kişilerdeki cinsel isteğin tam anlamıyla yok olmadığı fakat azaldığı ifade edilmiştir.⁸⁸¹ Ayrıca, testosteron üretiminde meydana gelen azalışla beraber kişilerin cinsel ilişkiye girme istekleri, cinsel fantezileri ile agresif davranışları azalmakta hatta bazen tümüyle ortadan kalmaktadır.⁸⁸² Ancak, cerrahi kastrasyon neticesinde kişilerin depresyona girmelerine veya intihara yönelmelerine sebep olabilecek pek çok fiziksel ve zihinsel yan etkilerin meydana gelebileceği belirtilmektedir.⁸⁸³

Cerrahi kastrasyon, tarihsel süreç içerisinde farklı amaçlarla kullanılmış olmakla beraber suçlulukla mücadele etme ve suçlu kişileri tedavi etme maksadıyla ilk kez 1892 yılında

⁸⁷⁷ Yenidünya, Caner/Yaşar, Yusuf, Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:4, S:14, Temmuz 2013, s.172; Akbaba, Zeynep Burcu, Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S: 81, s.356; Küçük, Tefik Sönmez, Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2015, C:19, S:4, s.299.

⁸⁷⁸ Kızılırmak, Baran, Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:2019, C:25, S:2, s.1027; Akbaba, Kimyasal Hadım... I, s.356.

⁸⁷⁹ Küçük, s.302; Yenidünya/Yaşar, s.174; Akbaba, Kimyasal Hadım... I, s.359.

⁸⁸⁰ Yenidünya/Yaşar, s.174-175.

⁸⁸¹ Yenidünya/Yaşar, s.175.

⁸⁸² Özdemir, Hayrunnisa, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2010, C:14, S:1, s.133-134.

⁸⁸³ Küçük, s.304.

İsviçre’de kullanılmaya başlamış ve zamanla bu yöntem diğer Avrupa ülkelerinde de uygulama alanı bulmuştur.⁸⁸⁴

Türk Hukuku’nda cerrahi kastrasyonla ilgili düzenleme, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde yer almaktadır. Hükümde, bir ameliyat sırasında tıbbi zorunluluk halinde tedavi amaçlı olarak kişilere rızaları aranmaksızın kastrasyon işleminin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu bakımdan, cerrahi kastrasyon ancak tıbbi bir zorunluluk halinde bir hastalığı tedavi etmek amacıyla başvurulabilen bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Anılan hükümde, ayrıca sterilizasyon (kısırlaştırma) kavramına da yer verildiği görülmektedir. Kısırlaştırma, kişilerin cinsel ihtiyaçlarının tatminine engel olmaksızın yalnızca üreme yeteneklerinin ortadan kaldırılması için yapılan cerrahi bir işlemdir.⁸⁸⁵ Bu bakımdan kısırlaştırma, kastrasyondan farklı bir kavramdır. Nitekim, kısırlaştırmada cinsel salgı bezlerine ve hormonlara bir müdahale olmaksızın kadınların yumurta kanalları, erkeklerin ise sperm kanalları kapatılarak üreme yetenekleri sonlandırılmaktadır. Kastrasyonda ise kişilerin cinsel salgı bezleri alınarak veya işlevleri ortadan kaldırılarak cinsel arzularını tetikleyen dürtüleri ve üreme yetenekleri sonlandırılmaktadır.⁸⁸⁶

Kimyasal kastrasyon ise vücuttaki testosteron üretiminin azaltılması için vücuda ilaç verilmesi işlemi olarak ifade edilmektedir.⁸⁸⁷ Bu yöntemde cerrahi bir müdahale olmadığı için kişinin cinsel ilişkiye girme yeteneği ortadan kalkmamakta ancak hormon seviyesindeki düşüş sebebiyle kişi, cinsel ilişkiyi başlatamamakta veya ilişki sırasında cinsel haz duyamamaktadır.⁸⁸⁸ Kimyasal kastrasyon, cerrahi kastrasyondan farklı olarak geri dönüşü mümkün bir yöntemdir. Ancak, hormonal bir tedavi olduğu için ağır yan etkileri bulunmakla beraber devam ettirmede ve sonlandırmada yaşanan güçlükler vs. pek çok olumsuz tarafları mevcuttur.⁸⁸⁹ Ayrıca, tedavi sonlandırıldıktan sonra kişinin testosteron seviyelerinde ciddi oranda bir artış meydana gelmekle beraber tekrar aynı tür eylemleri gerçekleştirme riski de artmaktadır.⁸⁹⁰ Kimyasal kastrasyon, tüm cinsel suç faillerine uygulanabilir yöntem değildir. Bu tedavi yöntemi, sadece cinsel dürtülerini kontrol edemeyen pedofilik bireyler üzerinde etkili olmaktadır.⁸⁹¹

Kimyasal kastrasyon yöntemi, günümüzde çeşitli ülkeler tarafından uygulanmaktadır. Son zamanlarda, cinsel suçlardaki artış sebebiyle failere karşı toplumda meydana gelen öfke ve nefret doğrultusunda Türk Hukuku’nda da çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu amaçla, 08.02.2011 tarihli kanun teklifinde, CGTİHK’nın 108. maddesine cinsel suç failleri bakımından kimyasal kastrasyonun uygulanmasına ilişkin hükümler getirilmesi önerilmiştir. Ancak, bu tasarı kanunlaşmamıştır.

⁸⁸⁴ Yenidünya/Yaşar, s.175.

⁸⁸⁵ Yenidünya/Yaşar, s.173.

⁸⁸⁶ Yenidünya/Yaşar, s.174.

⁸⁸⁷ Kızılırmak, s.1028.

⁸⁸⁸ Yenidünya/Yaşar, s.177; Kızılırmak, s.1028.

⁸⁸⁹ Erdoğan, s.153.

⁸⁹⁰ Erdoğan, s.153.

⁸⁹¹ Akbaba, Kimyasal Hadım... I, s.364-365.

Süreç içerisinde cinsel suçlarda meydana gelen artış neticesinde kastrasyon uygulaması tekrardan gündeme gelmiştir. Bu kapsamda, 18.06.2014 tarihinde çıkarılan 6545 sayılı Kanunun 82. maddesiyle, CGTİHK'nın 108. maddesine eklenen fıkra ile TCK md.102/2, md.103, md.104/2-3'teki suçlardan mahkum olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde infaz hâkimi tarafından maddede belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. (md.108/9). Anılan hükümde, sanığın tıbbi tedaviye de tabi tutulabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemenin akabinde, bu maddeye dayanılarak 26.07.2016 tarihinde *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik* çıkarılmıştır. Yönetmeliğin, 7. maddesinin 1. fıkrasında hükümlülere uygulanacak tıbbi tedavi, TCK md.102/2, 103/1-2 ve 104/2-3'teki suçlardan hüküm giyenlere yönelik olmak üzere; “ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.” şeklinde tanımlanmıştır. Türk Psikiyatri Derneği tarafından anılan hüküm de dâhil olmak üzere Yönetmelikteki bazı düzenlemelerin iptal edilmesi ve yürütmesinin durdurulması amacıyla açılan davada, Danıştay 10. Dairesi sadece md.7/1'deki hükmün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.⁸⁹² Anılan kararda, CGTİHK md.108'deki hükümde “tedavi” kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmediği ve Anayasanın 17. maddesi gereği kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik olan düzenlemelerin ancak kanunla yapılabileceği ifade edilmiş ve dava konusu düzenlemenin hukuka aykırı olduğu ve uygulanması durumunda telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği belirtilmiştir.⁸⁹³

Kimyasal kastrasyon, temel hak ve özgürlükler çerçevesinde değerlendirildiğinde bu uygulamanın pek çok hakkı ihlal edici niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Öncelikle kimyasal kastrasyon yaşam hakkı kapsamında ele alındığında, bu uygulama kişilerin fiziksel bütünlüğüne zarar vermekte ve ciddi yan etkileri sebebiyle de sağlıklı bir şekilde yaşamalarına engel olmaktadır.⁸⁹⁴ Kimyasal kastrasyonda uygulanan ilaçların etkilerinin tam olarak saptanamaması sebebiyle deneysel nitelikte bir uygulama olduğu bu bakımdan da işkence yasağını ihlal ettiği ileri sürülmüş ayrıca bu işlemin AİHS md. 3 kapsamında onur kırıcı bir muamele olduğu belirtilmiştir.⁸⁹⁵ Bunun dışında, kimyasal kastrasyon AİHS md. 8'de düzenlenen özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında da ele alınmıştır. Bu çerçevede kastrasyonun, kişilerin üreme yeteneğini ve cinsel faaliyetlerini engellemesi sebebiyle anılan haklara aykırı bir uygulama olduğu ancak md.8/2'de kamu güvenliği sebebiyle bu hakkın sınırlandırılmasının mümkün kılındığı ifade edilmiştir.⁸⁹⁶ Ayrıca, kimyasal kastrasyon AİHS md. 12'deki evlenme ve aile kurma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu uygulama nedeniyle kişinin vücudundaki sperm

⁸⁹² Kızılırmak, s.1053.

⁸⁹³ Danıştay 10. Dairesi, T: 07.06.2017, E: 2016/12975, anılan karar için bkz. <https://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/98201721930-Cinsel-Suclar-Danistay-Karari.pdf>, E.T:20.11.2020.

⁸⁹⁴ Akbaba, Zeynep Burcu, Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu II, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S: 82, s.379.

⁸⁹⁵ Akbaba, Kimyasal Hadım...II, s.380.

⁸⁹⁶ Akbaba, Kimyasal Hadım...II, s.380.

sayısının ve kalitesinin düştüğü ayrıca partnerin gebe kalması durumunda, kastrasyonun fetusta meydana getirdiği deformasyon sebebiyle ceninin sakat veya ölü doğabileceği ifade edilmiştir.⁸⁹⁷

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kişinin rızasına aykırı olarak biyolojik ya da psikolojik bir tedavi kapsamında olmaksızın kişinin cinsel dürtülerini kontrol edememesi sebebiyle hormon tedavisinin yarar sağlayacağı hususu tespit edilmeden uygulanan kimyasal kastrasyon, temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edecektir.⁸⁹⁸ Ancak şartların mevcut olması halinde çocukların vücut bütünlüklerinin, cinsel özgürlüklerinin ve yaşam haklarının korunması adına cinsel istismar faillerine kimsasal kastrasyon uygulanabileceği belirtilmektedir.⁸⁹⁹ Ancak, cerrahi kastrasyonun kişinin vücuduna yönelik geri dönüşü olmayan bir müdahale içermesi sebebiyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir uygulama olduğu kabul edilmekte⁹⁰⁰ ve bir suça karşı ceza ya da güvenlik tedbir olarak uygulanamayacağı ifade edilmektedir.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ Kızılırmak, s1061.

⁸⁹⁸ Yenidünya/Yaşar, s.182; Taner, Fahri Gökçen, 6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2017, Özel S. (Kadın ve Hukuk), s.89.

⁸⁹⁹ Yenidünya/Yaşar, s.182.

⁹⁰⁰ Akbaba, Kimyasal Hadım...II, s.392.

⁹⁰¹ Yenidünya/Yaşar, s.183.

SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara hem Türk hukukunda hem de uluslararası hukukta özel bir değer atfedilmiştir. Bu suçlar için öngörülen düzenlemeler, devletlerin toplumsal yapıları ve modern ceza hukuku anlayışındaki değişmelere bağlı olarak şekillenmiştir. Hukuk sistematğinde, zayıf ve korunmaya muhtaç olan çocukların cinsel anlamda istismar edilmelerinin önlenmesi ve buna bağlı olarak cinsel gelişimlerinin normal şekilde ilerlemesinin sağlanması amacıyla cinsel istismar teşkil eden fiillerin suç olarak düzenlenmesi için hem uluslar arası alanda sözleşmeler yapılmış hem de devletler tarafından ulusal mevzuatlarda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

Türk Hukuku'nda da çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar fiilleri gerek mülga 765 sayılı TCK'da gerekse de 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Günümüze kadarki süreç içerisinde, Türk kanun koyucu tarafından ceza hukuku alanındaki değişim ve gelişimlere uyum sağlama adına devletin toplumsal yapısı da dikkate alınarak bu suçlara ilişkin hükümlerde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Özellikle son zamanlarda, cinsel suçlardaki artış göz önünde bulundurularak cezalarda artırımı gidilmiş ve infaz rejiminde fail aleyhine düzenlemeler getirilmiştir. Ancak ne yazık ki istatistikler dikkate alındığında bu düzenlemelerin caydırıcılığı artırmadığı görülmektedir. Yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın cinsel istismar suçunu düzenleyen 103. maddesindeki belirsiz kalan ve tereddütlere yol açan hükümleri düzeltmek ve uygulamada çıkan sorunları gidermek amacıyla 6545 sayılı Kanun ve 6763 sayılı Kanunla söz konusu düzenlemede değişiklikler yapılmıştır. Ancak, hala tartışılan ve açıklık getirilmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Çocukların korunması ve hem fiziksel hem de psikolojik açıdan sağlıklı nesiller yetiştirilmesi bakımından cinsel istismar fiilleriyle daha etkin bir mücadele ortamının oluşturulabilmesi için son derece önem arz eden cinsel istismar suçuna ilişkin hükümlerin, kanun koyucu tarafından titizlikle ele alınarak düzenlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan çalışmamızda, TCK md.103'de yer alan hükümlere ilişkin tespit ettiğimiz eksiklikleri ve aydınlatılması gereken muğlak ifadeleri, incelediğimiz bölümlerde açıklamış olmakla beraber tespit ettiğimiz hususlara dair getirilebilecek muhtemel çözümlere kısaca tekrar değinmeyi uygun görüyoruz.

TCK md.103/1'de, cinsel istismarın maddi unsuru açısından mağdur çocukların yaşı ve algılama yetenekleri dikkate alınarak ikili bir sistem öngörülmüştür. Anılan hükümde, Kanunun 15-18 yaş aralığında olan çocuklara uygulanacak hüküm açısından "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği" kriterini kıstas olarak aldığı görülmektedir. Ancak, burada araştırılması gereken husus, mağdur çocuğun gerçekleştirilen eylemin hukuki açıdan ne anlama geldiğini ya da hangi hukuk normunu ihlal ettiğini bilip bilmediği değil gerçekleştirilen eylemin cinsel içeriğini ve kendi vücudu üzerinde meydana getireceği sonucuna dair idrak yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitidir. Bu bakımdan, Kanundaki ifadenin "fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği" olarak değiştirilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

Maddede, vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde gerçekleştirilen cinsel istismarın, ayrı bir suç olarak değil suçun cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hali olarak düzenlenmesi teşebbüs, gönüllü vazgeçme ve zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması

bakımından çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce, nitelikli halin ayrı bir suç olduğunun kabulü, çocukların korunması düşüncesine daha fazla hizmet edecektir. Nitekim, anılan hükmün mevcut haliyle nitelikli hal olarak öngörülmesi nedeniyle nitelikli cinsel istismar gerçekleştirme kastıyla harekete geçen failin, elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması durumunda teşebbüse ilişkin genel hükümler uyarınca failin, nitelikli cinsel istismara teşebbüsten cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu gibi hallerde, ancak koşulların mevcudiyeti halinde failin suçun temel şeklinden sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu anlayış çerçevesinde, nitelikli cinsel istismar kastıyla hareket eden ancak elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamayan fail ile çocuğa karşı basit cinsel istismar niteliğindeki dokunma, okşama, öpme gibi davranışlar gerçekleştiren failin aynı hükme göre cezalandırılması, adaletsiz sonuçlara yol açacak ve kanun koyucunun bu suçla korumak istediği hukuki menfaate aykırılık teşkil edecektir. Benzer şekilde, failin nitelikli cinsel istismar kastıyla icra hareketlerine başladıktan sonra kendi isteğiyle hareketi sonlandırması durumunda, nitelikli cinsel istismarın ayrı bir suç olarak öngörülmemesi nedeniyle gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlere göre failin hiç cezalandırılmaması şeklinde yerinde olmayan sonuçlar meydana gelebilecektir. Bununla birlikte, burada iki ayrı suçun varlığının kabul edilip bu suçlar arasında teselsül hükümlerinin işletilmemesi çocukların korunması açısından daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Hükümdeki diğer bir önemli bir eksiklik, çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin açık bir hükmün bulunmamasıdır. Nitekim, Türkiye'nin de taraf olduğu Lanzarote Sözleşmesi'nin 18. maddesinde, taraf devletlere çocuklarla gerçekleştirilen cinsel nitelikteki faaliyetleri iç hukuklarında suç olarak düzenlemeleri hususunda yükümlülük getirildiği ancak çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel faaliyetlerin bu kapsamın dışında tutulduğu belirtilmiştir. Yine benzer şekilde mukayeseli hukuktaki çeşitli düzenlemelerde, akran kabul edilebilecek yaştaki çocukların birbirlerine karşı rızaya dayalı cinsel davranışta bulunmaları durumlarının cezalandırılmayacağını öngören hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda da benzer bir düzenleme yapılması, hem sözleşmeye uyum sağlama hem de bu hususa ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılması açısından büyük önem taşımaktadır.

Düzenlemedeki önemli başka bir eksiklik de evli çocuklara karşı eşleri tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlara uygulanacak özel bir hükmün öngörülmemesidir. Nitekim, yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları cezalandıran TCK md.102'de suçun, eş tarafından diğer eşe yönelik olarak vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine fail eşin cezalandırılacağını öngören özel bir hüküm mevcuttur. Bu bakımdan, yetişkinlere nazaran zayıf konumda olan çocukların menfaatleri gözetilerek bu hususa ilişkin TCK md. 103'te ayrı bir düzenleme yapılması ve evli çocuklara karşı eşleri tarafından rızaları olmadan gerçekleştirilen hem basit hem de nitelikli cinsel istismar niteliğindeki davranışların cezalandırılması yerinde olacaktır. Ayrıca, yine çocukların korunması adına md.102/2'den farklı olarak anılan suçun resen soruşturulup kovuşturulması gerekmektedir.

Kanunun md.103/2'deki hükmünde failin, mağduru failin vücuduna organ veya cisim sokmaya zorlaması durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında, böyle bir durumda failin basit cinsel istismar suçundan cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu yaklaşımda, faile organ veya cisim sokmaya zorlanan çocuklarla fail tarafından basit cinsel istismar niteliğinde davranışlarla istismar edilen çocukların aynı hükme göre cezalandırılması adaletsiz bir uygulama olmaktadır. Zira, bu iki hipotezde mağdur konumundaki çocukların, cinsel özgürlüklerinin aynı oranda ihlal edildiği söylenemeyecektir. Bu bakımdan, mağdurun faile yönelik organ veya cisim sokmaya zorlandığı durumların da TCK md. 103/2'deki düzenlemeye dâhil edilmesi gerekmektedir.

Düzenlemedeki bir diğer önemli eksiklik, çocuk yaştaki evliliklerin suç olarak öngörülmemiş olmasıdır. Çocuk evlilikleri, insan hakları ihlali olarak görülmekte ve özellikle kız çocukları açısından en sık karşılaşılan cinsel istismar biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Henüz psikolojik ve fizyolojik açıdan yeterli erginliğe ulaşmamış çocukların, zorla evlendirilerek istismar edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla uluslararası alanda çeşitli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu amaçla yapılan ve Türkiye'nin de taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi'nde de çocukların zorla evlendirilmelerinin ulusal mevzuatlarda suç olarak düzenlenmesi ve bu konuda gerekli olan diğer tüm tedbirlerin alınması hususu, taraf devletlere bir ödev olarak yükletilmiştir. Ancak, Türk Hukuku'nda Medeni Kanun'da belirtilen asgari yaştaki çocukların zorla evlendirilmelerini suç olarak öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut düzenleme kapsamında, bu tür fiillerin ancak koşulların mevcudiyeti halinde TCK md. 103 kapsamında cezalandırılabilmesi mümkünse de gerek sözleşmeye uyum sağlama açısından gerekse de bu fiillere karşı daha etkin bir mücadele ortamı sağlanması adına çocuk evliliklerinin, TCK'da özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

En nihayetinde, cinsel istismar olgusunun hukuk dışında tıp, psikoloji, sosyoloji gibi farklı disiplinleri ilgilendiren çok boyutlu yapısı itibarıyla bu fiillerle mücadelede multidisipliner bir yaklaşımla sistematik bir çalışmanın yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Yapılan araştırmalar neticesinde, cinsel istismara karşı en etkili mücadele sisteminin, bu tür fiillere yönelik yapılacak önleme çalışmalarına ağırlık verilerek oluşturulabileceği ortaya koyulmuştur. Bu kapsamda çocuklara, ailelere ve psikolog, sosyal hizmet uzmanı, pediatrist, öğretmen gibi çocuklarla çalışan kişilere cinsel istismar konusunda verilecek eğitimler ön plana çıkmaktadır.

Cinsel istismara karşı farkındalığın artırılması, çocuğun kendini koruyabilmesi ve tekrar tekrar istismar edilmesinin önüne geçilmesi adına gelişmiş ülkelerde uygulanan kişisel güvelik, iyi dokunuş kötü dokunuş gibi okul temelli beceri eğitim programları büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, ebeveynlerin de cinsel istismar konusunda bilinçlendirilmesi, çocuğun bu fiillerden korunmasında ve istismarın erken fark edilmesinde etkili olmaktadır. Ebeveynlerin, istismara uğramış bir çocuğa karşı nasıl davranılması gerektiği konusunda bilinçli olarak hareket etmesi, çocuğun ebeveynleriyle iletişime geçmesini kolaylaştırmakta bu da istismarın daha hızlı şekilde açığa çıkmasını sağlamaktadır. Ayrıca, ebeveynlerin istismar edilmiş çocuğa anlayışlı ve destekleyici

şekilde davranması, istismar nedeniyle çocukta meydana gelen psikolojik travmanın daha kolay atlatılmasına da yardımcı olacaktır. Yine çocuklarla doğrudan temas halinde olan psikiyatrist, öğretmen, sosyal hizmet uzmanı gibi alanında uzman kişilerin, cinsel istismar hususunda bilgi sahibi olmaları ve multidisipliner bir yaklaşımla ekip halinde çalışmaları, cinsel istismarla mücadelede önemli bir rol oynamaktadır.



KAYNAKÇA

- Acehan, Selen/Bilen, Ayşegül/Ay, Mehmet Oğuzhan/Gülen, Müge/Avacı, Akkan/İçme, Ferhat; Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Y:2013, C:22, S:4, ss.591-614.
- Akbaba, Zeynep Burcu; Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S: 81, ss. 353-380.
- Akbaba, Zeynep Burcu; Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu II, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S: 82, ss. 377-394.
- Akgündüz, Ahmet; Kanunâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'i Tahlili, İslami Araştırmalar Dergisi, Y:1999, C: 12, S:1, ss.1-16.
- Akgündüz, Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Aksoy, Ercüment/Çetin, Gürsel/İnanıcı, Mehmet Akif/Polat, Oğuz/Sözen, M. Şevki/Yavuz, Fatih; Çocuk İstismarı ve İhlali, <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html>, E.T:09.05.2020.
- Aktepe, Evrim; Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2009, C:1, S:2, ss.95-119.
- Aktepe, Evrim/Atay, İnci Meltem; Çocuk Evlilikleri ve Psikososyal Sonuçları, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y: 2017, C:9, S:4, ss.410-420.
- Akyüz, Emine; Çocuk Hakları Bildirisi ve Türk Hukuk Sistemi, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Y:1980, C:13, S:1, ss.339-365.
- Alpaslan, Ahmet Hamdi; Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar, Kocatepe Tıp Dergisi, Y:2014, C:15, S:2, ss.194-201.
- Aral, Neriman/Gürsoy, Figen; Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı, Milli Eğitim Dergisi, Temmuz, Ağustos, Eylül 2001, S:151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aran_gursoy.htm, E.T:10.05.2020.
- Arslan, Çetin; İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2004, C:53 S:4, ss.19-83.
- Artuç, Mustafa; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin; Sarkıntılık Fiili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2016, C:65, S:4, ss. 3243-3270.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

- Ataç, Asiye Selcen; Ceza Hukuku ve Encest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Y:2013, C:19, S:2, ss.871-878.
- Avcı, Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza Yayıncılık, Konya 2014.
- Aydın, Murat; Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Aygül, Hasan Hüseyin/Şensoy, Alara Fulya; Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:2018, C:17, S: 2, ss.533-551.
- Bakıcı, Sedat; Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara 1994.
- Baran, Aylin Görgün/Paksoy Erbaydar, Nüket; Yasak Cinsel İlişki: Encest, https://www.researchgate.net/profile/Nueket_Paksoy_erbaydar/publication/266874757_YASAK_CINSEL_ILISKI_ENSEST/links/55c1e80108aeb2864582524f/YASAK-CINSEL-ILISKI-ENSEST.pdf, E.T: 15.04.2020.
- Bayraktar, Köksal/Keskin Kiziroğlu, Serap/Yıldız, Ali Kemal/Memiş Kartal, Pınar/Altunç, Sinan/Bostancı Bozbayındır, Gülşah/Erman, Barış/Eroğlu Erman, Fulya/Kurt, Gülşah/Sınar, Hasan; Özel Ceza Hukuku Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar 1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Baytemir, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Beyazıt, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, S:1, ss.293-310.
- Boran, Perran/Gökçay, Gülbin/Devecioğlu, Esra/Eren, Tijen; Çocuk Gelinler, Marmara Medical Journal, Y:2013, C: 26, S:2, ss.58-62.
- Bulut, Sefa; Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme, Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, C:3 S:28, ss. 139-156.
- Can, Muhammet/Tırtıl, Lale/Dokgöz, Halis; Çocuk İstismarı Olgularında Hekim Sorumluluğu, Klinik Gelişim, Y:2009, C:22, Adli Tıp Özel S., ss.89-94.
- Centel, Nur; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, S: 99, ss.269-290.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül; Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2011.
- Çalvin Bozbeyoğlu, Alanur/Koyuncu, Ece/Kardam, Filiz/Sungur, Altan; Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye'de Encest, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 2010/1, C: 13, S: 1, ss. 1-37.
- Çeçen, Ayşe Rezan; Çocuk Cinsel İstismarı: Sıklığı, Etkileri ve Okul Temelli Önleme Yolları, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Y: 2007, C: 4, S: 1, ss.1-17.
- Dedeler, Meryem/Öpöz, Tuğçe/Öztürk, Cansu; Çocukluk Çağı Cinsel İstismarına Yönelik Tedavi ve Önleme Yaklaşımları: Bir Gözden Geçirme, AYN Klinik Psikoloji Dergisi, Y:2016, C:3, S:1, ss.28-43.

- Değirmenci, Olgun; Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İnsan Ticareti Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 2006, S: 67, ss.57-96.
- Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Demirtürk Selçuk, Ezgi/Karadeniz, Havva; Çocuk İstismarına Yol Açan Ailesel Nedenler ve Çocuğun Korunmasına Yönelik Önlemler, Sağlık ve Toplum Dergisi, Y:20, S:1, Ocak-Nisan 2020, ss.30-35.
- Dervişoğlu, Suat; Çocuk İstismarı ve İhlali Açısından Sokakta Çalışan Çocuklar ve Avrupa Birliği Uygulamaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Doğan, Recep; Anamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y:2017, C:75, S:1, ss.123-149.
- Dönmezer, Sulhi; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1975.
- Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1984.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Dursun, Selman; Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, S:24, ss.57-73.
- Dülger, İbrahim; Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 1998.
- Dülger, İbrahim; Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y:2000, S:6, ss.81-104.
- Erdoğan, Ayten; Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2010, C:2, S:2, ss.132-160.
- Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2000.
- Erman, Ragıp Barış; Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- Ertur, Esen/Yaycı, Nesime; Erkek Mağdur Açısından Ensest, Adli Tıp Dergisi, Y:2011, C:25, S:3, ss.199-214.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nun Genel Teorisini Giriş, 7. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Kitabevi, İstanbul 2010.
- Gökçen, Ahmet; Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.
- Gölge, Zeynep Belma; Cinsel Saldırıda Etkili Faktörler ve Suçlu Profili, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2005.

- Gölge, Zeynep Belma; Cinsel Travma Sonrası Oluşan Ruhsal Sorunlar, Nöropsikiyatri Arşivi, Y:2005, C: 42, S:1-2-3-4, ss.19-28.
- Gültaş, Veysel/Gündüz, Remzi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2008.
- Gündüz, Remzi; 6545 Sayılı Kanun'la Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Güngör, Devrim; Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Pornografisi, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt II, Ankara 2015, ss.545-556.
- Hafizoğulları, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, E.T: 10.06.2020.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2017.
- Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Genişletilmiş Güncellenmiş 15. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- Hancı, Hamit/Eşiyok, Burcu; Munchausen by Proxy Sendromu: Vekaleten Hastalık, Haziran 2000, C:9, S:6, <https://www.ttb.org.tr/STED/sted0600/8.html>, E.T:10.05.2020.
- Horozgil, Denizhan; Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2011, S:93, ss.108-146.
- İçel, Kayıhan/Ünver, Yener; Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.
- İnan, Ali Naim; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:1995, C:44, S:1, ss.765-778.
- İnci, Yusuf; Çocukların Cinsel Suistimali ve İstismarının Sosyokültürel ve Ekonomik Boyutları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Kanbur, Mehmet Nihat; 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Y:2015, C:16, Özel S. 2014, ss. 4139-4210.
- Kara, Bülent/Biçer, Ümit/Gökalp, Ayşe Sevim; Çocuk İstismarı, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y:2004, C:47, S:2, ss.140-151.
- Karakartal, Demet; Çocuk Cinsel İstismarının Önlenmesinde Cinsel Eğitimin Önemi, Uluslararası Beşeri Bilimler ve Eğitim Dergisi (IJHE), Y:2020, C:6, S:13, ss.145-156.
- Karataş, Zeki; Çocukların Cinsel İstismardan Korunmasında Çocuk Adalet Sisteminin Önleyici Fonksiyonu, Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi, Y:2018, C:2, S:2, ss.130-147.
- Kaya, Funda; Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016.
- Kaynak Malatyalı, Meryem; Türkiye'de Çocuk Gelin Sorunu, Nesne Psikoloji Dergisi, Y:2014, C:2, S:3, ss.27-38.

- Keskin, Gülseren/Çam, Olcay; Çocuk Cinsel İstismarına Psikodinamik Bakış Açısı ve Hemşirelik Yaklaşımı, Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi, Y:2005, C:21, S:2, ss.191-208.
- Kılıç, Abbas; Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2008, S:78, ss.167-204.
- Kır, Ebru; Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:2013, C:71, S: 1, ss.785-800.
- Kızılırmak, Baran; Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:2019, C:25, S:2, ss.1025-1071.
- Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Konan, Belkıs; Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Y:2011, S:29, ss.149-172.
- Koparan, Reşat; 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Seminer Çalışması, Kayseri 2009, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf, E.T: 12.03.2020.
- Korkusuz, Gülşah; Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C:71, S:1, ss.815-854.
- Kurt, Sevil Lale; Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Y:16, S:36, Ocak-Haziran 2016, ss.99-127.
- Kurt Yücekul, Gülşah; İnsan Ticareti Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- Küçük, Tefik Sönmez; Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2015, C:19, S:4, ss.297-322.
- Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s.124.
- Mavi Aydoğdu, Saadet Gonca/Özsoy, Ülkü; Çocuk Hakları İhlali: Cinsel İstismar Journal of Academic Research in Nursing (JAREN), Y:2017, C:3, Ek S., ss.57-60.
- Memiş Kartal, Pınar; Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- Meran, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Nişancı, Doğukan; 6545 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2015, S:120, ss.209-260.
- Nuhoğlu, Ayşe; Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Köksal Bayraktar'a Armağan Cilt II, ss.287-300.

- Okan İbiloğlu, Aslıhan/Atlı, Abdullah/Oto, Remzi/Özkan, Mustafa; Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Ensest Olgularına Çok Yönlü Bakış, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Y:2018, C: 10, S:1, ss.84-98.
- Orak, Oya Sevcin; Annelere ve Çocuklara Uygulanan Koruyucu Temelli Psikososyal Girişimlerin Çocukların Cinsel İstismardan Korunma Bilgi Düzeyine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Erzurum 2015.
- Otacı, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- Ovayolu, Nimet/Uçan, Özlem/Serindağ, Selver; Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Y:2007, C:2, S:4, ss.13-22.
- Özbek, Veli Özer; Müstehcenlik Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker; Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Özdemir, Hayrünnisa; Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2010, C:14, S:1, ss.125-164.
- Özen, Mustafa; Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara 2006.
- Öztürk, Aslıhan Burcu; Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma, Toplum ve Sosyal Hizmet, Y:2009, C:20, S: 2, ss.89-98.
- Polat, Oğuz; Tüm Boyutlarıyla Pedofili, Adli Tıp Bülteni, Y:2015, C:20, S:1, ss. 60-70.
- Parlar, Ali/Banko, Meltem; 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesine Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Savaşçı, Bilgehan; Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Saygılı, Sefa/Gönenli, Sinem; Aynı Ailede Görülen Çoklu Ensest, Düşünen Adam Dergisi, Y:2008, C:21, S:1-4, ss.32-37.
- Sokullu Akıncı, Füsün; İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları ve Hukuksal Korunmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:2013, C:19, S:2, ss. 3-16.
- Sokullu Akıncı, Füsün, Siyah Sayılar ve Viktimoloji, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:1974, C:40, S:1-4, ss.219-241.
- Soylu, Nusret/Ayaz, Muhammed; Adli Değerlendirme İçin Yönlendirilen Küçük Yaşta Evlendirilmiş Kız Çocuklarının Sosyodemografik Özellikleri ve Ruhsal Değerlendirmesi, Y:2013, C:14, S:2, ss.136-144.
- Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Şen, Ersan; Anayasa Mahkemesi'nin TCK md.103/2'yi İptali, www.hukukihaber.net, E.T:11.11.2020.

- Şirin, Memduh Cemil; Çocuğun Cinsel İstismarı-Ceza Kanunu Maddesi- Raporu, Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar, Çocuk Vakfı Çocuk Araştırmaları Merkezi, Ekim 2016, Rapor No:17.
- Taner, Fahri Gökçen; Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2016, S: 124, ss. 221-246.
- Taner, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Taner, Fahri Gökçen; 6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2017, Özel S. (Kadın ve Hukuk), ss. 65-92.
- Taneri, Gökhan; Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Taneri, Gökhan; Müstehcenlik Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2018, C:13, S:1, ss.561-624.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Topal, Ahmet Hamdi; Uluslar arası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011.
- Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s.60-61.
- Tuğrul, Ahmet Ceylani; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Tülü, İsmail Altan; Tecavüz Suçlarında ve Çocuk Cinsel İstismarcılarında Suç Analizi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 6. Baskı, Bilgi Basımevi, Ankara 1974.
- Üçok, Coşkun; Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1946, C:3, S:1, ss.125-146.
- Üçok, Coşkun/Mumcu Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1987.
- Ünver, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, ss. 294-342.
- Üzülmez, İlhan; Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2009, C:4, S:2, ss.25-42.
- Üzülmez, İlhan; Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y:2002, C:22, S:2, ss. 999-1038.
- Yağmur, Fatih; Çocuk İstismarı ve İhmali, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Eylül 2008, S:12, ss.71-78.
- Yalçın Sancar, Türkan; Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, Y:2002, C:51, S:3, ss.1-25.

- Yalçın Sancar, Türkan/Yaşar, Tuğçe Nimet; Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2009, S:80, ss. 245-297.
- Yarsuvat, Duygun; Mukayeseli Hukukta Cinsel Suçlar ve Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1964, C:30, S:1-2, ss.115-169.
- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi; Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara 2004, ss.285-318.
- Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yenerer Çakmut, Özlem; Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukuku'nda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta Yayıncılık, 2008.
- Yenidünya, Ahmet Caner /Yaşar, Yusuf; Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 4, S:14, Temmuz 2013, ss. 171-189.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Yıldız, Sevil; Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi, Erciyes İletişim Dergisi, Ocak 2009, C:1, S:1, ss.180-196.
- Yıldız, Yakup; Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2012.
- Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Yorum Yayıncılık, Ankara 1982.
- Yiğit, Rana; Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, Y:2005, C:8, S:3, ss.90-100.
- Yiğit, Yaşar; İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, Detay Yayıncılık, Ankara 2012.
- Yokuş Sevil, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2005, S:57, ss.243-282.
- Yokuş Sevil, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Ceza Hukuku Reformu, Y:2, S:5, Nisan 2005, ss.280-302.
- Yokuş Sevil, Handan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Yokuş Sevil, Handan; 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y:2015, C:3, S:2, ss.119-146.
- Yörükoğlu, Atalay; Çocuk Ruh Sağlığı, 4. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1982.
- Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Yüksel, Şahika/Saner, Suzan; Çocuk Cinsel İstismarı ve Zor Açığa Çıkması,
http://www.aktuelsikoloji.com/d/file/cocukcinsel_istismar_bilgilendirme_dosyasi.pdf,
E.T: 06.08.2020.

Z-Page, Ayten; Çocuk Cinsel İstismarı: Cinsel İstismara Neden Olan Etkenler ve Cinsel
İstismarın Çocuklar Üzerindeki Etkileri, Türk Psikoloji Yazıları, Y:2004, C: 7, S:13,
ss.103-113.

Zafer, Hamide; Fuhuş Suçu (TCK m.227), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Y:2019, C:21, Özel S., ss. 3157-3183.

Ziyalar, Neylan; Çocukların Cinsel İstismardan Korunması Bir Eğitim Modeli Önerisi, İstanbul
Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul
1998.

İnternet Kaynakları

<http://www.tdk.gov.tr>, E.T: 22.07.2020.

<https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirligiSiberSuclarSozlesmesi.doc>, E.T: 20.07.2020.

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeye_ek.pdf, E.T: 20.07.2020.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>, E.T: 20.07.2020.

<https://www.luggat.com>, E.T: 05.08.2020.

https://tr.wikisource.org/w/index.php?title=%C3%87ocuk_Haklar%C4%B1_Bildirgesi&oldid=77894, E.T:26.08.2020.

https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf,
E.T:27.08.2020.

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/6763/lanzarote-soezle%C5%9Fmesi.pdf>, E.T:28.08.2020.

<https://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/98201721930-Cinsel-Suclar-Danistay-Karari.pdf>,
E.T:20.11.2020.

<https://koruncuk.org/uploads/blog/Luksemburg-Terimler-ve-Kavramlar-Kilavuzu.pdf>,
E.T:13.06.2020.

https://tr.wikipedia.org/wiki/UrNammu_Kanunlar%C4%B1#:~:text=Ur%2DNammu%20kanunlar%C4%B1%3B%20S%C3%BCmerlere%20ait,o%C4%9Flu%20Shulgi'ye%20isnat%20e%20derler, E.T: 12.03.2021.

<https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>, E.T:21.03.2021.

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43499/9241594365_tur.pdf?sequenc,
E.T: 08.03.2021.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/100?EsasNo=2015%2F26&KararNo=2015%2F100>, E.T: 15.05.2021.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/46?EsasNo=2015%2F108&KararAramaRaporu=1&KararNo=2016%2F46>, E.T: 15.05.2021.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2021-20-nrm.pdf>,
E.T: 18.06.2021.

ÖZGEÇMİŞ

Ecem Ceylan AKÇAY, İlköğretimini Pendik Orhan Sinan Hamzaoglu İlköğretim Okulu'nda, ortaöğretimini Pendik Kırımlı Fazilet Olcay Anadolu Lisesi'nde tamamladı. 2010 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başladı. 2014 yılında buradan mezun olduktan sonra İstanbul Barosu'nda avukatlık stajına başladı. 2015 yılında avukatlık ruhsatını aldıktan sonra bir süre avukatlık yaptı. 2018 yılında Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde kamu hukuku anabilim dalında tezli yüksek lisans eğitimine başladı. Halen burada eğitimine devam etmektedir.

