

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

Tuğba BAYZİT

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İZMİR – 2017

TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kuralara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../2017

Tuğba BAYZİT

ÖZET
Doktora Tezi
Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar
Tuğba BAYZİT

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

765 sayılı eski ceza kanunumuzda düzenlenen suç tipleriyle cinsel şiddete uğrayan kişilerin hukuksal yararından çok toplumun geleneksel ahlak anlayışının korunduğu görülmektedir. 5237 sayılı yeni TCK’da ise korunan hukuki değerlere göre cinsel davranışlar farklı suç kategorilerinde ele alınarak temel olarak cinsel suçlar “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” (m. 102-105) bölümünde ve “*kişilere karşı suçlar*” kısmında tamamen farklı ve yeni kavramlarla düzenlenmiştir. Kanun koyucu da madde gerekçesinde, bu bölümdeki suçlarda korunan hukuksal değerın kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan yeni suç tipleri ile TCK’nın cinsel davranışlara bakışının da bireysel cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olduğu açıklığa kavuşmuştur.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin maddelerin tamamı, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile, 2005 yılında yapılan köklü değişikliğin ardından bir kez daha değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle suçların temel ve nitelikli hallerinin cezalarında ciddi artışlara gidilmiş olduğu görülmektedir. İlgili suçların önlenmesi bakımından yapılması gereken öncelikli olarak bu suçların işlenmesine ve –böyle bir durum varsa- artmasına neden olan etkenlerin tespit edilip bunları en aza indirmeye yönelik tedbirlerin geliştirilmesi olmalıdır. Suçlarla alakalı kriminolojik araştırmalar olmadan yapılan değişikliklerin, kendilerinden beklenen amaca ulaşmayı sağlayamayacağı ve uzun ömürlü de olamayacağını vurgulamak gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.11.2015 Tarih ve 2015/ 26 E., 2015/ 100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/ 108 E., 2016/ 46 K.

sayılı kararları sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesi ile 103. maddede yer alan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından bir kez daha değişikliğe gidilmiştir.

Görüldüğü gibi tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de önemli bir sorun olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar konusunda kısa sayılabilecek bir zaman diliminde Türk Ceza Hukuku sistemimizde sürekli olarak değişikliklere gidilmiş bulunmaktadır. Çalışmamızda ilgili değişiklikler çerçevesinde TCK m. 102’de yer alan cinsel saldırı suçu, m. 103’de yer alan çocukların cinsel istismarı suçu, m. 104’de bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve son olarak da m. 105’de yer alan cinsel taciz suçu karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden de faydalanılarak ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel İlişki, Cinsel Taciz, Cinsel Dokunulmazlık, Cinsel Davranış, Cinsel Şiddet.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Crimes against the Sexual Inviolability
Tuğba BAYZİT

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

By means of crime types regulated in the former crime code nr. 765, it seems to protect traditional ethics rather than judicial benefits of the persons being imposed to sexual abuse. In the new Turkish Crime Code Nr. 5237 instead, sexual behaviors have been taken in different crime categories depending on judicial values protected thus sexual crimes basically have been regulated under completely different and new context in the section “*Crimes against the Sexual Inviolability*” (art. 102-105) of the chapter “*crimes against persons*”. Legislator also emphasizes in the motive of the article, that judicial value protected against crimes contained in this section is the sexual privacy of persons. Therefore, it’s been quite clear that, the view of Turkish Crime Code through those new crime types is toward sexual liberty and privacy.

All of articles related to crimes committed against sexual privacy, have been changed once again after the radical modification applied in 2005, by means of the Act Nr. 6545 of 18.06.2014. By means of such changes, it appears to have gone for serious increases in basic and qualified circumstances of such crimes. As to prevention of the relevant crimes, things to be done primarily should be to determine the factors resulting in committing such crimes and –as the case may be- increasing the same and to develop measures regarding to minimizing them. It should be emphasized that changes having been made in absence of criminological researches in connection with crimes could not ensure to reach at the result aimed from them, and could not be long lasting. As a matter of fact,

another amendment applied in respect to sexual abuse against children contained in article 103 of the act by means of article 13 of the Act Nr. 6763 of 24.11.2016 immediately after the resolutions of Constitutional Court dated 22.11.2015 and nr. 2015/ 26 E., 2015/ 100 K., and, dated 26.05.2016 and nr. 2015/ 108 E., 2016/ 46 K..

As seen above, continuously changes applied to Turkish Criminal Law system in the matter of crimes against sexual privacy, which is a significant problem in this country just like in all over the world in a considerably short period of time. In this study, sexual assault crime contained in article 102, crime of sexual abuse of children contained in article 103 and crime of sexual intercourse with underage contained in article 104 of Turkish Crime Code and finally crime of sexual harassment contained in article 105 thereof are being assessed in details upon utilizing the samples in comparable law.

Keywords: Sexual Assault, Sexual Abuse, Sexual Intercourse, Sexual Harassment, Sexual Privacy, Sexual Conduct, Sexual Violence.

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK M. 102)

I. GENEL OLARAK	7
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	20
III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	25
A. Suçun Hukuki Konusu	25
B. Fail - Mağdur	25
C. Eylem	31
1. Genel Olarak	31
2. Suçun Maddi Unsuru İçerisinde Bulunan Bazı Kavramların Açıklanması	
Sorunu	35
a. Cinsel Davranış Kavramı	35
b. Cinsel Saldırı Suçunda Kullanılan Araç Olarak İradeyi Etkileyen	
Nedenler	42
(1) Cebir	42
(2) Tehdit	45
(3) Hile	47
3. Basit Cinsel Saldırı (TCK m. 102/1 – Birinci Cümle)	49

4. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel Saldırı (<i>Hafif Cinsel Saldırı</i>) – (TCK m.102/1 – <i>İkinci Cümle</i>)	53
5. Nitelikli Cinsel Saldırı (TCK m.102/2)	59
6. Cinsel Saldırı Suçunun İhmali Hareketle İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu	67
D. Suça Etki Eden Haller	68
1. Genel Olarak	68
2. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi	69
3. Suçun Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	75
4. Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi	79
5. Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	81
6. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	83
E. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	86
1. Cinsel Saldırı İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması (TCK m. 102/4)	86
2. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü (TCK m. 102/5)	88
3. 6545 Sayılı Kanun m. 58 ile Kaldırılan Hal: Suç Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması	90
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	93
V. MANEVİ UNSUR	98
VI. TEŞEBBÜS	104
VII. SUÇLARIN İÇTİMAİ	110
VIII. SUÇA İŞTİRAK	117

İKİNCİ BÖLÜM
ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (TCK M. 103)

I. GENEL OLARAK	124
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	137
III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	140
A. Suçun Hukuki Konusu	140
B. Fail-Mağdur	141
1. Fail	141
2. Mağdur	143
a) Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Kavrayamayacak Durumda Olan Çocuk	144
b) Evlenme Yoluyla Erginliğini Kazanmış Çocukların Durumu	147
C. Eylem	150
1. Genel Olarak	150
2. Suçun Maddi Unsuru İçerisinde Bulunan Bazı Kavramların Açıklanması Sorunu	153
a. Cinsel Davranış	153
b. İstismar Kavramı	156
c. Cinsel İstismarın Unsuru Olarak İradeyi Etkileyen Nedenler	167
(1) Cebir	168
(2) Tehdit	169
(3) Hile	171
(4) İradeyi Etkileyen Başka Sebepler	172
3. İstismar Fiillerinin Vücuda Temasa Dayalı Olup Olmaması Sorunu	174
4. Basit Cinsel İstismar (TCK m. 103/1 – Birinci Cümle)	179
5. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel İstismar (<i>Hafif Cinsel İstismar</i>) – (TCK m. 103/1 – İkinci Cümle)	181
6. Nitelikli Cinsel İstismar (TCK m. 103/2)	183
7. Cinsel İstismar Suçunun İhmali Hareketle İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu	195

D. Suça Etki Eden Haller	197
1. Genel Olarak	197
2. Mağdurun 12 Yaşını Tamamlamamış Olması	198
3. TCK m.103/3-(a) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi</i>	199
4. TCK m.103/3-(b) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi</i>	201
5. TCK m.103/3-(c) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Suçun Belirli Bir Akrabalık İlişkisi İçinde Bulunan Kişilere Karşı veya Bu Kişiler Tarafından İşlenmesi</i>	203
6. TCK m.103/3-(d) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Suçun Belirli Sıfatları Haiz Olan ve Çeşitli Hizmet Veren veya Yükümlülük Altında Bulunanlar Tarafından İşlenmesi</i>	207
7. TCK m.103/3-(e) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi</i>	213
8. TCK m.103/4'te Düzenlenmiş Nitelikli Hal: <i>Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi</i>	215
E. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	219
1. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması (TCK m. 103/5)	219
2. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü (TCK m. 103/6)	220
3. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması (6545 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki TCK m. 103/6)	222
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	226
V. MANEVİ UNSUR	228
VI. TEŞEBBÜS	234
VII. SUÇA İŞTİRAK	238
VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI	243

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK M. 104)

I. GENEL OLARAK	251
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	255
III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	258
A. Suçun Hukuki Konusu	258
B. Fail	258
1. Genel Olarak	258
2. Failin Cinsiyeti Bakımından Yapılan Tartışmalar	261
3. Failin Yaşı Bakımından Yapılan Tartışmalar	262
4. Fail İle Mağdurun İkisinin de Onbeş Yaşını Doldurmuş Çocuklar Olmaları Bakımından Yapılan Tartışmalar	266
5. 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri İle Getirilen Özgü Faillik Halleri	274
C. Mağdur	276
1. Genel Olarak	276
2. Mağdurun Yaşı Bakımından Yapılan Tartışmalar	276
3. Mağdurun Evlilik ya da Diğer Kanuni Usullerle Erginliğini Kazanmış Olması Bakımından Yapılan Tartışmalar	278
4. Suçun Fail ve Mağdurunun Her İkisinin de Kadın Olması ve Vücuda Erkeklik Organı Dışında Bir Organ veya Sair Cisim Sokma Filleri Bakımından Yapılan Tartışmalar	280
D. Eylem	282
E. Suça Etki Eden Haller	293
1. Genel Olarak	293
2. Evlenme Yasağından Kaynaklanan Nitelikli Hal	294
3. Evlat Edinme Öncesi Bakım Üstlenmeden veya Koruyucu Aile İlişkisinden Kaynaklanan Nitelikli Hal	298
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	300
V. MANEVİ UNSUR	304
VI. TEŞEBBÜS	307
VII. SUÇA İŞTİRAK	309
VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI	310

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
CİNSEL TACİZ SUÇU (TCK M. 105)

I. GENEL OLARAK	317
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	320
III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	321
A. Suçun Hukuki Konusu	321
B. Fail-Mağdur	321
C. Eylem	323
D. Suça Etki Eden Haller	331
1. Genel Olarak	331
2. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin ya da Aile İçi İlişkinin Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-a)	332
3. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi (TCK m. 105/2-b)	333
4. Suçun Aynı İşyerinde Çalışmanın Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-c)	334
5. Suçun Posta veya Elektronik Haberleşme Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-d)	336
6. Suçun Teşhir Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-e)	339
7. Suç Nedeniyle Mağdurun; İşi Bırakmak, Okuldan veya Ailesinden Ayrılmak Zorunda Kalması (TCK m. 105/2-son cümle)	341
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	342
V. MANEVİ UNSUR	344
VI. TEŞEBBÜS	346
VII. SUÇA İŞTİRAK	348
VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI	348

BEŞİNCİ BÖLÜM
MUHAKEME VE YAPTIRIM HUKUKU AÇISINDAN
ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

I. MUHAKEME HUKUKU AÇISINDAN	352
A. Soruşturma – Kovuşturma	352
1. Şikayet	352
2. Uzlaştırma	368
3. Görevli - Yetkili Mahkeme	375
4. Davaya Katılma	380
5. Mağdurun Dinlenmesi	383
6. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	388
B. İspat Sorunları	391
1. Cinsel Suçlarda Öne Çıkan Koruma Tedbirleri	391
a. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma	391
b. Moleküler ve Genetik İncelemeler	396
2. Mağdur, Sanık ve Tanığa Ait Beyan Delilleri	397
3. Bilirkişi Raporu	411
II. YAPTIRIM HUKUKU AÇISINDAN	415
A. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar İçin Öngörülen Cezalar	415
B. Denetimli Serbestlik ve Özellikle Tıbbi Tedavi Tedbiri	420
C. Zamanaşımı	432
SONUÇ	436
KAYNAKÇA	454

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al.CK.	Alman Ceza Kanunu
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	Anayasa Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz.	Bakınız
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGTİHK	5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	Çeviren
ÇKK	5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	fıkra
ff.	und folgende (Paragraphen Seiten)

GG	Grundgesetz
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
Hrsg.	Herausgeber
HSK	Hakimler ve Savcılar Kurulu
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzmBD	İzmir Barosu Dergisi
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no	Numara
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht- Rechtsprechungs- Report
OLG	Oberlandesgericht
PVSK	2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
Rdn(r).	Randnummer
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UNICEF	Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Vorbem	Vorbemerkung (Ön Açıklama)
WHO	World Health Organization
Yar.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	Yönetmelik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§	Paragraph (Madde)

GİRİŞ

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar arasında yer alan özellikle çocukların cinsel istismarı suçu, son derece ağır travmalara neden olmakta ve ilerleyen dönemde de mağdurun yaşamını etkilemektedir. Son zamanlarda üzerinde en çok konuşulan ve yasalardaki değişikliklerle de gündemde olan ilgili suçların, hem birey hem de toplum sağlığı bakımından son derece önemli sonuçları bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın, "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmının, altıncı bölümünde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları (m. 102-105) olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede mevcut haliyle doktrin ve yargı kararlarında değinilen en önemli suç tiplerinden olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların ayrı bir çalışmaya konu oluşturması önem arz etmektedir.

Cinsel şiddet belirttiğimiz üzere, tüm dünyada sık rastlanan bir sorundur. Her kültürde, toplumun tüm kesimlerinde ve her ülkede görülmektedir. Ülkelerin verilerine ve bölgesel çalışmalara bakıldığında; dünyanın bazı bölgelerinde, her beş kadından birinin, yaşamı boyunca en az bir kez, özel ilişkisi olan erkek (intimate partner) tarafından cinsel saldırıya uğramış olduğunu görmekteyiz. Ayrıca kadınların üçte birinden çoğu, ilk cinsel deneyiminin cinsel şiddet ile olduğunu belirtmektedir. Bu şiddete uğrayanların çok büyük bir kısmı kadın olmakla birlikte erkekler ve her iki cinsten çocuklar da söz konusu şiddete maruz kalmaktadır. Cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiillerin bu denli sıklıkla ve mağdurların yakınları tarafından işlenmesi konunun önemini daha da artırmaktadır. Bu rakamlar konunun evrenselliği ve güncelliğini ortaya koymasından da son derece önemlidir. Yine aynı istatistiklere göre kadınların yüzde 40'ı şikayetçi olmamaktadır. Özellikle toplumda var olan cinsel şiddet ile ilgili yanlış inanışlar, kendine inanılmayacağı hatta kendisinin suçlu bulunacağı düşüncesi sebebiyle uygulanan şiddet bildirilmemektedir. Bu da yaşananların adli istatistiklere geçmemesi anlamına gelmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların dinamik, gelişken yapısına pek çok başka örnek vermek mümkündür. Bu durum ise bu konularda yaşanan tüm gelişmelerin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Söz konusu suçların maddi unsurları ve

sınırları, bu suçlarla korunan hukuki değerler gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuk doktrinlerinde çözüme muhtaç birçok tartışmaya sebebiyet vermektedir. Ayrıca birey ve toplum sağlığına belirgin olumsuz etkileri, üreme ve cinsel sağlık üzerine potansiyel olumsuz etkileri, istenmeyen gebelikler, cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve mental sağlık sonuçları cinsel travmaların sağlık üzerinde yarattığı başlıca olumsuz etkiler olarak sıralanmaktadır¹.

5237 sayılı TCK'da korunan hukuki değerlere göre cinsel davranışlar farklı suç kategorilerinde ele alınarak temel olarak cinsel suçlar "*kişilere karşı suçlar*" kısmında "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" (m. 102-105) bölümünde, 765 sayılı eski TCK'dan ve onun ilgili suçlarla korumayı hedeflediği toplumun genel ahlak anlayışından tamamen farklı ve yeni bir anlayışla ve kavramlarla düzenlenmiş görünmektedir. Bu bakımdan getirilen yeni suç tipleri ile TCK'nın cinsel davranışlara bakışının da bireysel cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olduğu açıklığa kavuşmuştur. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de öncelikle kanunların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğü ön plana çıkardıkları görülmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nda başlık "*bireyin cinsel davranışını tayin hakkına karşı suçlar (cinsel özerkliğe karşı suçlar)*"dır. TCK'nın geleneksel alışkanlıkları bir yana bırakarak, cinselliği, bir ahlak veya edep töresi değil, bir özgürlük değeri olarak korumak istemesi yerinde ise de; çalışmamız bu anlayışın, getirilen düzenlemelere ne kadar yansdığı tartışması etrafında şekillenecektir.

Yukarıda bahsi geçen 2005 yılındaki radikal değişikliğin ardından, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin maddelerin tamamı, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile bir kez daha değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle suçların temel ve nitelikli hallerinin cezalarında ciddi artışlara gidilmiştir. Suçlarla alakalı kriminolojik araştırmalar olmadan yapılan değişikliklerin, kendilerinden beklenen amaca ulaşmayı

¹ Cinsel şiddet görüldüğü üzere, belli bir coğrafi bölgeye, yaşa ve cinsiyete özgü olmayan küresel bir sorun olarak kabul edilmektedir. Cinsel şiddetin sıklığı hususunda güvenilir verilerin sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Toplum temelli çalışmalarda; kadınların %6-46'sının hayatlarının bir döneminde "*intimate partner*" yani özel ilişkisi olan veya eskiden özel ilişkisi olan (ex-partner) erkekler tarafından cinsel şiddete uğradığının bildirildiği ifade edilmektedir. Yine, cinsel şiddete uğrayanların %20-50'sinin çocuk olduğu ve kız çocuklarının erkeklerden 1.5-3 kat daha fazla istismara uğradığı ifade edilmektedir. Cinsel şiddetin sonuçları özellikle çocuklarda çok ağırdır. Burada yüzeysel yaralanmalardan, genital bölgede yırtıklara, organ yitimlerine ve hatta ölüme kadar giden çok geniş bir yelpazeden bahsetmek gerekmektedir (Akça Toprak Ergönen, Erdem Özkara, "Cinsel Şiddet Olgularına Yaklaşım ve Adli Tıbbi Değerlendirme", **Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp**, Editör: Prof. Dr. Erdem Özkara, Ekim 2015, ss. 221-222).

sağlayamayacağı ve uzun ömürlü de olamayacağını vurgulamak gerekir. Nitekim Anayasa mahkemesinin 22.11.2015 Tarih ve 2015/ 26 E., 2015/ 100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/ 108 E., 2016/ 46 K. sayılı kararları sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 103. maddede yer alan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından bir kez daha değişikliğe gidilmiş olması bu gerçeğin bir yansımasıdır.

Görüldüğü gibi cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar konusunda kısa sayılabilecek bir zaman diliminde Türk Ceza Hukuku sistemimizde önemli değişikliklere gidilmiştir. Çalışmamızın ilk dört bölümünde ilgili değişiklikler çerçevesinde TCK m. 102'de yer alan cinsel saldırı suçu, m. 103'de yer alan çocukların cinsel istismarı suçu, m. 104'de bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve son olarak da m. 105'de yer alan cinsel taciz suçu korunan hukuki değerler, suçların maddi unsurları, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur, teşebbüs, suçların içtimai ve suça iştirak bakımından Alman hukukundaki örneklerden de faydalanılarak ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Çalışmamızın beşinci ve son bölümünde ise ilgili suçlarla alakalı muhakeme ve yaptırım hukuku açısından ortaya çıkan sorunlar ele alınacaktır. Her bir suç tipi çalışmamızın ilk dört bölümünde unsurları itibariyle incelendikten sonra, beşinci bölümde muhakeme ve yaptırım hukuku açısından ayrı ve ayrıntılı bir değerlendirme ihtiyacı duyulmuştur. Bunun nedeni, özellikle her dört suç tipi açısından da, muhakeme sürecinde olayın aydınlatılabilmesi bakımından ispat hususunun son derece ehemmiyet arz etmesi ve yine özellikle denetimli serbestlik ve özellikle tıbbi tedavi tedbiri konularının son değişikliklerle birlikte ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

Cinsel suçların ispatında çoğu zaman mağdur ve şüpheli/ sanık ifadeleri dışında delil bulunmadığına şahit olunmaktadır. Söz konusu beyanların, moleküler ve genetik inceleme sonuçları yahut başka delillerle desteklenmesi halinde bir sonuca varmak nispeten kolay olmaktadır. Ancak sadece karşılıklı beyanlardan yola çıkılarak yapılan bir yargılamada hüküm vermek oldukça zordur. Bu gibi hallerde yaşanan ispat zorlukları, bu anlamda öne çıkan koruma tedbirleri ve bilirkişi raporları da çalışmamızın beşinci bölümünde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Yine Türkiye'de çocukların cinsel istismarındaki artış ve bu suçların işlenmesinin engellenememesine çare olarak kimyasal kastrasyon yöntemi de uzun zamandan beri tartışılmaktadır. Aslında hukukumuz bakımından uzun yıllar konu sadece hapis cezası ile çözülmeye

çalışılmıştır. Fakat bundan çok kısa bir zaman önce 2014 yılında CGTİHK m. 108'e 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile bir 9. fıkra eklenmiştir. Bu fıkra, yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratarak cinsel suç işleyenleri de bu kapsama almıştır. Bu kişilere yönelik olarak denetimli serbestlik kapsamında bazı yükümlülükler de getirmiştir. Söz konusu tedbirler Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçuna, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçuna, 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik tedbirlerdir. Tedbirlere infaz sırasında ve koşullu salıvermeden sonra denetim süresi içinde infaz hakimî tarafından hükmedilebileceği belirtilmiştir. Düzenlemenin bu haliyle belirsiz olduğu, özellikle tedaviden ne anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizliğin de kaygı uyandırıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir. İlgili hükmün 11. fıkrasında, söz konusu yükümlülüklerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin bir Yönetmelik düzenleneceği de hükme bağlanmıştır. Ancak bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin iki yıl sürmüş olduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Bahsi geçen Yönetmelik "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*" adıyla 26 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yönetmelik kapsamındaki tedavi tedbirinin kapsamı belirsiz ve hukukumuz bakımından da oldukça yenidir. Son olarak, Danıştay 10. Dairesinin, söz konusu Yönetmelik'in "*en kritik maddesini*" durdurmuş bulunmakta olduğunu görmekteyiz. Kararda, ilgili Yönetmeliğin 7/1. maddesinde "*cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem*" ifadesine yer verilerek, kanunda yer almayan bir tanımlamaya gidildiği ve "*tıbbi tedavi*" kavramından ayrıldığı belirtilmektedir. İlgili kararda, "*Kanunda sınırları belirsiz tedavi kavramını da aşar nitelikte yöntemler içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonuçlarına varılmaktadır*" denilmiştir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta da cinsel suç faillerinin tedavisi, çalışmamızda ayrıntılarıyla ele alacağımız üzere, yine çok çeşitli tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu örnekte de görüldüğü üzere, konumuz bakımından ceza hukuku sistemlerinin göstermekte olduğu gelişmeler, konunun her daim dinamik ve evrensel yönünü ortaya çıkarmaktadır.

Doktora tez konusu olarak seçtiğimiz çalışmamız ile amaçladığımız, konunun, kuramsal temelleri ile hukuk sistemimizdeki normatif düzenlemeler ve ceza hukukuna hakim olan ilkeler çerçevesinde incelenmesi; konuyla ilgili temel olarak Alman ceza hukuku sisteminin karşılaştırılması; özellikle suç tiplerinin unsurlarının belirlenmesi konusunda genel ilkelerin belirlenmesidir. Alman Ceza Kanunu'nda da son zamanlarda cinsel suçlar alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişikliğin en önemli alanı çocukların ve gençlerin korunması olmuştur. Özellikle dava zamanaşımının durmasında yaş değişikliği ve çocuk ve genç pornografisi ile ilgili maddelerde değişiklikler yapılmış ve yeni bir madde (m. 184e) ile bazı yeni suç tipleri (genç pornografisi içeren yazılar yayma, edinme ve bunları bulundurma (m. 184c), zorla evlendirme (m. 237), kadının cinsel organlarının sakatlanması (m. 226a) gibi) eklenmiştir. Son yıllarda yapılan kapsamlı değişikliklerden ve bunun sonucunda maddelerde sıkça diğer maddelere, fıkralara ve bentlere yapılan göndermelerden dolayı düzenlemeler oldukça karışık olmuştur. Bu anlamda devam eden tartışmalar da çalışmamıza yansıtılmaya çalışılmıştır. Tezin hazırlığı Almanya'da bulunduğumuz süre içerisinde yapıldığı için çalışmamızda özellikle Alman hukukuna ilişkin kaynaklara yer verilecektir. Bu nedenle de ayrı bir karşılaştırmalı hukuk başlığı açılmamıştır. Türk ceza hukuku sistemimiz tarihi ve sosyolojik sebeplerle yoğun bir biçimde Alman ceza ve ceza usul hukuku sisteminin etkisi altındadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da, çok uzun yıllardan bu yana Alman hukuk doktrininde önemli tartışmalara konu olmaktadır. Alman hukukunda konu, daha eski dönemlerden başlamakla birlikte, özellikle 1970'li yıllardan bu yana derinlemesine incelenmiş ve konuyla ilgili çok sayıda akademik eser ortaya çıkmıştır. Alman hukukundaki ilgili kaynaklardan yararlanarak konunun incelenmesi hukukumuz bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızın amacı, Türk hukukunda normatif düzenlemeleri bulunan, temel suç tiplerinden olan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen ilgili suçları, büyük ölçüde geniş Alman literatürünü de esas alarak inceleme konusu yapmaktır.

Doktora tez konusu olarak belirlediğimiz çalışmamızın literatür tarama ve karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, Almanya'nın Köln şehrindeki Köln Üniversitesi'nde (Universitaet zu Köln/ Institut für auslaendisches und internationales Strafrecht) Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı (BİDEB) tarafından sağlanan “*Yurt Dışı Araştırma Burs Programı (2214)*” kapsamında sağlanan bir yıllık burs ile gerçekleştirilmiştir. Belirtilen destek için sosyal bilimlerin gelişmesine katkı sunan TÜBİTAK'a teşekkürü borç bilirim.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)

I. GENEL OLARAK

Cinsel suçlar, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan (Zanardelli) iktibas edilen² 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu³nun ikinci kitabının sekizinci babında, “*adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler*” (genel adap ve aile düzenine karşı cürümler)⁴ başlığı altında, “*cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler*” başlıklı birinci fasılda, 414 ile 428’inci maddeler arasında düzenlenmiş idi⁵. Ayrıca aynı bap içinde, altı fasıl olarak yaklaşık otuzbir maddede

² İlgili suçlara ilişkin normlar alınırken bazı elemeler yapılmış ve bu durum Dönmezer tarafından şu şekilde gerekçelendirilmiştir: Bölümün içeriği 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan farklı bir şekilde iktibas edilmiş, memleketin bünye ve özellikleri dikkate alınarak bazı ekler yapılmış ve yine bazı hükümler de ilga edilen 1274 tarihli Ceza Kanunu'ndan nakledilmiştir. Bununla da yetinilmemiş ve çeşitli tarihlerde kanunda değişiklikler yapılırken bu bölümün içeriğinde de değişiklikler yapılmıştır. Böylece Dönmezer’e göre bu bölüm memleketimiz gerçek ve ihtiyaçlarının yansıdığı bir biçim almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, ss. 42 vd.; aynı konuda ayrıntılı tarihçe için ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, “IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar”, **İÜHF**, C. 30, S. 3-4, ss. 451-465; Sulhi Dönmezer, “Edep ve İffete Tecavüz ve Edebe Muhalif Hareketler Suçları”, **İÜHF**, C. 10, S. 3-4, ss. 444-447; Duygun Yarsuvat, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, **İÜHF**, C. XXX, S. 1-2, 1964, ss. 122 vd..

³ 13.11.2005 tarih ve 25642 sayılı R.G.’de yayımlanan 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı kanunun 12. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴ “*Umumi adab ve aile nizamı, medeni cemiyet için esaslı hukuki menfaatler teşkil eder. Kanun vazı bu hukuki menfaatler*”i korumak lüzumunu hissetmiştir. Cinsi münasebet hürriyetinin ihlal edilmemesi, cinsi konularda ahlak ve edep duygularının ihlal olunmaması, aile müessesesinin cemiyetteki ehemmiyeti gibi sebepler, bazı fillerin suç sayılmasını icap ettirmiştir. Haya duygusunun rencide edilmemesi ve cinsi münasebet ahlakının, hürriyetinin ve emniyetin zaruri kıldığı hudutlara riayet mecburiyetinin tesis ettiği hukuki-ahlaki nizam adab’ı teşkil eder.” Bkz. Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Ankara 1983, s. 311.

⁵ 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda yer alan cinsel suçlar ile ilgili düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer, Özel, ss. 42-213; Yarsuvat, s. 122; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Serhi**, C. III, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No: 64, ss. 715-917; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, ss. 437-537; Sedat Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 1994, ss. 1-328; Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C. 3, Ankara 1999, ss. 3829-4032; İsmail Malkoç, **(Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla) Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 2001, ss. 1-315; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002, ss. 331-378.

Büyük oranda Prusya Ceza Kanunu’ndan etkilenen 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun (Strafgesetzbuch – StGB) cinsel suçları da içine alan “*ahlaka karşı cürüm ve cünhalar*” bölümü ise 1960’lı yıllara dek önemli bir değişikliğe uğramamıştır (Alman Ceza Kanunu’nun türkçe çevirisi için bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**,

“cinsellik” ögesi içeren ancak korudukları hukuksal değer açısından⁶ birbirinden tamamen farklı olan suçlara da yer verilmişti⁷.

(Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 2. Baskı, İstanbul 2015). 1960’lı yılların sonundan itibaren ortaya çıkan değişikliklerle cinsel suçlar, Alman Ceza Kanun’unda en sık değişikliğe uğrayan suç tipleri arasına girmiştir (Wilfried Bottke, “Sexuality and Crime: The Victims of Sexual Offenses”, **Buffalo Criminal Law Review**, V. 293, 1999-2000, s. 295; Ziya Koç, “Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler”, **AD**, S. 35, Eylül 2009, s. 244). Söz konusu gelişmelerde feminist hareketlerin toplumda var olan cinsel ahlak anlayışı ve ataerkil aile yapısına dair eleştirilerinin, önemli birer etken olduğu ifade edilmektedir (Koç, ss. 245-246). 1960’lı yıllardan itibaren mevcut düzenlemelere yönelik olarak eleştirilerin arttığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak 1969 yılında zina, basit eşcinsellik, hayvanlarla cinsel ilişki ve ırza geçmeyi kolaylaştırma fiilleri suç olmaktan çıkarılmışlardır (Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 290). 1973 yılında Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu’yla yapılan değişiklikle cinsel suçların, ahlakı değil de bireyleri ilgilendiren suçlar oldukları vurgulanmış ve bu suçlar genel ahlaka karşı suçlar kategorisinden çıkarılarak, “kişinin cinsel özerkliğine” karşı suçlar (Almanca “sexuelle Selbstbestimmung” olan terimi yazarlar “cinsel özerklik” olarak türkçeye çevirmişlerdir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 290) başlığı altında düzenlenmişlerdir. Yenisey ise, “kişinin cinsel yaşantısını şekillendirme yetkisi” ya da “kendi cinsel davranışını tayin hakkı” terimini kullanmıştır (Hans-Heinrich Jescheck, “Alman Ceza Hukukuna Giriş”, **Alman Ceza Hukuku-Kusur İlkesi-Ceza Hukukunun Sınırları**, çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s. 99; Yenisey, Alman hukukundaki terimin, bireyin kendisine ait olan cinsel davranışlarını yönlendirme hakkını koruduğunu ifade etmektedir (Yenisey/Plagemann, s. 266; ayrıca bkz. Hans-Jörg Albrecht, “Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform”, **ZStW**, S. 111, Heft 4, 1999, s. 863). Dönmezer ise söz konusu terimi “cinsi hürriyet” olarak çevirmiştir (Dönmezer, Özel, s. 13). Ayrıca kanunda yer alan “ahlaka aykırı davranış” ifadesinin, “cinsel davranış” ifadesiyle değiştirilmiş olduğu görülmektedir (Koç, s. 245). Nuhoglu, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında öncelikle kanunların ilgili suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğü ön plana çıkardıklarını vurgulamaktadır. Örneğin, İsviçre Ceza Kanununda başlık, cinsel bütünlüğe (sexuelle Integrität) karşı suçlar olup, Alman Ceza Kanununda yer alan başlık, Nuhoglu tarafından “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” olarak çevrilmiştir. Fransız Ceza Kanununda ise söz konusu suçların, kişinin bedensel ya da ruhsal dokunulmazlığının ihlali bölümünde cinsel saldırılar başlığı altında düzenlenmiş olduğu da ifade edilmelidir (Ayşe Nuhoglu, “Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul Haziran 2004, s. 609).

Alman ceza hukuku reform kanunlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Magnus Hirschfeld, **Zur Reform des Sexualstrafrechts**, 1926; Eberhard Wahle, **Zur Reform des Sexualstrafrechts**, Frankfurt am Main-Berlin, 1969; Friedrich-Christian Schroeder, **Reform des Sexualstrafrechts**, 1971; Friedrich-Christian Schroeder, **Das neue Sexualstrafrecht, Entstehung-Analyse-Kritik**, Karlsruhe 1975; Zur Reform des Sexualstrafrechts, WE-Kriminalpolitikforschung (Hrsg.), **Internationales Symposium an der Universität Bremen 25.-26. Juni 1993**, Bremen 1994, ss. 7-150; Christina Müting, **Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB)**, Almanya 2010; Friedrich Preiser, “Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden? Bedenken gegen Grundsätze des 47. Deutschen Juristentages”, **ZStW**, 1970, s. 656.

⁶ “Cinsel suçların koruduğu yarar, kişinin cinsel bütünlüğü, otonomisi ve cinsel seçimlerini yapabilme serbestliği olarak belirleniyor. Ancak ülkelerin yapılarına göre aynı zamanda bu suçların kamu düzenini korumak, istismarları önlemek ve ülkede aile düzenini muhafaza etmek olduğu söylenmelidir. Dolayısıyla cinsel suçlar bakımından, ceza hukuku müdahalesine neden olan toplumsal değerler, ülkelere göre değişik ve buna göre söz konusu suçlara ceza kanununda verilen yerler de farklı olabilmektedir.” Bu konuda bkz. Sulhi Dönmezer, “Cinsel veya Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. I, Ankara Şubat 2008, ss. 249 vd..

⁷ “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında yer alan suçlar; **Irza Geçme** (m. 414-416/1, 3, 417, 418), **Irza Tasaddi** (m. 415, 416/2, 417, 418), **Edep ve İffete Saldırı** (m. 419) ile bunun özel şekilleri, **Fuhuş Maksadıyla Kadın Oynatma ve Kadın Oynaması** (m. 420); **Söz Atma ve Sarkıntılık** (m. 421); **Kadın Kıyafetiyle Kadınların Bulunduğu Yere Gitme** (m.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁸ hazırlanırken⁹ pek çok suç kategorisinde önemli değişiklikler yapılmışsa da bunlardan en önemlilerinin cinsel suçlar bakımından yapılmış olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. 765 sayılı kanunda yer alan suçların birçoğuna 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiş olup, bu suçlardan kanuna alınan birçok madde tek bir madde haline getirilmiş¹⁰ ya da korunan hukuki

422), **Alacağım Diye Kandırıp Kızlık Bozma** (m. 423), **Müstehcen Yayınlar veya Söz veya Diğer Vasıtalarla Genel Adaba Tecavüz** (m. 426-428), **Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma veya Alıkoyma** (m. 429-431); **Fuhşa Teşvik** (m. 435), **Bazı Şartlarda Fuhuş İçin Aracılık, Kadın Ticareti** (m. 436), **Zina** (m. 440-444) ve **Nesep Cürümleri** (m. 445-447) olarak düzenlenmekteydi. Esasen cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler bugünkü manada kanunlaşma hareketlerinin ortaya çıkışında o dönemki ahlak mülâhazalarına göre şekillenmişti. Örneğin Alman Hukuku’nda da 1600’lü yıllarda dullar, bakireler ve evli kadınlar için ayrı hükümler mevcuttu (Bkz. Friedrich-Christian Schroeder, “Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998”, **JZ**, 1999, s. 828).

Bugün cinsel suçlar Alman Ceza Kanunu’nun 13. bölümünde § 174 vd.’da düzenlenmiştir. Bunlar; korunmaya muhtaç kişilerin cinsel istismarı (§ 174), hükümlülerin, gözetim altında bulunanların yahut kurumlardaki hastaların ve yardıma muhtaçların cinsel istismarı (§ 174a), kamu görevini kötüye kullanarak cinsel istismar (§ 174b), danışma, tedavi yahut bakım ilişkisinin kötüye kullanılması suretiyle cinsel istismar (§ 174c), çocukların cinsel istismarı (§ 176), çocukların nitelikli cinsel istismarı (§ 176a), çocukların cinsel istismarının ölümle neticelenmesi (§ 176b), cinsel cebir: zorla ırza geçme (nitelikli cinsel saldırı) (§ 177), cinsel cebir ve zorla ırza geçmenin ölümle neticelenmesi (§ 178), karşı koyamayacak durumdaki kişilerin cinsel istismarı (§ 179 (weggefallen)), küçükleri cinsel davranışlara teşvik etme (§ 180), fuhuş yapan kişinin sömürüsü (§ 180a), fuhuşa aracılık (§ 181a), denetimli serbestlik tedbiri (§ 181b), malvarlığı cezası ve genişletilmiş müsadere (§ 181c), gençlerin cinsel istismarı (§ 182), teşhirci hareketler (§ 183), kamuya açık yerlerde hayasız hareketler (§ 183a), pornografik yazıların dağıtımı (§ 184), şiddet yahut hayvan pornografisi içeren yazıların dağıtımı (§ 184a), çocuk pornografisi içeren yazıların dağıtımı, satın alınması ve bulundurulması (§ 184c), pornografik içeriklerin radyo yahut telemedya yoluyla ulaşılabilir kılınması, çocuk yahut genç pornografisi içeriklerine telemedya yoluyla ulaşma (§ 184d), çocuk ve genç pornografisi içeren temsiller düzenleme yahut bunları izleme (§ 184e), yasaklanan fuhuş fiilini yapma (§ 184f), gençleri tehlikeye düşüren fuhuş (§ 184g), kavramlar (§ 184h) olarak sıralanmaktadır.

Görüldüğü üzere Alman Kanunu’nda cinsel suçlar çok daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Yine TCK’dan farklı olarak müstehcenlik de cinsel suçlar içinde düzenlenmiştir. Keza TCK’da nitelikli hal olarak düzenlenen haller de, Alman Ceza Kanunu’nda ayrı hükümler olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁸ RG. 12.10.2004/ 25611.

⁹ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından mehzaz kanunun birtakım farklılıklarla İspanyol Ceza Kanunu olduğu belirtilmektedir. Doktrinde 765 sayılı TCK’dan beri Yargıtay’ın cinsel dokunulmazlığa ilişkin ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atmak gibi eylemlerde yıllardır oturmuş bir uygulamaya sahip olmasına rağmen kendi içinde bir bütünlüğe sahip olan İspanyol mevzuatından alıntılanmış olması eleştirilmiştir (Bu konuda bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004, s. 351; Handan Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBB**, Yıl: 18, S. 57, Mart-Nisan 2005, s. 244).

¹⁰ Örneğin; bu bölümde ele alacağımız cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddenin bünyesinde, 765 sayılı TCK m. 414, 416, 417, 418, 421/c. 2’de yer alan suçlar toplanmıştır.

değere göre kanunun farklı bölümlerinde düzenlenerek yaklaşık on madde ile¹¹ bu suçlar karşılanmaya çalışılmıştır¹².

1926 tarihli 765 sayılı ceza kanunumuzda düzenlenen suç tipleriyle cinsel saldırıya uğrayan kişilerin hukuksal yararından çok toplumun geleneksel ahlak

¹¹ Cinsel Saldırı (m. 102), Çocukların Cinsel İstismarı (m. 103), Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (m. 104), Cinsel Taciz (m. 105), Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma (m. 109), Hayasızca Hareketler (m. 225), Müstehcenlik (s. 226), Fuhuş (m. 227), Çocuğun Soy Bağını Değiştirme (m. 231).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu cinsellikle ilgili suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (m. 102-105) ve genel ahlaka karşı suçlar (m. 225-227) başlıklarıyla, Kanunun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlemiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde, cinsellikle alakalı fiillerin cezalandırılmasıyla korunmak istenen hukuki değer konusundaki anlayışın değişmesi etkili olmuştur. Cinselliğin genel ahlaktan ziyade bir özgürlük sorunu olduğunun kabul edilmesiyle birlikte, doğrudan kişilerin cinsel tamlıklarına yönelik fiillerin, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar şeklinde ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Bu çerçevede, cinsellikle ilgili olup doğrudan kişilerin cinsel tamlığını ihlal etmeyen, toplumda geçerli olan genel adap duygusuyla ve töresiyle bağdaşmayan fiillerin ise, genel ahlaka karşı suçlar kapsamında yaptırım altına alınmış olduğu vurgulanmıştır (Öykü Didem Aydın, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **HPD**, S. 2, Sonbahar 2004, s. 155; aynı yönde bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ekim 2016, s. 348; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Eylül 2016, s. 277).

Kişilere karşı işlenen cinsel eylemler geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bir kişinin cinsel özgürlüğüne, bu yöndeki bireysel karar verme hakkına yönelik eylemler çok çeşitlidir. Alman ceza kanununda ise cinsel suçların 13’üncü bölüm altında 174-184’üncü maddeler arasında düzenlendiğini görmekteyiz. 13’üncü bölümün başlığı “*Kişisel cinsel karar verme hakkına yönelik suçlar*” (*Straftaten Gegen Die Sexuelle Selbstbestimmung*) şeklindedir. Bölümün başlığına verilen isimden de anlaşılacağı üzere burada kişilerin cinsellikleriyle ilgili kararlarını serbestçe vermeleri korunmak istenmektedir. Bu kavram kişinin en geniş olasılıkla cinsel anlamda hoşlanacağı eylemlerde bulunma tercih hakkına sahip olması, kendi kararını verme konusunda yetkili olması biçiminde anlaşılmalıdır. Alman anayasasının (Grundgesetz) 2. paragrafının 1. bölümünde yer alan “*cinsel varlık ve bütünlük*” kavramı Ceza Kanununda bir kişinin cinsel tercihleri konusunda kendi kararını verebilme özgürlüğünü ifade etmektedir denilmektedir (Bottke, ss. 293, 297; Koç, s. 244).

¹² Alahattin Şimşek, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, **CHD**, Yıl: 10, S. 28, Ağustos 2015, ss. 313-314.

anlayışının¹³ korunduğu görülmektedir¹⁴. 5237 sayılı TCK’da ise korunan hukuki değerlere göre cinsel davranışlar farklı suç kategorilerinde ele alınarak temel olarak

¹³ 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce hazırlanan tasarılar söz konusu suçlar “*Topluma Karşı Suçlar*” arasında görülerek, “*Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmişlerdir. Böylece bireye ait ve öncelikli olarak korunması gereken bir değer olan “*cinsel özgürlük*” yine geri plana alınarak, önce toplumun korunması amaçlanmıştır. Cinsel özgürlüğün toplumdan bağımsız bir değer olarak düşünülmediği bu anlayışa göre söz konusu suçlar öncelikle topluma ve toplumsal değerlere zarar vermektedir. Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Sancar Yalçın, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 51, S.3, 2002, ss. 1-25.

Benzer bir değişim Alman Hukuku’nda da yaşanmıştır. Cinsel suçlarla korunan hukuksal değer ahlak olduğu ifade edilmekte iken daha sonra korunan değer bireylerin cinsel özerkliği olduğu kabul görmeye başlamıştır. Bu çerçevede 1969 yılında zina, eşcinsellik, kadın satıcılığı ve sodomi suç olmaktan çıkartılmıştır (Frank Neubacher, “An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße”, **ZStW**, S. 118 Heft 4, 2006, s. 855; Hans-Heinrich Jescheck, “Der Einfluß der neueren schwedischen Kriminalpolitik auf die deutsche Strafrechtsreform”, **ZStW**, Band 90, Heft 3, 1978, s. 784; Jürgen Meyer, “Das Menschenbild im Strafrecht Bericht und Anmerkungen über eine Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll”, **Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw.**, LXXXI, s. 356; Albrecht, s. 864; Peer Schaefer, Jens Wolf, “Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung - regelungsbedürftig oder politisch gewollt?”, **ZRP**, 2001, s. 28).

Alman ceza hukukunda yapılan reformlarla, kişinin cinsel alandaki seçimlerini serbestçe yapabileceği özgürlüğünün ceza hukuku tarafından korunması, sadece kamu düzeninin korunması ve gençlerin cinsel gelişimlerini zarar görmeksizin tamamlamaları açısından gerekli olan fiillere indirgenmiştir. Toplumda eskiden beri benimsenen, ahlaki görüşlerin ceza hukuku ile korunmasına ilişkin tüm hükümler ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle bu alan toplumda etkili diğer faktörlerin serbestçe yapacakları etkiye ve bunların içinde saklı olan kontrol mekanizmalarına bırakılmıştır. Ceza hukukundaki cinselliğe ilişkin hükümlerin liberal bir şekilde düzenlenmesi, birçok kişi tarafından ileri sürülen kuşku (özellikle eşcinselliğin yaygınlaşacağına ilişkin) aksine, toplumdaki ahlaki değer yargılarının tehlikeli bir şekilde gevşemesine neden olmamıştır. Bu durum, ilgili alanda hukuk dışında kontrol mekanizmalarının işlevleri olduğunu ortaya koymuş bulunmaktadır (Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 100; ayrıca bkz. Fahri Gökçen Taner, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ağustos 2013, s. 57; Schroeder, JZ, s. 831; Müting, s. 199). 1999 yılı itibarıyla Almanya’da işlenen suçların % 0,8’ini cinsel suçlar oluşturmakta idi (Henning Rosenau, “Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts”, **StV**, 388 – 398, Heft 7, 1999, s. 1).

¹⁴ Bu anlayışta cinsel şiddete maruz kalan kişi kanun koyucu tarafından geri plana itilmekte, eylemin toplum ahlakına verdiği zarar ise tersine önemsenmektedir. 1920’li yıllarda hemen bütün dünyada aynı eğilimde düzenlemelerin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Ancak 1990’lı yıllarda çeşitli ülkelerde yapılan kanunlarda bireye verilen önem, cinsel suçların ihlal ettiği hukuksal yararın, her şeyden evvel kişinin cinsel özgürlüğü olduğunun bilincine varılmasını sağlamıştır. Bu konuda bkz. Gül Erman, “Kadına Yönelik Cinsel Şiddet”, **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı (11-12 Mart 2000)**, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın No: 1, Ekim 2002, ss. 16-18. 765 sayılı yasada dönem dönem değişiklikler yapılmış olsa da çağın gerekleri ve toplumun ihtiyaçları gözetilerek yeni bir ceza kanunu hazırlanması ihtiyacı oluşmuştur. Bu yönde bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, S. 5, 2005, s. 42; karşı yönde görüş öne süren Kocasakal ise 765 sayılı TCK’nın eskimiş olduğunu kabul etmiş olmakla birlikte “...bir benzetme yaparsak, güzel bir yüz vardı zaten ve bir makyaj ile daha güzel hale getirilebilirdi.” eleştirisini getirmiştir (Ümit Kocasakal, “TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi”, **Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi**, S. 4, 2006, s. 44).

Sonuç olarak, 1984’te başlayan çalışmalar neticesinde ilk metin 1987’de oluşturulmuş ve nihayet 14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 12.05.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı olarak TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir. Dönmezer Tasarısı olarak bilinen bu metin TBMM Adalet Komisyonu’nda yapılan çalışmalar ile büyük değişikliğe uğratarak 03.08.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulmuş olup, 5237 sayılı TCK olarak, 1 Nisan 2005 tarihinde

cinsel suçlar “*kişilere karşı suçlar*” kısmında “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu da madde gerekçesinde, bu bölümde düzenlenmiş olan suçlarla korunan hukuksal değerin kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğunu vurgulamış olup, bu bakımdan TCK’nın cinsel davranışlara bakışının da bireysel cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olduğu açıklığa kavuşturmuş olmaktadır¹⁵.

Cinsel suçlar 765 sayılı TCK’da, temel olarak gerçekleştirilen cinsel hareketler bakımından değerlendirilmeye alınmış ve cinsel hareketlere aşamalar halinde, “*söz atma*”, “*sarkıntılık*”, “*ırza tasaddi*”¹⁶ ve “*ırza geçme*”¹⁷ olarak hareketlerin haksızlık

yürürlüğe girmek üzere 26.09.2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. Ancak kanun daha yürürlüğe girmeden büyük tartışmalar meydana gelmiş ve daha sonra da devam etmiş, eleştirilerin haklılık payı 5328 (31.03.2005), 5560 (06.12.2006) ve 5377 (29.06.2007) sayılı kanunlarla TCK’nın birçok maddesinde değişiklik yapılması ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır (Bkz. Abbas Kılıç, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **TBB**, S. 78, 2008, s. 168; Türkan Sancar Yalçın, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, Ekim 2013, s. 94, dn. 23).

¹⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Çerçevesinde Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Şubat 2017, ss. 316-317; Tezcan/ Erdem/ Önok, **Özel Hükümler**, ss. 350-351; Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **TBB**, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Özel Dosya Yazıları, Mart- Nisan 2012, ss. 271-272; Kılıç, s. 183; Taner, ss. 69-70; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. Baskı, Eylül 2015, s. 59; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, **CHD**, Yıl: 9, S. 24, Nisan 2014, s. 58.

¹⁶ “*Irz*” kavramının soyut bir kavram olması nedeniyle yeni kanunda bu kavrama yer verilmediği hakkındaki görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Eraslan, “TBMM Adalet Komisyonu’nda. Kabul Edilen Türk. Ceza Kanunu Tasarısı. Hakkında Görüş.”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004, Birinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68, Ağustos 2004, ss. 140 vd.. Irz; “*namus, temizlik, perde*” (Mustafa Nihat Özön, **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, 8. Baskı, İstanbul 1989, s. 346) ve “*bir kimsenin başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffeti*” (**Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 914) olarak tanımlanmaktadır. Türkiye’de ise ırz kavramının, kadın üzerinden tanımlanan ve erkeğe ait bir değer olduğu vurgulanmaktadır. Buradan çıkan sonuç ise bu kavram içinde kadının yine birey olarak değil; birilerine ait bir nesne olarak yer alıyor olduğu gerçeğidir. Kadına yönelik bir saldırı ise doğal olarak erkeğin ırzına yönelik olarak kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK’da “*ırza geçme*” yerine “*ırza tasaddi*” yi de kapsayacak bir şekilde “*cinsel saldırı*” ifadesinin benimsenmiş olması, - bu suç tipiyle alakalı yeri geldikçe değineceğimiz eleştiriler bir yana olmak üzere- “*ırz*” sözcüğünün ise Türkiye toplumunda taşıdığı anlam dikkate alındığında, Kanun’da artık kullanılmıyor olması çok yerinde bir seçim olmuştur. Bu yönde bkz. Sancar Yalçın, **Ceza Hukukunda Kadın**, ss. 103-104. Eski TCK’da tecavüz suçlarına verilen cezalar sırasıyla evli, bakire, dul, ve fahişe olmasına bağlı olarak değişmekte, kadının mülkiyet değerine bağlı olarak faile ceza biçilmekteydi. Bugün yazara göre belki daha gelişmiş bir Ceza Kanunumuz olmasına rağmen uygulamalarda kadına yönelik her türlü şiddetin adaletli bir şekilde cezalandırıldığı kanaati uyanmamaktadır. Kadınlara yönelik cinsel saldırı hususunda dünyada hukuk alanında bir adaletsizlik olduğu yönünde düşünceler akademik alanda da tartışılmaktadır. Bu alanda hukuksal reformlar yapılmasına rağmen bu tip saldırıların azalmaması Metin’e göre, hukukun toplum mühendisliği rolünün sınırları olduğunu göstermektedir. Bu nedenle cinsel saldırılar hususunda, toplumsal normlar, tecavüz mitleri, toplumsal cinsiyet konuları hukukçular açısından daha da önemli hale gelmiştir (Sevtap Metin, **Hukuku Sinemada Görmek**, Ekim 2015, ss. 50-51).

¹⁷ Cinsel saldırı hakkında vazgeçmemiz gereken efsaneler arasında ilk olarak bu saldırıyı gerçekleştirenin hasta olduğu anlayışı gelmektedir. Somay’a göre bu kişi hasta değildir. Bu görüşe göre, arkadaş-mahalle baskısı, kendini kanıtlama ihtiyacı, erkekliğinden emin olamama, “*Ya şu anda*

içeriğine göre farklı suçlar olarak yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar düzenlenirken her bir cinsel davranış hareketi bağımsız nitelikte suçlar gibi ele alınmış ve bu suçların ayrımında da cinsel hareketlerin

vazgeçersem de sonradan arkamdan dalga geçilirse” kuşkusu, kadının zaten tecavüz edilmeyi istediğine inanma, öfke, intikam vb. nedenlerden bahanelere giden yol ise kişiye göre değişebilmektedir. Ancak bu yolların hiçbirisi “*patolojik*” değildir ve cinsel saldırıyı gerçekleştiren de normal bir kişidir. İşlediği suçun yanına kar kalmasını sağlayan, ya da bu suçu işlemek yoluyla kanıtladığını sandığı “*erkekliğin*” dünyanın en kıymetli şeyi olduğunu söyleyen toplumsal yapı hastadır, ama bu hastalığın ne yazıkki (*kimyasal ya da fiziksel*) bir ilacı bulunmamaktadır. Somay’a göre, burada tek ilaç, kendisinin de potansiyel bir suçlu olduğunu bile bile bunu yapmayan, başkasının yapmasına gücü yettiğince engel olmaya çalışan erkekler ile cinsel saldırıya uğrasa bile yenilmediğini, boyun eğmediğini gösterebilen kadınlardır. Bu görüşe göre, bir diğer efsane ise cinsel saldırının kadınlara karşı işlenen bir suç olduğu düşüncesidir ki, gerçek böyle değildir. Bu suçun mağdurları çoğunlukla kadındır, ama kız ya da erkek çocuk, erkek ya da kadın eşcinsel, transseksüel vb. mağdurlar da pekala olabilmektedir. O nedenle de cinsel saldırı (*ve şiddet ve cinayet*) bir “*kadın sorunu*” olarak algılanmamalıdır. Bu herkesin sorunudur ve hepimiz cinsel saldırıya ve şiddete uğrayabiliriz. Somay’a göre, bahsedilmesi gereken bir diğer efsane ise cinsel saldırının cinsel bir suç olduğu efsanesidir. Bu görüşe göre cinsel saldırının cinsellikle hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu suç kendisine erkek olduğunu anladığı andan itibaren iktidar vadedilen, ancak bu vaad hiçbir zaman yerine getirilmediği (*getirilemeyeceği*) için “*kendi göbeğini kendi kesmeye*” karar veren çaresiz erkeğin hezeyanıdır. O nedenle cinsel saldırının içinde “*duhul*” olmasa da olacaktır. Yazara göre, amaç cinsel haz almak değildir. Amaç diğerini yani farklı olanı, kadını, çocuğu vb. “*benim gibi olmayanı*” sindirmek, dize getirmek, tercihan irademizi ona kabul ettirmekten ibarettir. Cinsel saldırı imkansız bir iktidar gayretidir, o yüzden de her yerdedir. Bu suçun sokakta olan bir şey olduğu efsanesine gelince, cinsel saldırı çoğunlukla mağdurun yaşadığı evinde olmaktadır. Kendi evinde işlenen suçların çoğu da aile evinde olmaktadır. Tam da bu yüzden aile evinde işlenen bu tür suçların çoğu bildirilmez ve saklanır. Sokaktaki cinsel saldırıyı ise gizlemek elbette daha zordur. Basında bunlar vurgulanır, polis raporlarına bunlar geçer ve bunlar tartışılır. Yaşanan bu gerçekleri kabul etmeden sorunları çözmek bir yana yazara göre daha ne olduklarını bile anlamamız mümkün olmayacaktır.

Cinsel saldırı bu görüşe göre, Türkiye’ye, şarka, az gelişmişliğe özgü bir sorun değildir. Bu suç, erkek egemenliği, ataerkillik nerede varsa oraya özgü bir sorundur ve dolayısıyla bildiğimiz dünyaya özgü bir sorundur. “*Gelişmiş*” (“*Kapitalistleşmiş*”) ülkelerde de aynı şeyler olmaktadır. Örneğin, öz kızını bodruma kapatıp karısının ve oğullarının da işbirliğiyle 24 yıl boyunca cinsel saldırıda bulunan Josef Fritzl, bir Avusturyalıydı (Ayrıntılı bilgi için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Josef_Fritzl, Erişim Tarihi: 14.06.2016). ABD’de sırf taciz, cinsel saldırı ve çocuk istismarı işlerine bakan özel bir polis birimi bulunmaktadır (SVU); buradan yola çıkarak yapılan TV dizisi (*Law & Order SVU*) on dokuz sezondur (*400’den fazla bölüm*) gösterilmektedir ve olayların çoğu gerçek olaylardan esinlenme şeklindedir. İsveç, Avustralya ve ABD’de cinsel saldırı oranları oldukça yüksektir. Cinsel saldırının “*ilkellik*”, “*barbarlık*”, “*az gelişmişlikle*” bir ilgisi bulunmamaktadır. Yazara göre, erkek egemenliği ve ataerkillik (*baba egemenliği*) en gelişmiş kapitalist ülkede de, en geleneksel şark toplumunda da hüküm sürmektedir. Kadınlara “*gelişmiş*” ülkelerde kazandığı haklar bu anlamda gözleri boyamamalıdır. Yazara göre, kuşkusuz bu hakları savunmak, dört elle sarılmak şarttır, ama sorunları “*çözdükleri*” hayaline de kapılmamak gerekmektedir. Nitekim, son on küsur yılda Türkiye’de kadınlara bir sürü hak tanınmış ve cinsel şiddet ve saldırılara karşı cezaları ağırlaştırılan yasalar çıkarılmıştır. Ancak bunlarla sorunları çözülememiştir. Ataerkillik neredeyse cinsel saldırı da tabii ki orada olacaktır. Cinsel saldırılardan “*gelişerek*” değil, erkek egemenliğine son vererek kurtulabilmenin mümkün olduğu hakkında bkz. Bülent Somay, “Tecavüz Hakkında Vazgeçmemiz Gereken Efsaneler”, <http://www.cinsomedia.org/tecavuz-hakkinda-vazgecmemiz-gereken-efsaneler/>, Erişim Tarihi: 10.01.2016; Bülent Somay, **Cinselliğe Dair Vazgeçmemiz Gereken 100 Efsane**, Hazır Bilgi Serisi – 6, Haziran 2016, ss. 205-233. Cinsel suçlar ve cinsel suçlu profilleri hakkında ayrıca bkz. Mustafa Tören Yücel, “Cinsel Suçlar (Sexual Crimes)”, <http://www.kriminoloji.com/>, Erişim Tarihi: 10.05.2016.

ağırlığından öte kişinin cinsel dokunulmazlığı ve vücut dokunulmazlığı esas alınmıştır. Yeni düzenleme ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tanım ve içeriği değiştirilmiş, mağdur bakımından kadın erkek ayrımı kaldırılarak suçun ergin kişiye karşı işlenmesi “*cinsel saldırı*”, çocuklara karşı işlenmesi “*cinsel istismar*” veya “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” ve cinsel temas içermeyen cinsel davranışlar “*cinsel taciz*” şeklinde düzenlenerek yeni kavramlara¹⁸ yer verilmiş olmaktadır¹⁹.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin maddelerin tamamı 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁰un 58, 59, 60 ve 61. maddeleriyle değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle suçların temel ve nitelikli hallerinin cezalarında ciddi artışlara gidilmiş olduğu görülmektedir²¹. Burada bir türlü kurtulamadığımız bir zihniyet sorununa işaret etmek gerekmektedir. Bu sorun da, cezaları artırarak bazı suçların işlenmesinin önlenebileceği yönündeki, kriminoloji bilimi verilerine aykırı kabuldür. Bakıldığında, 6545 sayılı Kanun ile yapılan temel değişikliğin, cezaların artırılması olduğu görülmektedir²². Bu tür bir yaklaşım, yakın dönemde haberlere yansıyan bazı dramatik

¹⁸ Yeni kavramlar hakkındaki eleştiriler için bkz. Tezcan/Erdem, s. 351; Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004, Birinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68, Ağustos 2004, ss. 150-152. 765 sayılı TCK’daki kavramların kullanılmamasının isabetli olduğu hakkında bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “TBMM Adalet Komisyonu’nda. Kabul Edilen Türk. Ceza Kanunu Tasarısı. Hakkında Görüş.”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004, s. 358. Aynı yönde bkz. Yokuş Sevük, s. 244; Öykü Didem Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, Erişim Tarihi: 25.10.2015. “...kanun koyucunun eksikliği yeni kavramlar kullanması değil, kavramlar konusunda yeterince tartışma yapılmasına ve konsensüs oluşmasına izin vermeden acele bir kanun yapması ve gerekçeyi özensiz yazmasıdır. Ortaya konan suç tiplerine kamuoyunun ve ceza hukukçularının yabancı olmaları, bu kavramlara karşı direnç göstermelerine ve hala eski kavramlara benzeterek sonuca ulaşma çabalarına yol açmaktadır...” Bu konuda bkz. Taner, ss. 71-72.

¹⁹ Şimşek, s. 315. Böylece 765 sayılı TCK’daki “ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık” ayırımı, kısmen de olsa son verildiği belirtilmiştir (Tezcan/ Erdem/ Önok, Özel Hükümler, ss. 348, 351, 366-367).

²⁰ RG. 28.06.2014/ 29044.

²¹ 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce bu suçlar için öngörülen cezaların alt ve üst sınırları arasındaki genişliğin, somut olayda işlenen fiilin ağırlığını göz önünde bulundurarak cezanın belirlenmesi açısından hakime büyük bir imkan verdiği, ancak yargı kültürümüzdeki hakimlerin genelde cezayı alt sınırdan başlatmak şeklindeki uygulamalarının, bazı hallerde fiilin ağırlığına uygun bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına engel olduğu belirtilmekteydi (Koca/Üzülmez, s. 278).

²² 5237 sayılı TCK’nın, cinsel suçların anlaşılması ve uygulanması bakımından 765 sayılı TCK’dan farklı ve yeni bir bakış açısı ortaya koyduğu ve bu farklı bakış açısının bu suçların anlaşılması ve uygulanmasında netlik arz etmeyen bir takım sıkıntılı alanların oluşmasına neden olduğu, Yargıtay’ın ise içtihatları yoluyla sorunlara çözümler bulunmaya çalışıldığından bahsedilmiştir. TCK’da düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda temel sorunlar; cinsel davranış

vakalara yönelik kamuoyu tepkisinin sonucu olmuştur²³. Halbuki, bu suçlar için öngörülmüş olan önceki cezalar da hafif değildi. Bu suçların önlenmesi bakımından yapılması gereken öncelikli olarak²⁴, bu suçların işlenmesine ve –böyle bir durum

kavramının içeriğinin belirlenmesi, mağdurun eyleme rızasızlığı, mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı, bir kısım eylemlerin cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, basit cinsel saldırı ve istismar suçlarında bazı eylemlerin suç ve cezaların oranlılığı ilkesine aykırı düşmesi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur ve failin belirlenmesi, ensestini bağımsız bir suç olarak kanunda düzenlenmemiş olması, rıza ile meydana gelen cinsel istismar suçlarında suçun iki süjesinin de çocuk olması ve eylem sonrası evlenmeleri olarak sıralanmış idi (Namık Genel, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar”, <http://www.kose-kose.com/dosyalar/genel-cinsel-suclar.pdf>, Erişim Tarihi: 29.10.2015).

²³ Kanunun gerekçesinde ise “...,çocukların ve kadınların toplum içinde maruz kaldıkları cinsel şiddet, bu kişileri ve toplumu olumsuz yönde etkilemektedir...Hukuk devletinin temel amaçlarından olan bireyin korunması ilkesi, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Türk Ceza Kanununun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” Bölümünde yer alan 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Kanunun yaklaşık dokuz yıllık uygulamasında, belirtilen suçlarla ilgili bir takım sorunların çözümü amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmekte ve bu suçlar için öngörülen cezalar önemli ölçüde artırılmaktadır...” ifadelerine yer verilmiştir.

²⁴ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan en son veri 2015 yılına ait olup, buna göre Türkiye’de cumhuriyet başsavcılıklarınca TCK çerçevesinde işlem yapılmış tüm kararlarda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların toplam oranı % 1,7’dir. TCK uyarınca Türkiye’de verilen toplam karar sayısı 3.179.351 iken, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan verilen karar sayısı ise 53.702’dir. Bu davaların 10.250’si beraat ile sonuçlanmıştır (Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/34.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2016). Çocuk mahkemelerinde ise yine Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2015 istatistiklerine göre, işlem yapılmış olan tüm kararlarda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların toplam oranı 21, 7’dir. Türkiye’de verilen tüm karar sayısı ilgili mahkemeler itibarıyla 2015 yılında 146.771 iken, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan verilen karar sayısı ise 1.961’dir. Bu davaların 218’si beraat kararı ile sonuçlanmıştır (Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/%C3%A7ocuk/10.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2017). İleride de ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların, diğer suçlara oranla siyah sayı olarak kaldığını söylemek mümkündür. Buradan da yola çıkarak ve istatistiklere de bakıldığında bu tür suçların diğer suçların toplam sayısına oranının, cezaların artırılmış olmasına rağmen, sanıldığından yüksek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

varsa- artmasına neden olan etkenlerin tespit edilip²⁵ bunları en aza indirmeye yönelik tedbirlerin geliştirilmesidir²⁶.

6545 sayılı Kanun ile (m. 58), TCK m. 102’de yer alan “*Cinsel Saldırı*” suçu büyük değişiklikler geçirmiştir²⁷. Değişiklikle cinsel saldırı suçunun cezası artırılmış,

²⁵ Cinsel şiddetin sıklığı hususunda güvenilir verilerin sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Toplum temelli çalışmalarda; kadınların %6-46’sının hayatlarının bir döneminde “*intimate partner*” yani özel ilişkisi olan veya eskiden özel ilişkisi olan (ex-partner) erkekler tarafından cinsel şiddete uğradığının bildirildiği vurgulanmaktadır (Ergöner/Özkara, s. 222). Şiddetin en önemli görünümünden biri olarak ortaya çıkan cinsel şiddet; kültür, dini inanç, sosyo-ekonomik düzey ve rejim farkı olmaksızın, bütün toplumlarda, bireyin mahremiyetine, kişiliğine, beden ve ruh sağlığına ve çevresine karşı işlenen bir şiddet biçimi olup, bireyin cinsel özgürlüğünü, cinsel bütünlüğünü ve kişiliğini hedef almış bulunmaktadır. Aslında, canlılara has bir duyguyu ifade etmekte olan cinsellik, tabiatı tabiatın evrensel kanunlarına tabidir, etik bir değer taşımamaktadır. Ancak toplumsal bir varlık olan ve bu yönüyle diğer canlılardan ayrılan insanoğlu bakımından cinsellik, bir taraftan tabiatın kanunlarına, diğer taraftan ise toplumsal kurallar çerçevesinde etik değerlere tabi olmaktadır (Zeki Hafızogulları, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **Türk Hukuk Kurumu Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı**, Ankara 9 Nisan 2005, s. 357). Tarihin her döneminde, insan hayatı içinde ayrılmaz bir parça oluşturan cinselliğin o döneme özgü toplumsal kurallarla düzenlenmesi yoluna başvurulmuştur. Cinselliğe ait etik değerleri hedef alan cinsel şiddet, kadınlar başta olmak üzere dünya genelinde milyonlarca insanı olumsuz bir biçimde etkileyen yaygın bir mesele olmasına karşın, cinsel şiddet kavramının ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği ve cinsel şiddete ilişkin ortak bir algının oluşmadığını ifade etmek gerekir. Toplamların sosyal, siyasi, ekonomik ve kültürel yapılarının taşıdığı farklılık, ahlak kuralı olarak nitelendirilen değerlerin kapsam ve içeriğini değiştirdiğinden, evrensel bir cinsel şiddet anlayışına ulaşılmasına da engel teşkil etmiştir (Cahit Can, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Mart 2012, ss. 462-464; ayrıca bkz. Ahmet Hamdi Topal, **Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar**, Ekim 2009, ss. 10-11).

²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 349. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların cezalarının artırılması bu suçların işlenmesini önlemek bakımından tek başına yeterli değildir. Söz konusu suçların işlenme nedenleri ve işleyenlerle ilgili önemli kriminolojik araştırmalar yapılmalıdır. Koca/ Üzülmüş’e göre, ilgili suçlara yönelik düzenlemeler yapılmadan önce de, mağdur ve fail profili, bunların yaş ve eğitim durumu, akraba olup olmadıkları, bu suçların sıklıkla işlendiği yer ve zaman, fail ve mağdurun ekonomik durumu gibi hususlar araştırılmalıydı (Koca/Üzülmüş, s. 278).

²⁷ **Maddenin eski hali şu şekildeydi:** Cinsel saldırı Madde 102 - (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, **iki yıldan yedi yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **yedi yıldan oniki yıla kadar** hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) **Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi** ayrıca kasten yaralama suçundan **dolayı cezalandırılır**. (5) **Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur**. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Değişikliğin ardından maddenin tamamı ise şu şekildedir: Cinsel saldırı Madde 102 - (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, **beş yıldan on yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir**. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **oniki yıldan az olmamak üzere** hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin, **vesayet** veya hizmet ilişkisinin

filin sarkıntılık²⁸ düzeyinde kalması suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca cinsel saldırı fiilinin insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi maddenin üçüncü fıkrası kapsamında nitelikli hallerden biri olarak kabul edilmiştir. Bir başka değişiklik ise içtima hükmü niteliğindeki dördüncü fıkranın yeniden formüle edilmesi olmuştur. Buna göre, suçun cebir kullanarak işlendiği durumlarda, fıkranın önceki şeklinde bu cebrin direncin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesine geçmesi halinde failin ayrıca kasten yaralamadan cezalandırılması öngörülmüşken, değişiklikle cinsel saldırı için kullanılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Böylece kasten yaralamanın temel şeklini oluşturan cebir suçun unsuru haline getirilmiş ve cinsel istismar suçunu düzenleyen 103. maddenin beşinci fıkrasıyla uyum sağlanmıştır. Değişiklikle son olarak cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olmaktan çıkarılmıştır. Bahse konu bu ve benzeri değişikliklere yeri geldikçe ayrıntılı olarak değinilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, 5237 sayılı TCK, kişilerin cinsel bütünlüğüne yönelik fiillerin düzenlenmesi bakımından 765 sayılı TCK'ya göre çok farklı hükümlere sahiptir. 765 sayılı TCK cinsel bütünlüğü ihlal eden fiilleri genel adap ve aile nizamı aleyhinde işlenen fiiller arasında düzenlemişken, TCK bu fiilleri kişilere karşı işlenen

sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı **ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından**, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, e) **İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle**, İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) **Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde**, ayrıca kasten yaralama suçuna **ilişkin hükümler uygulanır**. (5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

²⁸ Koca/ Üzülmüş'e göre, 6545 sayılı Kanunla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar konusunda getirilen bu değişiklik, 765 sayılı TCK'nın cinsel suçlara ilişkin kavramlarına yeniden dönüş kapısını açmış olmaktadır. TCK'nın 102. maddesinin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin "sarkıntılık" şeklinde işlenmesinin daha hafif cezalandırılması yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir ki; bu kavramın anlaşılabilmesi için, 765 sayılı Kanunun hafiften ağıra doğru, söz atma, sarkıntılık, ırza tasaddi ve ırza geçme şeklinde ortaya çıkan kavramsallaştırmalarına yeniden dönme ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Halbuki, yeni TCK'da bu kavramlar kapsayıcı olmadığı ve kazuistik bir düzenlemeye yol açtıkları için terk edilmişlerdi. Buna karşılık yazarlar, 6545 sayılı Kanunla TCK'nın 104 ve 105. maddelerinde yapılan değişiklikleri ise isabetli bulduklarını belirtmektedirler (Koca/Üzülmüş, s. 279).

suçlar kısmında ve “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlığı altında düzenlemiştir. Ayrıca, 765 sayılı TCK’da yer alan “*ırza geçme*” ve “*ırz ve namusa tasaddi*” ayrımı TCK ile ortadan kalkmış ve bunların yerini “*cinsel saldırı*” kavramı almıştır²⁹. Getirilen yeni düzenlemeye bakıldığında, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin, kişinin cinsel davranışlar ile vücut dokunulmazlığının ihlali olduğu görülmektedir. Mağdurun cinsel dokunulmazlığına haksız bir müdahale teşkil eden, onun iradesi ve rızası dışında meydana gelen bir tecavüz cinsel saldırı fiilini meydana getirmektedir³⁰. Belirtilen bu davranışların mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi ise ileride ayrıntılarıyla değinecek olduğumuz üzere suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 108. maddesinin başlığı 6545 sayılı Kanun’un 82. maddesiyle “*Mükerrirlere ve Bazı Suç Faillerine Özgü İnfaz Rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri*” olarak değiştirilmiş olup maddeye yeni fıkralar eklenmiştir. Maddeye eklenen 9. fıkra ile diğer bazı suçların yanı sıra cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen şeklini, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hallerini işlemekten dolayı hapis cezasına mahkum olanların koşullu salıverilmeden faydalanabilmeleri için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken süre mükerrir suçlularla paralel hale getirilmiş, ayrıca bu suçlardan mahkum olanlar için cezalarının infazı sırasında veya koşullu salıverilmeleri halinde denetim süresi içinde uygulanmak üzere tedaviye yönelik tedbirler ile diğer bazı yükümlülükler kabul edilmiştir. Kanımızca Özbek tarafından da isabetli bir şekilde belirtilmiş olduğu üzere, 6545 sayılı Kanunla CGTİHK m. 108’e eklenen 8 ve 9. fıkralar ile yeni bir “*özel tehlikeli suçlu*”³¹ kategorisi daha yaratılmıştır.

²⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 314; ayrıca bkz. Dursun, s. 59. Ünver ise, her ne kadar öğretide eski TCK’da bulunan *ırza tecavüz* ve *ırza tasaddi* ayrımının yeni TCK’da kaldırıldığı ileri sürülse de, bu tespitin yerinde olmadığını ve aynı ayrımın TCK’da da muhafaza edilmekte olduğunu belirtmektedir. Sadece TCK m. 102’de, *ırza tecavüz* yerine *nitelikli cinsel saldırı*, *ırza tasaddi* yerine ise *cinsel saldırı* kavramlarının kullanıldığını; hatta TCK m. 103’te de aynı ayrımın muhafaza edildiğini ve fakat bu kez mağdurun çocuk olmasından dolayı, her iki tip eylem için de *cinsel istismar* kavramlarının kullanıldığını vurgulamaktadır (Bkz. Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, **II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013**, Editör: Yener Ünver, 1. Baskı, Mayıs 2014, s. 28).

³⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 314; aynı yönde bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 206; Yokuş Sevik, s. 247; Koca/Üzülmez, s. 286.

³¹ TCK’da özel tehlikeli suçlu kavramı, bu suçlularla ilgili yeniden topluma kazandırma sorunu ile bu suçlulara özgü infaz rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, 8.

Her ne kadar konuya ilişkin TCK m. 58’de bir değişiklik yapılmamış olduğu görülse de CGTİHK m.108’e eklenen bu fıkralar ile infaz bakımından mükerrirlere özgü infaz rejimi öngörülmeyle dolaylı olarak m. 58’de sayılanlar dışında yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratılmış olmaktadır³².

Yapılan bu son değişiklikle, CGTİHK m. 108/1’deki mükerrirlere özgü koşullu salıverme süreleri, TCK’nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında da uygulanır. İlgili değişikliğin en faydalı tarafı, özellikle söz konusu hükümlülerin cezalarının infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde bazı tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına tabi tutulabilecek olmasıdır. Bu özellikle özel önleme ve hükümlünün rehabilitasyonu açısından büyük önem taşımaktadır. Bu uygulama sayesinde infaz sadece özgürlüğün basit bir şekilde sınırlandırılması uygulaması olmaktan uzaklaşacak ve amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilecektir. Bu olumlu taraflarına karşılık düzenlemede yer alan tıbbi tedaviye tabi tutulmak ve tedavi amaçlı programlara katılmak şeklindeki tedbirlerin içeriğinin temel hak ve özgürlükler çerçevesinde doğru bir şekilde düzenlenmesi zorunludur. Üstelik tıbbi tedavinin ne olduğunun kanunda düzenlenmeyerek yönetmeliğe bırakılması da doğru bir düzenleme şekli olmamıştır. Bir hukuk devletinde kişinin bedenine yönelik

Baskı, Ekim 2016, ss. 395-401. Ayrıca koşullu salıverilmenin şartları ve sonuçları hakkında bkz. Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 4. Baskı, Ekim 2015, ss. 514-528.

³² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 315. Bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri halde denetim süresi içinde, belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak b) Tedavi amaçlı programlara katılmak c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak (m.108/9). Bununla birlikte m.108/9 hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz (CGTİHK m.108/10). CGTİHK m.109/9’un uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan **yönetmelikle** düzenlenir. O halde; - 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar,- 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar ve - 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar özel tehlikeli suçlu sayılmalıdır.

müdahaleyi idarenin takdirine bırakmak anlamına gelecek böyle bir düzenleme kabul edilemez³³.

Bununla birlikte “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*” 26.07.2016 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³⁴. İlgili Yönetmelikle CGTİHK m. 108’de yer alan yaptırımların uygulama şekli ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere aşağıda “*Yaptırım*” başlığı altında yeri geldikçe ayrıntılı olarak değinilecektir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

765 sayılı TCK cinsel suçları³⁵ “*genel adap ve aileye karşı suçlar*” içinde düzenlemişken, TCK m. 102 - 105 arasında yer alan suçları “*kişiye karşı suçlar*” içerisinde “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlığı altında düzenlemiştir³⁶. Böylece korunan hukuki değer, cinsel özgürlük olduğu konusu açıklığa kavuşturulmuştur³⁷. Bu düzenlemeler ile cinsel bütünlüğün artık; bir ahlak, aile, töre ya

³³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 316; Özbek, s. 401.

³⁴ RG. 26.07.2016/ 29782.

³⁵ “*Cinsel suç*” kavramının, “*cinsel dokunulmazlığa karşı suç*” kavramından çok daha geniş bir anlam taşıdığı belirtilmektedir. “*Ceza yasalarında; kamu ahlakı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzenin varlığına zarar verdiği kabul olunan, dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemlere “cinsel suçlar” adı verilir.*” Bu konuda bkz. Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Ankara 2003, ss. 289-290; Can, ss. 486-487.

³⁶ Kanun koyucunun, iki kanun arasında söz konusu farklı düzenlemeye gitmesinin esası cinsel suçlara bakış açısındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Zira kişiler cinsel hayatları konusunda serbest olsa da, cinsel davranışların temel iki yönü vardır. Bunlardan ilki, cinsel davranışların bireysel yönü olup insan doğasının ayrılmaz fitri bir parçası olması, diğer yönü ise, cinsel davranışların toplumsal yönü olup genel ahlak ve adaba ilişkin bir davranış olmasıdır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu temel yaklaşımlardan ikincisi çerçevesinde hareket ederek cinsel davranışları düzenlemiştir. Zira normun kanunda düzenlendiği yer, norm ile korunmak istenen hukuksal değer ne olduğuna veya korunan hukuksal değerlerden hangisine daha çok değer verildiğine işaret etmektedir. Bu bakımdan 765 sayılı TCK’da cinsel suçların “*adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler*” babında düzenlendiği de gözetildiğinde, cinsel suçlarda korunan hukuksal değer genel ahlak ve aile düzeni olduğu açıktır. Burada kanun koyucu söz konusu suçların daha ziyade toplumsal yönüne önem vererek toplumsal ahlakı koruma amacı ile hareket etmiştir (Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hafizoğulları, ss. 357-361; ayrıca bkz. Yokuş Sevtük, ss. 245-246).

³⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt, Madde 86-140, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3287; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 316; ayrıca bkz. Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte**, 10. Aufl., Heidelberg 2009, s. 219.

da edep değeri olarak değil, bir özgürlük değeri olarak korunmak istendiği anlaşılmaktadır³⁸.

Öğretideki çeşitli görüşlere göre, cinsel saldırı suçuyla kişinin cinsel özgürlüğü³⁹, cinsel dokunulmazlığı⁴⁰ ya da cinsel özgürlüğünü yaşama konusundaki serbest iradesiyle hareket etme özgürlüğü korunmaktadır⁴¹. Cinsel özgürlük⁴²; gerek

³⁸ Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 152; ayrıca bkz. Johannes A. J. Brüggemann, **Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt**, 2013, s. 31.

³⁹ Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Bası, Ocak 2008, s. 315; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 351-352; Taner, s. 80; Koca/Üzülmez, s. 282; Yokuş Sevük, s. 247; Gülşah Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 823. Centel ise, cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük kavramlarının birbirinden farklı olduğunu, söz konusu suçların “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” içinde yer almasının, korunan hukuksal değerin insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu şeklinde yanlış anlamaya da neden olabileceğini belirtmektedir (Centel, s. 271). Kartal’a göre ise, korunan hukuki yarar, “bireyin cinsel tercih hak ve özgürlüğü ile birlikte, cinsel dokunulmazlığı, kişinin onur ve saygınlığı ve beden bütünlüğü” olarak, kademeli bir biçimde belirtilmektedir (Pınar Kartal Memiş, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013, s. 95).

⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 207. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Madde 88-153, 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3628; Remzi Gündüz, Veysel Gültaş, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)**, Nisan 2013. s. 17; Remzi Gündüz, **6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara 2015, s. 19; Gökhan Taneri, **Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Mayıs 2015, s. 24. Arslan/ Azizağaoğlu ise, korunan hukuki değerin bir başka deyişle “seks özgürlüğü” olduğunu da belirtmektedir. Bkz. Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Kasım 2004, s. 461.

Öğretide korunan hukuksal değeri ifade etmesi için “cinsel dokunulmazlığa karşı” suç ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu, çünkü bu suçların sadece erişkin kişilerin cinsel özgürlüklerinin değil, aynı zamanda çocukların cinsel ilişkileri ve istismarını da düzenlediği belirtilmiştir. Buna göre, 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel özgürlükleri nisbidir. 15 yaşından küçük çocukların ise cinsel özgürlükleri bulunmamaktadır (Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 234). Ünver’e göre ise, çocukların cinsel özgürlüğünün olmadığı savı yerinde değildir. Kanun koyucu, bütün cinsel suçlarla, mağdurun yaşı ve ruhsal ve bedeni durumu nasıl olursa olsun, bireylerin özgürce cinsel tercihte bulunma hakkını korumayı hedeflemektedir. Çocuklarla ilgili düzenlemeleri de bundan ayrı tutmak mümkün değildir. Burada, bu çocukların tercihlerini belirli cinsel davranışlara karşı ve farklı yaş gruplarında sağlıklı yapamayacakları düşünüldüğü için, bunların cinsel özgürlüğünü korumak ve cinsel sağlıklarının muhafazası için kanun koyucunun koruyucu suç tiplerine yer verdiğini belirtmek gerekir. Buna göre, kanun koyucunun bu gibi hallerde bazen çocuğun kendisine karşı onun haklarını koruma güdüsüyle hareket ettiği görülmektedir ve bu doğal karşılanmalıdır (Ünver, s. 27).

⁴¹ Cinsel özgürlük, cinsel tercihin özgürce yapılmasıdır (Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ocak 2003, s. 1031).

⁴² Ünver’e göre, cinsel suçların korudukları hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hali hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilmekte ve bunun ihlal şekilleri de çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık etmektedir (Ünver, Hukuksal Değer, s. 1033). Yarsuvat’a göre, modern ceza kanunları eski Alman hukukundaki anlayışın tersine olarak, cinsel suçları cinsel özgürlüğe karşı işlenen olarak kabul etmektedir. Suçun oluşması bakımından ise mağdur kadının “namuslu” olması gibi bir şart aranmamaktadır (Yarsuvat, s. 136). Kanaatimizce söz konusu suç tiplerinin korumaya çalıştığı hukuki değeri daha doğru bir şekilde ortaya koymak bakımından kanun koyucunun, konumuzu

hukukun gerekse örf ve âdetin belirlediği sınırlar içerisinde kişilerin cinsellik bakımından kendi vücutları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkıdır⁴³. Cinsel saldırının bazı gerçekleşme şekillerine bakıldığında mağdurun vücut bütünlüğünün⁴⁴ (fiziki ve ruhsal bütünlüğün⁴⁵) korunduğu da söylenmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda bu suçlarla vücut dokunulmazlığından ziyade açıkça “bireyin özgürce cinsel tercihte bulunma hakkı”nın korunduğu vurgulanmaktadır⁴⁶.

Cinsel suçlar alanında modern öğreti, “günah”, “ayıp”, “genel ahlak”, “ahlak temizliği” veya “cinsiyet ahlakı” gibi kavramlara sarılarak, “ahlak”ın kanun ile belirlenip yaratılabileceğini ve hatta korunabileceğini sanmanın bir yanılgı olduğunu ifade etmektedir. Devlet, toplum ve birey için geçerli ahlak kurallarını saptayıp, buna aykırı davranışlara ceza yaptırımını uygulamak hak ve görevine sahip değildir. Bu yanılgıya dayanılarak sergilenecek aksine bir tutum ise “devlet gücünün, çağdışı bir anlayışla egemenlik sağlamanın hizmetine koşulması” olmaktan öteye geçemeyecektir.

oluşturan suçlar için TCK'da bölüm başlığı olarak cinsel dokunulmazlık yanında cinsel özgürlüğe de vurgu yapması ve söz konusu suçları sınıflandırmış olması daha doğru bir tercih olabilirdi.

⁴³ Toroslu, s. 59; Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, Ankara 1970, s. 323; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317.

⁴⁴ Ahmet Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 33, Eylül 2005, s. 3286; ayrıca bkz. Georg Küpper, **Strafrecht Besonderer Teil 1**, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, Zweite, neu bearbeitete Auflage, 2001, s. 68.

⁴⁵ Yokuş Sevük, s. 247.

⁴⁶ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 27. Belirttiğimiz üzere, Alman Ceza Kanun'unda (Strafgesetzbuch - StGB) yer alan özel hükümler arasında (§§ 174-184) on üçüncü bölümde düzenlenen suçlar yazarlar tarafından “bireyin cinsel davranışını tayin hakkına karşı suçlar” (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) olarak Türkçeye çevrilmiştir. Yazarlar tarafından, Alman hukukundaki terimin, bireyin kendisine ait olan cinsel davranışlarını yönlendirme hakkını koruduğu ifade edilmiştir (Yenisey/Plagemann, ss. 266-299).

Cinsel özerklik suçla korunan bir hukuksal değer olduğu kadar medeni hukuk açısından da haksız fiilin ihlal ettiği bir değerdir ve tazminat sorumluluğu doğurur. Öte yandan tazminat hukuku bakımından cinsel özerkliğin hangi kişilik hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Cinsel saldırının, işkence için bir vasıta olarak kullanıldığı hallerde, bu hakkın temelini insan onuru oluştururken, diğer hallerde cinsel özerklik müstakil bir değer olarak kabul edilmektedir (Bu konuda bkz. Christian Huber, **BGB 253 Immaterieller Schaden**, Dauner-Lieb/ Langen, **BGB Schuldrecht**, 2. Aufl., 2012, Rdn. 56-58).

Alman Hukuku'nda cinsel özerklik insan onurunun bir iz düşümü olarak kabul edilmekte ve bir negatif statü hakkı olarak devletin müdahale alanı dışında kaldığı ifade edilmektedir. Bu anlamda cinsel özerklik, kişinin cinsel ilişki yaşayıp yaşamayacağını; yaşayacaksa kiminle, nerede, nasıl yaşayacağını tamamen kendisinin belirlemesini ifade eder. Cinsel ilişki cinsel temas gerektirdiğinden cinsel özerkliğin önemli bir parçası da vücut bütünlüğüdür. Dolayısıyla cinsel özerklik kapsamında, vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf da ele alınmalı ve özellikle rıza konusunda gözden uzak tutulmamalıdır (Joachim Renzikowski, **Münchener Kommentar zum StGB**, 2. Aufl., Almanya 2012, Vorbem. §§ 174 ff., Rdn. 8-10; Monika Frommel, **Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2**, 2. Aufl., Almanya 2005, §§ 177, Rdn. 16; ayrıca bkz. Rolf Dietrich Herzberg, “Eigenhändige Delikte”, **ZStW**, LXXXII, s. 904; Jescheck, s. 784).

Cinsellik, kişinin doğasında var olan ve herkesçe öğrenilerek uygulanan, hatta zorunlu bir gereksinim olarak algılanan bir olgu olup, burada yalnızca erkekler karşısında zayıf durumda bulunan “kadınlar”, akli yetenekleri sınırlı veya sorunlu kişiler ve çocukların özel olarak korunması gerekli olabilir. Ünver’e göre, “*Bunlar dışında, sun’i gerekçelerle, bireyin özgürce cinsel tercihte bulunma hakkını sınırlamaya veya ortadan kaldırmaya yönelik kanuni düzenlemeler aracılığıyla siyasal iktidara hakim olan güçlerin kendi ahlak/ din anlayışlarını tüm topluma kabul ettirerek, genel geçerli davranış normlarını bu anlayış çerçevesinde oluşturmaları bugün artık kabul edilemez*”⁴⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “*Fanny Hill*” kararında da açıkça vurgulandığı gibi, ceza hukukunun “*cinsel alanda gelişmiş vatandaşın ahlaki (moral) standardını oluşturmak*” gibi bir ödevi bulunmamaktadır; tersine ağır ihallere karşı birey haklarını korumak görevi vardır⁴⁸.

Görüldüğü üzere çağdaş toplumların değişen yapısı cinsel suçların koruduğu hukuksal değer anlayışını da değiştirmiştir⁴⁹. Söz konusu değer artık genel adap, genel

⁴⁷ Belirtilen nedenlerle, günümüzde artık “*ar ve haya*”, “*cinsel hareketlilik*”, “*ahlaki temizlik*”, “*ahlaka aykırılık*” ve “*halkın edep duygusu*” gibi kavramlar, “*sübjektif kişisel değer yargılarını ifade eden kavramlar*” olarak ifade edilmektedir. Aile düzenine ve cinsel özgürlüğe ilişkin suçların uygulamasında savcının, bilirkişinin, hakimın kişisel ahlaki/ dini değer yargılarıyla, cinsellik kavramına yaklaşım biçimlerinin bu suçlarla alakalı kavramlara mana kazandırdığı, somut olaya göre ve zaman içinde farklı içeriklerle bu alandaki suçların uygulamasında belirsizlik ve keyfi davranışlara neden olabilmesi de eleştiri konusudur (Yener Ünver, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul 2001, ss. 294-295; Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 23-24).

⁴⁸ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 24; ayrıca bkz. Schroeder, Reform, ss. 77-82. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu kararıyla, 1962 yılına kadar Almanya’da savunulmuş olan ve bu suçlarla korunan hukuksal değeri cinsel yaşamın ahlaki ve düzeni kabul ederek cinsel yaşamın saflığı ve sağlıklılığını ceza hukuku vasıtasıyla korumak gerektiği düşüncesinden vazgeçmiştir (Ünver, Cinsel Suçlar Alanında Değişim, s. 349). Eskiden doktrinde, ceza hukukunun “*ahlaki-adabı oluşturan fonksiyonu*” da dahil olmak üzere, asli toplumsal etik inanç değerlerini korumayı hedeflediği ifade edilmekteydi. Bunun için kabul edilen temel ilke, ceza hukukunun ödevinin hiçbir zaman ahlak, adap, etik veya cinsel normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı hususudur. Bu anlamda “*ahlaklılık*” herhangi bir hukuksal değer kavramına dayanamayacaktır. Çocukların ya da gençlerin korunması bakımından, cinsel gelişimi olumsuz etkileyen ya da muhatap kimseyi olumsuz açıdan etkileyen cinsel hareketler suç olarak düzenlenebilecekse de, yetişkin kimseler arasındaki cinsel ilişkiler ve evli olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişkiler suç olarak düzenlenemeyeceklerdir. Meğer ki, küçük ya da korunmaya muhtaç kimseler ile daha yaşlı kişiler arasında söz konusu cinsel ilişki gerçekleştirilmiş olsun (Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, ss. 1025-1026).

⁴⁹ Ünver, 2003 yılında yapmış olduğu tespit, batı ülkelerindeki doktrinde 1960’lı yıllarda başlayan ve pozitif düzenlemelerde 1970’li yıllarda başlamakla beraber halen devam etmekte olan akımın, cinsel suçlar reformu olduğunu belirtmiştir. Ülkemizde ise bu alandaki sorunları karşılayacak düzenlemelerin eksik olduğu gibi çağdaş anlayışla da çelişen birçok düzenleme ve uygulamaların varlıklarını sürdürmekte olduğunu da vurgulamıştır. Ünver, son yıllarda hazırlanan tasarımlarda da bu konuda çelişki teşkil eden düzenlemelerin tekrarlanmakta olduğunu söylemiştir. Yazara göre, cinsel

ahlak, geleneksel değer yargıları vs. değil, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü olmalıdır. Hukuk devletleri, bu özgür tercihi sınırlayıp ortadan kaldıran değil, bu tercihin sağlıklı belirlenmesi ve kullanılmasının şartlarını oluşturan ve her türlü saptırılmasını önleyen devletlerdir. Bu sebeple de, cinsel suçların, çeşitli sınıflandırma tarzlarına tabi tutularak incelenmelerine karşılık, “*bireyin cinsel tercihine*”, yani “*bireyin cinsel tercihlerini bizzat belirlemesine ilişkin*”, suçlar üst başlığı altında düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. “*Genel adap*”, “*genel ahlak*”, “*aile düzeni*” gibi kavramlar, yerini bireyin cinsel özgürlüğü kavramına bıraktığına göre, doğaldır ki, hukuksal değer yorulanmasındaki bu değişiklik, bu alandaki suçların düzenleniş, yorum ve uygulanışını da etkileyecektir⁵⁰. Bunun basit bir uygulama/ yorum sorunu olmadığı; bazen cinsel suçlar alanındaki toplumda geçerliliğini yitirmiş suç tiplerinin ortadan kaldırılmasını bazen ise yeni suç tiplerinin düzenlenmesini gerektirdiği belirtilmektedir. Cinsel tercih kavramı bireysel özgürlükten daha geniş bir kavram olup; yapılacak cinsel tercih değerlendirmesinde, bireysel özgürlük yanında, bireyin cinsel ilişkide bulunup bulunmamayı, bulunulacaksa nerde, ne zaman, nasıl ve kim/ kimlerle bulunulacağını belirleme veya o yöndeki talebe onay için buna ehliyetinin bulunup bulunmadığının da bu değerlendirmede dikkate alınmasını gerektirir⁵¹.

suçlar alanında Batı ülkelerinde yapılan ve ülkemizde de yapılması gereken reformlar da doğrudan hukuksal değer kavramıyla ilgili olmalıdır (Ünver, Hukuksal Değer, s. 33).

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de çeşitli suç tipleri bakımından değineceğimiz üzere, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yer verdiği suç tiplerinin o tarihten bugüne (en son olarak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanun olmak üzere) pek çok kez değiştirilmesine karşılık benzer çelişki teşkil eden düzenlemelerinin halen varlığını sürdürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵⁰ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 24; Ünver, Cinsel Suçlar Alanında Değişim, ss. 295-296.

⁵¹ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 24; Ünver, Cinsel Suçlar Alanında Değişim, s. 296. Ünver bu suçla korunmak istenen hukuksal değer, bireyin vücut dokunulmazlığı değil, özgürce cinsel tercihte bulunabilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Yener Ünver, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, ss. 295 vd..

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Hukuki Konusu

Cinsel saldırı suçunun hukuki konusu, cinsel saldırıya konu⁵² olan yaşayan insan bedeni⁵³ “*özellikle cinsel uzuvlar veya yapılan fille bağlantılı olarak cinsel anlam ve içerik kazanan vücut bölgeleri*” dir.

B. Fail - Mağdur

5237 sayılı TCK’ya bakıldığında cinsel saldırı suçunun fail bakımından bir özellik arz etmediği ve herkes tarafından işlenebileceği görülmektedir⁵⁴. Failin hangi yaşta olduğunun kusur yeteneği dışında bir özelliği bulunmamaktadır⁵⁵. Öte yandan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından suçun sarkıntılık suretiyle işlenmesi halinde failin çocuk olması fiili takibi şikayete bağlı hale getirmektedir. Failin cinsiyetinin de bir önemi bulunmamaktadır⁵⁶. Şu halde, 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay’ın ve öğretinin benimsediği, ırza tasaddinin failinin kadın veya erkek olabileceği, buna karşılık ırza tecavüzün failinin ancak bir erkek olabileceği yönündeki görüş artık geçerli değildir. Suçun failinin bir kadın olması

⁵² Suçun konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, **AÜHFD**, C. 25, S. 1, 1968, ss. 11-33.

⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317; Arslan/Azizağaoğlu, s. 461; Koca/Üzülmez, s. 285; Artuk/Gökçen/Yenidünya da, suçun konusunun saldırıya uğrayan mağdurun vücudu ve cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmektedirler (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3634).

⁵⁴ Cinsel suçlar bakımından kadın ile erkeğin aynı şekilde fail olabileceği düşüncesi ve bunun ceza kanunlarına yansması esasen yenidir. Gerek Alman gerekse Türk hukukunda konu ceza hukuku reformlarından sonra mevcut haline kavuşmuştur (Brigitte Sick, “Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts”, **ZStW**, S. 103, Heft 1, 1991, s. 44; Hans-Ludwig Günther, “Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten Deutschland”, **ZStW**, S. 103, Heft 4, 1991, s. 881; Albrecht, s. 865; Axel Dessecker, “Veränderungen im Sexualstrafrecht Eine vorläufige Bewertung aktueller Reformbemühungen”, **NStZ**, Heft 1, 1998, s. 2).

⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317; Hasan Gerçek, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: 2, Madde 82-148, 2. Baskı, Ekim 2014, s. 2033. Bu duruma göre 50 yaşındaki bir kişi de, 15 yaşındaki bir kişi de TCK m. 102’deki bu suçun faili olabilecektir. (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3287).

⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317; Soyaslan, s. 236; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3633; aynı yönde Koca/Üzülmez, s. 282; Taner, s. 90; Toroslu, Özel Kısım, s. 60; Taneri, s. 25; Yokuş Sevrük, s. 251; Meran, s. 315; Centel, s. 272; Gündüz/Gültaş, s. 32; Gündüz, s. 29.

da mümkündür⁵⁷. Failin belirli kimseler olması, yeri geldikçe değinecek olduğumuz üzere cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal⁵⁸ olarak düzenlenmiştir (m. 102/3-b, c)⁵⁹.

Cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenebilmesi de mümkündür⁶⁰. Burada, Türk Medeni Kanunu anlamında kurulmuş bir ilişkinin kast edilmiş olduğunda şüphe yoktur⁶¹. Bu suçun hem kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmesi hem de TCK m. 102/2’de suçun eşler arasında işlenmesi durumunda takibinin şikayete tabi olmasına dair hüküm suçun eşler arasında da işlenebileceğini göstermektedir. Kanaatimizce suçun nitelikli halinde olduğu gibi

⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317; Koca/Üzülmez, s. 282. Buna göre, cinsel davranışlarla kadın veya erkek diğer bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi cinsel saldırı suçunun failidir (Meran, s. 315).

⁵⁸ 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı kanunun 58. maddesi ile TCK m.102 hükmünde getirilen değişiklik sonucu, suçun “*üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık*” tarafından işlenmesi hali, faile verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren bir sebep olarak düzenlenmiştir.

⁵⁹ Yaptığımız bu açıklamalar, cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hali bakımından da geçerlidir. Böylece yeni Kanunda, ırza tecavüz teşkil eden fiillerin failinin sadece erkek olabileceği yönündeki 765 sayılı Kanun dönemindeki anlayış benimsenmemiş, çağdaş anlayışa uygun bir düzenleme yapılmıştır (Koca/Üzülmez, s. 283).

⁶⁰ Evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı niteliği taşıyan fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı çeşitli hukuk düzenlerinde uzun tartışmalara neden olmuştur. İngiliz hukukunda uzun yıllar evliliğin bir sözleşme olduğu bu sözleşmeyi kabul eden kadının kendisini kocasına teslim ettiği dolayısıyla kocanın kadınla zorla cinsel ilişkiye girmesinin suç teşkil etmeyeceği kabul edilmekte idi (Eberhard Schorsch, “Vergewaltigung in der Ehe”, **Sexualwissenschaft und Strafrecht**, Herbert Jaeger/ Eberhard Schorsch (Hrsg.), Stuttgart 1987, s. 115; Brüggemann, s. 271). Konuya ilişkin olarak ortaya atılan birlik teorisine göre ise evlilik kadın ve erkeği bir yapmaktır. Tek bir kişi haline gelen kadın ve erkeğin birbirlerine karşı suç işlemeleri de mümkün değildir. Anglo Sakson hukukunda konuya ilişkin tartışılan son teori ise mülkiyet teorisidir. Bu teoriye göre kadın evlenmeden önce babasına, evlendikten sonra kocasına ait olan bir malvarlığı değeridir. Dolayısıyla cinsel suçun mağduru olamaz. İngiliz hukukunda 1974 yılına kadar çeşitli gerekçelerle evlilik birliği içinde cinsel saldırı olmayacağına dair anlayış sürmüştür. Hatta Regina v. Clarence davasında koca kendisiyle cinsel ilişkiye girmek istemeyen karısına onu boşayacağını söyleyerek cinsel ilişkiyi temin etmiştir. Bu durumda mahkeme cinsel saldırı değil kasten yaralama suçunun oluştuğu sonucuna varmıştır. Amerikan hukukunda da durum benzerdir. 1905 yılında Teksas’ta verilen bir mahkeme kararında mahkeme ayrı odalarda yatsalar bile aynı çatı altında yaşayan bir çift açısından kadının evlenmeyle cinsel ilişkiye verdiği rızayı geri alamayacağı sonucuna varmıştır (Barbara Paetow, **Vergewaltigung in der Ehe**, Freiburg, 1987, ss. 7-13; ayrıca bkz. Margit Watzinger, **Sexualstrafrecht Ein deutsch-amerikanischer Rechtsvergleich**, 2004, ss. 48 vd.).

⁶¹ Tezcan/Ertem/Önok, Özel Hükümler, s. 352. Aksi görüşte olan yazarlara göre, dini nikahla veya nikahsız olarak karı koca gibi birlikte yaşayan kişiler de düzenleme kapsamındadır (Koca/Üzülmez, s. 284).

temel şeklinin de eşler arasında⁶² işlenebileceğini kabul etmek gerekir⁶³. Bu suçla korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olduğu kabul edildiğinde, suçun mağdurunun failin eşi olmasının da suçun oluşması açısından da bir etkisinin olmaması gerekir⁶⁴.

Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun soruşturma ve kovuşturması mağdur eşin şikayetine bağlı bir suç olarak düzenlenmiş olup⁶⁵, eşe karşı cinsel

⁶² 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 58. maddesi ile TCK m. 102 hükmünde getirilen değişiklik neticesinde, suçun “*üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık*” tarafından işlenmesi durumu, faile verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir.

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317; aynı yönde bkz. Ahmet Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Ahkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları**, Mayıs 2009, s. 15. Soyaslan, eşler arasında bu durumun suç olarak düzenlenmediğini belirtmektedir. Düzenlemenin temel ilkelere aykırı olduğunu belirten yazara göre, mademki söz konusu fiil iki taraflı ve rızaya dayanan bir olgudur o halde bu da suç olmalı idi. Oysa kanun koyucu bunu tartışmak bile istememiştir (Soyaslan, s. 236). Her ne kadar eşler arasında cinsel saldırının suç olarak düzenlenmediği ve kanun koyucunun bu konuyu tartışmak istemeyip düzenlememesinin temel ilkelere aykırı olduğu ifade edilse de, bizim de katıldığımız fikre göre bu görüş TCK m. 102’nin açık düzenlemesine aykırıdır ve bu suçla ilişkin hükümlerin eş fail hakkında uygulanmasını engelleyen bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 31). Yıldız da, cinsel saldırının temel şeklinin eşe karşı işlenmeyeceği yolundaki görüşe katılmamakta olup, TCK’nın 102. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun eşe karşı gerçekleştirilmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şikayete bağlı olması, yalnızca bu fıkradaki halin genel olarak re’sen kovuşturulan bir suç olmasına bir istisna olarak kabul edilmiş bir durumdur ve bu düzenleme, maddenin birinci fıkrasında yer alan basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmiş olmasını engelleyici nitelikte değildir (Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Açıklamalar – Değerlendirmeler – Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 213). Karşı görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3288.

⁶⁴ Hafizoğulları’na göre, kadın olan eşin diğer eşin vücuduna organ sokmasının mümkün olmadığı düşünüldüğünde, erkek eşin, cinsel ilişkide bulunmaya hakkı olmayan kişilerle bir tutularak cezalandırılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Yazara göre, bu durumu, kanun koyucunun kocalardan intikam almak istemesinden başka bir şekilde açıklamak mümkün değildir (Hafizoğulları, s. 363). Oysa, Tezcan/ Erdem/ Önok tarafından haklı olarak belirtilmektedir ki, söz konusu organın mutlaka cinsel organ olması gerekmediği gibi; cisim sokmak da seçimlik hareket olarak gösterilmiş bulunmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 369).

⁶⁵ Maddenin gerekçesinin de sorunlu olduğu eleştirisi getirilmektedir. Gerekçeye göre, eşlerin sadakat yükümlülüğü yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin etme yükümlülüğü de vardır. Buna göre, eşe karşı cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için eşin bu yöndeki yükümlülüğünün kalktığı bazı hallerin bulunması gerekir. Bu haller madde gerekçesinde çok genel ve belirsiz şekilde ifade edilerek kötüye kullanılmaya müsait olan açık bir kapı bırakılmış olmaktadır. Çünkü madde gerekçesinde eşin cinsel arzusunu tatmin yönündeki yükümlülüğünün elbette tıbbi ve hukuki sınırları bulunmaktadır. Ancak bu sınırlar aşıldığında eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçu meydana gelecektir. Maddenin gerekçesinde yer alan bir diğer hatalı ifade ise, eşe karşı belirtilmiş olan ve tarafımızca da kabul edilmeyen bu yükümlülüğün sınırlarının aşılması halinden söz edilirken de suçun oluştuğu hal izah edilirken de, yalnızca nitelikli cinsel saldırıdan bahsedilmesi ve eşe karşı suç teşkil eden eylemlerin madde gerekçesinde sadece nitelikli cinsel saldırıyla sınırlı olarak açıklanmış olmasıdır. Yazara göre, bu gerekçeye katılabilmek mümkün değildir ve eşlerin evlenmekle bu tür bir yükümlülük altına girdiği fikri kabul edilemez niteliktedir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 31-32). Gerekçenin bir bağlayıcılığı olmadığı ve bu suçla korunan hukuki değer de göz önünde bulundurulduğunda, gerekçede yer verilen bu açıklamalara katılmanın mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Diğer taraftan Koca/ Üzülmüş ise, bir taraftan eş üzerinde gerçekleşen cinsel

saldırı madde metninde ayrıca düzenlenmemiştir. 765 sayılı TCK'da da özel bir düzenleme olmamakla birlikte, mağdur açısından eş veya evlilik dışı ifadesine dayalı bir tanım yapılmadığı için, eski TCK'da eşe karşı hem tasaddi, hem de ırza geçme eylemleri esasında suç teşkil etmekteydi. Yalnızca öğretinin madde metnini çok muhafazakar yorumlaması ve uygulamada da eşe karşı bu cinsel eylemlerin suç teşkil etmeyeceği görüşü egemendi. Bu öğreti ve uygulamanın tamamen yanlış olduğunu vurgulamak gerekmektedir. 5237 sayılı TCK bakımından ise, nitelikli cinsel saldırının eşe karşı suç teşkil etmesi düzenlenirken, cinsel saldırı bakımından da aynı tür bir hükme yer verilmemiş olması, yorum farklılığı ve hatalı uygulamalara yol açacaktır. Buradaki sorun, iki tür cinsel suçtan sadece birisinin eşe karşı işlenebileceğinin kabul edilmesinin yanı sıra, daha ağır suç olan nitelikli cinsel saldırının şikayete bağlı olmasına ilişkin hükme ayrıca yer verilmesidir. Kanımızca, özel bir düzenleme olmasa dahi, eşe karşı cinsel saldırı TCK m. 102/1 uyarınca şikayete bağlı bir suç olup ikinci fıkradaki düzenlemeyi nitelikli cinsel saldırının mağdurunun eş olması halinde şikayete bağlı olduğunu ifade etmek için getirildiğini kabul etmek gerekir⁶⁶.

Cinsel saldırı fiilinin mağduru⁶⁷ bakımından da kadın ya da erkek olmanın önemli olmadığını belirtmek gerekmektedir. Suçun faili ve mağduru farklı cinsten kişiler olabileceği gibi aynı cinsten kişiler de olabilir⁶⁸. Ancak mağdurun yaşayan bir kadın veya

saldırının nitelikli halini oluşturan davranışların, tıbbi ve hukuki sınırlar ihlal edilmediği sürece bu suçu oluşturmayacağını, eşi cinsel davranışta bulunmaya zorlamak için başvuru araçlarının yerine göre kasten yaralama veya kötü muamele suçunu oluşturabileceğini belirtmekte; ancak diğer yandan böyle bir yorumun, cinselliği bir özgürlük sorunu olarak algılayan TCK'nın konseptine uygun düşmeyeceğini de vurgulamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, ss. 284-285).

⁶⁶ Bunun yanı sıra aksi bir yorumla, eski TCK'dan farklı olarak ve özel bir biçimde nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenme halinin düzenlenip, eşe karşı cinsel saldırının ise düzenlenmemesinin, kanun koyucunun bu fiili cezalandırmamak istediği yönünde yorumlanabileceği de belirtilmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 30-31).

⁶⁷ Ceza Hukukunda mağdur kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **AÜHFD**, C. 61, S. 2, 2012, ss. 657-693; Veli Özer Özbek, "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", **HPD**, S. 2, Sonbahar 2004, ss. 116-125; Çetin Özek, "Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar", **İÜHFM**, C. 50, S. 1-4, 1984, ss. 13-67.

⁶⁸ Bu hususun TCK m.102'nin gerekçesinde de aynı yönde ifade edildiğini belirtmeliyiz (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 317). Aynı yönde bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 28; Koca/Üzülmez, s. 283. Bu husus 102. maddenin 1. fıkrasında "*bir kimsenin cinsel dokunulmazlığının*" ihlalinin bahsedilmek biçiminde belirtilmiştir. Maddede bir kimse denildiği ve cinsiyet konusunda da bir belirlemede bulunulmadığı için, suçun mağduru kadın veya erkek herkes olabilecek olup, mağdurun evli ya da bekar olması suçun oluşumu açısından önemsizdir (İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2006, s. 103). Mağdurun sıfatı, suçun oluşması

erkek olması gerekmektedir. Cinsel saldırı niteliğindeki fiillerin hayvanlara karşı⁶⁹ gerçekleştirilmesi halinde 5199 sayılı “Hayvanları Koruma Kanunu”⁷⁰ m. 14 söz konusu olacaktır⁷¹. Bu fiillerin “ölülere” yönelik gerçekleştirilmesi halinde ise, TCK m. 130/2’de düzenlenmiş olan “Ölülere Saygı Duygusunu İhlal” suçu oluşacaktır⁷².

bakımından değil, mağdurla fail arasındaki ilişkinin niteliğine göre cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 354).

⁶⁹ TCK m. 151’de düzenlenen mala zarar verme suçunun konusunu hayvanlar da oluşturabilmektedir. Nitekim TCK m. 151/2’de “*haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*” denilmek suretiyle, hayvanların da ilgili suçun konusunu oluşturabileceği vurgulanmıştır. Ancak hükmün uygulanması bakımından hayvanın sahipli olması aranmaktadır. Buna karşılık vahşi ve başıboş bir hayvanın örneğin öldürülmesi, duruma göre 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ya da 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu çerçevesinde cezalandırılacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 708-709). Mala zarar verme suçu ile korunan hukuki yarar bireyin sahip olduğu mülkiyet hakkı olarak belirtilmektedir. Suçun hayvanlara karşı da işlenebilir olması suçun doğrudan hayvan haklarını da korur nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü kanun koyucu görüldüğü üzere suçun yalnızca sahipli hayvanlara karşı işlenebileceğini düzenleyerek, burada da kişilerin hayvanlar üzerindeki mülkiyet hakkını koruma amacını ortaya koymaktadır. Hayvana zarar verme suçu bakımından sahipli hayvanı öldürmek, işe yaramayacak hale getirmek veya değerinin azalmasına sebep olmak, seçimlik hareketlerdir. Suçun her türlü araçla işlenmesi mümkündür. Kanunda bu şekilde sınırlayıcı sayım yapmak yerine hayvana acı verici ya da sağlığına zarar verici her türlü hareketin suç kapsamında düzenlenmemiş olmasının yerinde olmadığı vurgulanmaktadır. Örneğin hayvana yapılan eziyet, onu işe yaramayacak hale getirmemiş, değerini azalmasına ya da ölümüne neden olmamış olabilir. Ancak hayvana zarar verecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, ss. 670, 675).

⁷⁰ RG. 01.07.2004/ 25509. Fetişizm, orijinali sembolize eden veya onun yerine ikame edilen karşı cinsle ait bir objeye/vücut kısmına karşı duyulan cinsel istek olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda en karakteristik fetişler, ayakkabı, eldiven, saç ve iç çamaşırları olarak sıralanmaktadır. Fetiş objeyi sağlama arzusu hırsızlık bakımından hiçte ender olmayan bir saik olmaktadır. Bu bağlamda bir diğer “terslik” ise *frotteurism*’dir. Öteki kişiye sürtmek (forttage) şeklindeki bu eylemin genelde kalabalık ulaşım vasıtalarında ve asansörlerde vuku bulduğu ifade edilmektedir. *Bestialite* (hayvana cinsel sevi) ise oldukça yaygın bir diğer cinsel “terslik” olup; olası şu üç şekilden biri (veya birleşimi) ile meydana gelebilmektedir: 1) Hayvanların cinsel ilişkilerine bakarak tahrik olma (röntgencilik); 2) Kürk gibi hayvana ait objenin cinsel anlam kazanması; 3) Hayvanlarla cinsel ilişki. Bu *tersliğin*, genellikle, kırsal alanda ya da izole edilmiş çiftliklerde yaşayan ve ergenlik dönemindeki çocuklarda görüldüğü ifade edilmektedir (Mustafa Tören Yücel, **Adalet Psikolojisi**, Kasım 2014, s. 142).

⁷¹ Hayvanlara yönelik cinsel davranışlarla müstehcen bir yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünler üretilmiş ise, 226. maddenin 4. fıkrasındaki müstehcenlik suçu oluşacaktır. Hayvan üzerinden müstehcen bir ürün üretme amacı dışında cinsel davranışlarda bulunulmuş ise 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 14. maddesine uygun (bahsi geçen Kanunun 14. maddesi şöyledir: “Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır: j) Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak”) bir haksızlık gerçekleştirilmiş olur. Bu tür haksızlıklar bakımından aynı Kanun’un 28. maddesinin 1. fıkrasının “k” bendinde idari yaptırım öngörülmüştür (Koca/Üzülmez, s. 283; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 354; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (76-150. Maddeler)**, 2. Cilt, Ankara 2010, s. 825). Müstehcenlik suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, **Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)**, Mayıs 2009.

⁷² Soyaslan, s. 236; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 354; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 318; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 25; Parlar/Hatipoğlu, s. 825. Buna karşılık, ölünün cesedi üzerindeki cinsel davranışların, müstehcen bir yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek için gerçekleştirildiğinde, 226. maddenin 4. fıkrasındaki müstehcenlik suçunun oluşacağı hakkındaki görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 283.

Cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı önem arz etmektedir. Mağdurun 18 yaşından büyük olması halinde her halükarda TCK m. 102’de düzenlenen “*Cinsel Saldırı Suçu*” oluşacaktır. Mağdur 18 yaşından küçükse, bu halde artık “*Cinsel Saldırı Suçu*” değil, duruma göre “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*” (TCK m. 103) ya da “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*” (TCK m. 104) oluşacaktır⁷³. Konuya aşağıda ilgili suçlarla ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir.

Suçun oluşması bakımından mağdurun yaşının önemine değindiğimize göre, mağdurun nüfus kaydındaki yaşı ile dış görünüşünün birbirine uymaması halinde, yaşının düzeltilmesi gündeme gelecektir⁷⁴. Şayet mağdurun doğduğu yıl belli ve fakat ay ve günü belli değilse, Yargıtay, Nüfus Hizmetleri Kanununun⁷⁵ 39/2 maddesine dayanarak mağdurun o yılın Temmuz ayının 1. günü doğduğunu kabul etmektedir. Ay belli ancak gün belli değilse, bu kez o ayın 1’inde doğduğu kabul edilecektir⁷⁶. Uygulamada, mutlaka mağdurun nüfus kaydının nüfus müdürlüğünden getirilmesi aranmakta, polisin çıkardığı nüfus cüzdanı sureti yeterli görülmemektedir⁷⁷.

Bu suçlarla alakalı olarak Ünver, kanuni düzenlemeden kaynaklanmamakla birlikte, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/1-b’nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 354; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 212. Küçüğün ergin kılınması, 18 yaşından küçüklerle yönelik cinsel davranışın niteliğini değiştirmez. Zira TCK’nın 6. maddesinde çocuk deyiminin ileride de ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere 18 yaşını doldurmayan kişileri ifade ettiği, aynı şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasının “a” bendinde, çocuğun daha erken yaşta ergin olsa da, 18 yaşını doldurmamış kişiyi kapsadığı vurgulanmıştır. Ayrıca cinsel istismarı cezalandıran TCK m. 103 küçüklerle yönelik cinsel davranışlar cezalandırılırken onların ergin kılınıp kılınmadığı hususunu dikkate almamıştır (Koca/Üzülmez, s. 284; Akçin, s. 104; Parlar/Hatipoğlu, s. 824).

⁷⁴ “...kayden 1.11.1989 doğumlu olup nüfusa 6.9.1995 tarihinde tescil edildiği anlaşılan ve tek tanık konumunda bulunan mağdurenin duruşmada beyanları alınıp, suç tarihi itibarıyla 15 yaşını doldurmasına az süre kalmış olması, suçun unsurlarına ve niteliğine etkisi bakımından bağlı bulunduğu nüfus idaresinden doğum tutanağı getirtilip resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilirip sağlık kurulundan raporunun alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulundan görüş sorulmak suretiyle gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırma ile yazılı hüküm kurulması kanuna aykırıdır...” (Y. 5. CD., 25.05.2010 T., 9142/ 3960 sayılı karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 354, dn. 33).

⁷⁵ RG. 29.04.2006/ 26153. Yaş tashihi hukuk mahkemelerinin görevine girse de, CMK m. 218/ 2’ye göre ceza davası esnasında yaş tashihi ceza mahkemesi karar verecektir (Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ekim 2016, s. 386).

⁷⁶ Y. 6. CD., 23.10.1975 T., 4587/ 4675, YKD Temmuz 1976, s. 1077; Y. 4. CD., 09.02.1977 T., 475/ 611, YKD Eylül 1977, s. 1314. Bu görüş Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra da geçerliliğini korumaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 354).

⁷⁷ Ahmet Ceylani Tuğrul, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler**, Ocak 2013, s. 67.

üzerine ortaya çıkan boşluktan ve Yargıtay'ın verdiği hatalı kararlardan kaynaklanan önemli bir sorun olarak uygulamada sıklıkla fail veya mağdurun yaşının düzeltilmesi için ceza soruşturması ve kovuşturması başladığında davalar açılması ve neredeyse her açılan davada mağdur veya failin yaşı küçültülerek veya büyütülerek failin daha az ceza alması veya ceza almamasının sağlanması yoluna gidilmekte olduğunu belirtmektedir. Yazar, şu andaki kanuni düzenleme ve müstakar uygulama uyarınca, yaş düzeltme davasının birden fazla kez açılabilirdiğini ve uygulamada son derece suiistimale açık şekilde yapıldığını vurgulamaktadır. Uygulamanın bu nedenle amaç dışı ve keyfi olduğu eleştirisi ile birlikte bunun terk edilmesi gerektiği görüşü dile getirilmektedir⁷⁸.

Failin, mağdurun yaşı konusunda yanılması, suçun manevi unsurunu ilgilendiren bir sorun olduğu için ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C. Eylem

1. Genel Olarak

Suçun maddi unsurunu “*cinsel davranışlarla*” bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmek oluşturur⁷⁹. Söz konusu cinsel davranışlar TCK m. 102 kapsamında üç şekilde ortaya çıkabilmektedir⁸⁰. Bunların ilk şekli basit cinsel saldırı

⁷⁸ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 26.

⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 318; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 208; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3629; Koca/Üzülmez, s. 286; Gündüz/Gültaş, ss. 20-21, 27, 29.

⁸⁰ TCK m. 102'nin Alman Ceza Kanunu'ndaki muadili StGB § 177'dir. Hükmün başlığı cinsel davranışlara zorlama (*cinsel cebir*): zorla ırza geçmedir. Hükmü göre şiddet, tehdit, yahut çaresizlikten yararlanarak bir kişiyi cinsel davranışlara maruz bırakma/ başkasının cinsel davranışına katlanmaya zorlama bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Failin mağdurla cinsel ilişkiye girmesi yahut benzer cinsel davranışlar gerçekleştirmesi, mağduru aşağılayıcı nitelikteki hareketler özellikle duhul ile suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Üç yıldan fazla hapis cezası gerektiren nitelikli haller ise suçun silah yahut tehlikeli bir alet bulundurularak işlenmesi, mağdurun sağlığının ciddi şekilde tehlikeye düşmesidir. Beş yıldan az olmayan hapis cezası ise silah yahut diğer tehlikeli bir alet kullanılarak işlenmesi, mağdurun ağır fiziksel zarara uğraması yahut ölüm tehlikesine maruz kalması halleri için öngörülmüştür (İlgili suçun Alman hukukundaki gelişimi için bkz. Heinz Auerbach, **Die eigenhaendigen Delikte, unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG**, 1978, ss. 203-205; Cornelia Röthlein, **Der Gewaltbegriff im Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte**, 1986, ss. 93-105; Reiner Gödtel, **Sexualität und Gewalt, Hoffman und Campe**, 1992, ss. 13-22; Else Michaelis-Arntzen, **Die Vergewaltigung aus kriminologischer, viktimologischer und aussage-psychologischer Sicht**, München 1994, ss. 5-20; Watzinger, ss. 17-27; Petra Bungart, **Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen, Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht**, Frankfurt am Main, 2005, ss. 154-170; Brüggemann, ss. 547-556; Dessecker, s. 3; Urs Kindhaeuser, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 5. Aufl.,

olup ikincisi ise nitelikli cinsel saldırıdır. İki saldırı türü bakımından asıl fark ise nitelikli cinsel saldırının vücuda organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmesidir. Cinsel saldırı fiillerinin üçüncü türü ise “*Sarkıntılık*” suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlardır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hali, TCK m.102’nin ilk şeklinde bulunmamakla birlikte 102. maddeye 6545 sayılı Kanunun 58. maddesi ile eklenmiştir.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra zamanla uygulamada birtakım problemler çıkması karşısında kanun değişikliğine gidilmiştir⁸¹. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili olarak yapılan en son değişikliklerden biri de 6545 sayılı Kanunun 58 ve 59. maddeleri ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından yapılan değişikliklerdir. Söz konusu Kanun ile 5237 sayılı TCK’nın 102 ve 103. maddelerine daha az ceza verilmesini gerektiren, suçun hafif hali⁸² olarak *sarkıntılık* şeklinde işlenmesi getirilmiş bulunmaktadır⁸³.

2012, ss. 181-182). Görüldüğü üzere burada fiil bakımından TCK ile bir benzerlik söz konusudur. TCK m. 102’de cinsel davranış ile vücuda organ yahut sair cisim sokma arasında ayırım yapılmaktadır.

⁸¹ Almanya’da uzun tartışmaların ardından 01.07.1997 tarihli Ceza Kanunu’nda reform yapan 33. Kanun ile o dönemde 177. maddede bulunan “*cinsel saldırı*” ile 178. maddede yer alan “*cinsel amaçlı zorlama*” birleştirilmiştir. Kanunun yapımında birleştirici modeli tercih eden 1996 tarihli İtalyan düzenlemesinin, Alman Kanunu’na örnek teşkil ettiği belirtilmiştir. Yine 1998 yılının Nisan ayında kanunda önemli değişiklikler yapılmış ve 1997’de yapılan değişiklikle kanuna eklenen cebir ve tehdit hipotezlerine ek üçüncü bir hipotez olarak “*failin mağdurun savunmasızlığından yararlanarak*” suçu işleme hali eklenmiş bulunmaktadır. Yapılan bu değişikliğin asıl amacı, cinsel özgürlüğü daha iyi korumak açısından şiddetin herhangi bir türü ve tehdit bulunmayan hallerde de hükmün uygulanabilmesini sağlamak olarak ifade edilmektedir. Böylelikle hüküm mağdurun direniş göstermediği, örneğin, “*davranış ıssız bir yerde gerçekleştiği için korktuğu ve yardım isteyemediği hallerde de*” uygulanabilir hale gelmiş olmaktadır. Burada mağdurun direnmesine gerek olmadığı yönündeki düşüncenin temelinde direnmenin yararsız olması kadar, tehlikeli olması da bulunmaktadır (Bkz. Koç, s. 248; Diana Scully, **Tecavüz Cinsel Şiddeti Anlamak, Tutuklu Tecavüzcüler Üzerine Bir İnceleme**, çeviren: Şirin Tekeli-Laleper Aytek, İstanbul, 1994, ss. 202, 211; Taner, s. 58).

⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 212-213; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 349.

⁸³ Yapılan değişikliklerle madde metinleri şu şekli almıştır: “*TCK m. 102/1 Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*” “*103/1 Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz (24.11.2016 tarih ve 6763 Sayılı Kanun madde 13 ile eklenmiştir). Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.*” Değişiklikten önce TCK m. 102/1 : “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”, TCK m. 103/1: “*Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde idi.

Bu değişiklikler sonrası 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları hareketin gerçekleştirilme düzeyine göre genel olarak üç farklı gruba ayrılmış olmaktadır:

- 1- Hareketin, sarkıntılık şeklinde gerçekleşmesi (102/1, c. 2; 103/1, c.2) (daha az cezayı gerektiren **hafif hali**).
- 2- Hareketin, sarkıntılık düzeyini aşan ancak vücuda organ veya sair cisim sokulması boyutuna varmayan davranışlar şeklinde gerçekleşen hali (102/1, c. 1; 103/1, c.1) (suçun **basit hali**).
- 3- Hareketin, vücuda organ ya da sair cisim sokmak biçiminde gerçekleştirilmesi (102/2; 103/2) (daha ağır cezayı gerektiren **nitelikli hal**) olarak sınıflandırılabilir⁸⁴. Bu üç farklı basamağa göre farklı yaptırım miktarları da belirlenmiştir. Cinsel istismar suçuyla ilgili açıklamalarımıza ileride tekrar ayrıntılı olarak dönecektir.

⁸⁴ Şimşek, ss. 315-316. Taner'e göre ise, "Yapılan değişiklikler ile eski ve yeni suç tipleri arasında maddi unsur bakımından bazı farklar olmakla birlikte, kategorik olarak neredeyse 765 sayılı TCK'nın cinsel suçlarda benimsediği sisteme geri dönüldüğü söylenebilir. Böylelikle...eski kavramlara duyulan özlemin ve onlara benzeterek öğrenme çabasının güçlendirdiği direnç galip gelmiş, sonuç olarak yapılan köklü değişikliklerden kısmen geri adım atılmıştır." Taner bu durumu, "genel ahlak ve adabı koruyan cinsel suçlardan cinsel özgürlüğü koruyan cinsel suçlara geçişin altında yatan dinamiklerin anlaşılabilmesi ne yazık ki büyük rol oynamıştır" şeklinde değerlendirmektedir (Fahri Gökçen Taner, "6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", **Güncel Hukuk Dergisi**, Ağustos 2014, s. 61).

Cinsel saldırı suçunda⁸⁵, söz konusu cinsel davranışların bahsi geçen her üç türü de mağdurun rızası⁸⁶ dışında gerçekleşmektedir. Mağdurun rızasının bulunmaması, ilgili fiiller açısından suça sebebiyet verirken, fiilin işlenmesine yönelik olarak mağdura karşı kullanılan bazı araçlar ise, mağdurun ilgili fiillere karşı koymamaya zorlanması sebebiyle yine suçun oluşmasına sebebiyet verecektir. Bu araçlar; cebir, şiddet, tehdit, korkutma, hile olabileceği gibi uyku halinden yararlanmak, hipnoz etmek, bilincinin yitirilmesine neden olmak gibi mağdurun iradesini ve dolayısıyla da direnmesini ortadan kaldıracak surette iradeyi etkileyen diğer birtakım haller olarak da ortaya çıkabilecektir.

⁸⁵ Al.CK.'nın, “Cinsel davranışlara zorlama; zorla ırza geçme” başlıklı 177. maddesi uyarınca, “Her kim başka kimseyi, cebir kullanarak, vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek veya mağdurun, failin etkisine karşı mukavemet edemeyeceği bir durumda bulunmasını kötüye kullanarak, failin veya başka birisinin kendi üzerinde yaptığı cinsel davranışlara katlanmaya veya fail üzerinde veya başka birisinin üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlarsa, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile” cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır (Yenisey/Plagemann, ss. 276-277). Maddenin bu şeklinin mağdurun rızası hilafına gerçekleşen davranışları açıkça koruma altına aldığı ve böylelikle korunan hukuki değer olan, kişinin cinsel alandaki seçimlerini serbestçe yapma özgürlüğü ile uyumlu hale getirildiği dile getirilmektedir. Kanunun hazırlık çalışmaları esnasında, hükümden iradeyi etkileyen araçlara ilişkin belirlemelerin çıkarılıp metne açıkça “mağdurun rızası hilafına” ibaresinin eklenmesi önerilmişse de, düzenlemenin bu biçimde yapılmasının ilgili suçlara ilişkin soruşturmaları daha zor hale getireceği ve hakim in işini oldukça zorlaştıracığı gerekçe gösterilerek bu teklif kabul edilmemiştir. Ayrıca hükmün bu şekilde formüle edilmesi durumunda icbar teşkil eden her türlü davranışın bu suçun ortaya çıkmasına yol açacağına ilişkin kaygılar ileri sürülmüştür. Buna karşılık yine de Alman doktrinin de hukuki korumayı “mağdurun rızası hilafına ibaresiyle” genişletmenin buna değeceği ve belki de çözümün bu suçlarla uğraşacak olan kişilerin daha iyi eğitilmeleri ve uzmanlaşmalarından geçtiği düşüncesi dile getirilmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 58-59). 177. maddenin 2. fıkrasında ise fiilin daha ağır olduğu haller düzenlenmiş ve cezanın çok ağır hallerde iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. “Eğer fail mağdurla cinsel ilişkide bulunur veya mağdur üzerinde benzer nitelikte ve mağduru özel bir şekilde küçük düşüren, bilhassa vücuda bir şey sokulması (zorla ırza geçme) suretiyle işlenen cinsel davranışlarda bulunur veya fail benzer cinsel davranışların mağdur tarafından, kendisi üzerinde yapılmasını sağlarsa veya fiil birden fazla kişi tarafından, birlikte işlenirse, kural olarak suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.” (Yenisey/Plagemann, s. 277). Görüldüğü gibi burada da, TCK’nın 102/2. maddesinde olduğu gibi, penetrasyonun (TCK’nın ifadesiyle vücuda organ veya cisim sokmanın) cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Alman ceza kanununda saf birleştirici model benimsenmemiş, penetrasyon içeren cinsel davranışlar ile diğer cinsel davranışları suçun basit ve nitelikli biçimleri olarak ayrı fıkralarda, farklı ölçütlere bağlanarak düzenlemiştir. 177/3 ve 4’te ise, çeşitli ağırlaştırıcı haller yer almaktadır. 177/5’te ise fiilin ağırlığının az olması halinde, önemli ölçüde ceza indirimi öngören bir hükme yer verilmiştir (Önder bu ifadeyi, “az vahim hal” olarak çevirmiştir. Bkz. Önder, s. 469). Yürürlükten kaldırılmadan önce 179. maddede ise kendisini savunamayacak bir halde bulunan kişilerin cinsel yönden istismarı düzenlenmekte idi (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 59).

⁸⁶ İleride ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanının tam olarak ne olduğunun ve söz konusu rızanın fiilin hukuka aykırılığını ne zaman ve neden ortadan kaldıracığının belirlenmesi özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından büyük önem taşımaktadır.

TCK m. 102’de, 765 sayılı TCK’da olduğu gibi suçta kullanılan araç olarak cebir ve tehdit veya mağdurun fiile direnemeyeceği durumdan açıkça söz edilmemiştir. İlgili madde gerekçesinde ise, mağdura karşı cebir, tehdit veya hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali nedeniyle bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçun işlenmesinin mümkün olduğuna işaret edilmiştir⁸⁷.

Öte yandan maddeye eklenen “*sarkıntılık*” niteliğindeki cinsel saldırı fiilleri açısından mağdura karşı *cebir, şiddet, tehdit ve hile* gibi araçların kullanılmasına gerek bulunmamakta olduğu da belirtilmektedir. Cinsel saldırı suçu “*sarkıntılık*” niteliğindeki davranışlarla bu araçlara başvurulsun ya da başvurulmasın işlenebilecektir⁸⁸. Burada öncelikle cinsel saldırı kavramından bahsedilecek ve daha sonra da kısaca belirtilen bu araçlar üzerinde durulacaktır.

2. Suçun Maddi Unsuru İçerisinde Bulunan Bazı Kavramların Açıklanması Sorunu

a. Cinsel Davranış Kavramı

Cinsel davranış kavramı, belirsizliği ve tanımlanamaması⁸⁹ nedeniyle öğretide tartışmalara neden olmuştur⁹⁰. Cinsel suçlardan bahsedebilmek için öncelikle suçun

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 354-355; ayrıca bkz. Georg Küpper, **Strafrecht Besonderer Teil 1**, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, Dritte, aktualisierte und ergänzte Auflage, Springer 2007, s. 76, Frommel, §§ 174, Rdn. 26.

⁸⁸ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 354-356.

⁸⁹ Alman Ceza Kanunu, cinsel saldırı suçunu cinsel hareket kavramından yola çıkarak tanımlamıştır. Ancak kanun sadece hukuki düzenleme ile kalmamış aynı zamanda § 184/h’de tanımlar başlığı altında bir hüküm getirmiş ve cinsel davranışı tanımlamıştır. Hükme göre: Bu kanun anlamında:

1. Cinsel davranış, sadece kanunun ilgili maddelerinde korunan hukuksal değer açısından önem arz eden fiilleri,
2. Başka bir kişinin önünde cinsel davranış ise, somut olayda olayı algılayan başka bir kişinin önünde gerçekleştirilen davranışları ifade eder.

Görüldüğü gibi, Alman Kanunu’ndaki düzenlemenin de çok açıklayıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Metinde de ifade edildiği üzere, buradaki esas sorun cinsel değer/ anlam taşıyan davranışın ne olduğu ve kime göre belirleneceğidir. Alman Kanunu’ndaki düzenleme de lafzî itibarıyla bu soruları cevapsız bırakmaktadır.

⁹⁰ Mehmet Emin Artuk, Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004, s. 81; Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu, “Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004, ss. 308-309; Nevzat Toroslu, Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”,

maddi unsurunun eylem kısmını ifade eden cinsel davranışın söz konusu olması gerekir. Sözlük anlamı olarak “*cinsel davranış*”, cinsle ilgili, cinse ait erkeklik veya dişilikle alakalı davranış manasına gelmektedir⁹¹. Cinsel davranışın açıklanabilmesi için cinsel saldırı ve cinsel istismarı birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü her iki fiilde de eylemin cinsel davranış olarak ifade edilmekte olduğu görülmektedir. Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının basit halleri bakımından cinsel davranış ifadesinin maddeler içindeki ele alınış şekli karşılaştırıldığında, cinsel saldırıyı düzenleyen TCK m. 102’de fiilin basit hali için belirtilen cinsel davranış vücut dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikteki cinsel hareketler olarak belirlenmişken; TCK m. 103’te “*her türlü cinsel davranış*” ifadesi yer almıştır⁹². Her

Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004, ss. 17 vd.; Artuk, s. 151; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 313; Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, **TBB**, S. 63, Mart-Nisan 2006, ss. 101 vd..

⁹¹ D. Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, 7. Bası, Ankara 1990, s. 234; “*Cinsel*” kelimesi “1-Cinsiyetle ilgili, cinsi, eşeysel, seksüel; 2-Cinsi, cinsel bakımdan, cinsiyete ait, cinsiyeti olan” anlamlarına gelirken (http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.563711508a6b85.84214637, Erişim Tarihi: 30.10.2015), “*davranış*” kelimesi, ise “1-Davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket; 2-Dıştan gözlemlenebilecek tepkilerin toplamı, 3-Organizmanın uyarılar karşısındaki tepkilerinin bütünü” gibi anlamlar taşımaktadır (http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5637115400dc97.30273023, Erişim Tarihi: 30.10.2015).

⁹² 5237 sayılı TCK m. 102’de belirtilen “*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali*” ile TCK m. 103’de ifade edilen “*çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*” farklıdır. 6545 sayılı kanun değişikliğinden önce cinsel saldırı suçunda vücut bütünlüğünün ihlali aranırken, cinsel istismar bakımından vücut bütünlüğünün ihlali aranmamıştır. Söz konusu maddeler değerlendirildiğinde kanun koyucunun bir tercih yaptığı ve kanaatimizce çocuklara yönelik eski kanunda söz atma ve sarkıntılık olarak ifade edilen cinsel tacizin cinsel istismar olarak kabulünün söz konusu olduğu vurgulanmaktadır (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 360-368). Bir çocuğa yönelik cinsel tacizde bulunmak örneğin bir yetişkinin bir çocuğa cinsel organını cinsel amaçla göstermesini, cinsel taciz içinde değerlendirmek, cinsel istismar ile korunmak istenen hukuki menfaati bertaraf etmek anlamına gelecektir. Çünkü yazara göre, bir yetişkinin bile kaldıramayacağı cinsel taciz eylemini, bir çocuğun evleviyetle kaldıramayacağı ortadadır (Pınar Kartal Memiş, **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul 2014, s. 165). Ancak burada belirtilmesi gereken 6545 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerden önce de basit cinsel istismarın vücut teması gerektirmesi gerektiğini ve çocuklara karşı da cinsel tacizin mümkün olduğunu belirten görüşün baskın olduğunu ve Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu belirtmek gerekmektedir. Örneğin Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda cinsel istismar için vücut temasının arandığı şu ifade edilmiştir: “*Mağdureler Melek ve Beyhan’ın samimi iddiaları, tarafsız sanık Ahmet’in anlatımı, tüm dosya içeriği ve mahkemenin kabulüne göre; sanığın, parkın içindeki kulübenin kapısında durarak öğrenci olan mağdureler geçerken pantolonunu indirip, eliyle gel gel işareti yapmak suretiyle cinsel organını onlara göstermekten ibaret eyleminin, bedensel temas içermemesi sebebi ile cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılğıya düşülerek yazılı şekilde çocukların basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...*” (Yargıtay’ın 03.07.2007 T., 4986/5621 sayılı kararı ve benzer başka kararlar için bkz. Erdal Baytemir, **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, Mayıs 2009, ss. 458-460).

iki suçun nitelikli halleri ise aynı şekilde düzenlenmiş ve eylem de vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle meydana getirilen cinsel nitelikteki hareketler⁹³ olarak belirtilmiştir⁹⁴.

Gerçekleştirilen davranışın **cinsel görünüm arz edip etmemesinin** belirlenmesi hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. **Bir yaklaşıma göre;** gerçekleştirilen davranışa cinsel görünüm kazandıran husus, failin cinsel arzu ve isteklerle davranışı gerçekleştirmiş bulunmasıdır⁹⁵. Buradan anlaşılan sübjektif bir değerlendirme yapılarak failin hareketinin anlamının belirlenmesi gerekmektedir. **Bir diğer yaklaşıma göre,** davranışın cinsel görünüm arz edip etmediği belirlenirken failin cinsel arzu ve isteklerinden bağımsız olarak dış dünyaya yansıyan davranışlarının esas alınması yani objektif bir değerlendirme yapılarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶. Cinsel davranışı objektif görüş çerçevesinde ele alan

Bedensel temas içermeyen davranışları cinsel taciz olarak kabul eden Yargıtay, cinsel istismarı cinsel saldırı gibi değerlendirmekteydi. Daha sonra ilgili bölümde ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, TCK'nın 105. maddesi 6545 sayılı Kanunun 61. maddesi ile değiştirilerek cinsel tacizin çocuğa karşı işlenebileceği de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, Türk Hukuku bakımından da, maddede “*cinsel davranışlarla*” denildiğinden, eylemin cinsel nitelikli olmasının aranacağını belirtmektedirler. Yazarlar, yolda yürüyen mağdureyi takip eden sanık ve arkadaşlarının mağdurenin etrafını çevirerek fuhuş yapıp yapmadığını sordukları, hayır cevabını almalarına rağmen sanığın mağdureyi kolundan tutup çekiştirerek, “*ben seni biliyorum sen fuhuş yapıyorsun*” dediği yönündeki oluş ve kabul karşısında, fiilin bedensel temas içermesi sebebiyle TCK'nın 102/1 maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu biçimindeki Yargıtay (Y. 5. CD., 28.04.2008 T., 3398/ 3669) kararının yerinde olmadığını vurgulamaktadır. Nedeni de buradaki davranışın “*cinsel*” nitelik ve amacının olmamasıdır. Burada hakaret suçundan söz edilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 362).

⁹⁴ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 161. Cinsel davranış, insanın dış dünyaya yansıyan hareketlerinin bir görünüm biçimi olan davranış (hareket) türüdür. Bu davranışı diğer davranış türlerinden ayıran husus davranışın cinsel (*sexual*) görünüm içermesi olup, bu davranışların herhangi bir kişi veya şeye yönelmesi gerekmez, kişi doğrudan hedef gözetmeksizin de cinsel davranışlarda bulunabilir (*teşhircilik gibi*). Bkz. Şimşek, s. 311.

⁹⁵ Toroslu, Özel Kısım, s. 63; Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, Ocak 2015, s. 159.

⁹⁶ Taner, kavramın objektif teori çerçevesinde ele alınıp sübjektif teori ile tamamlanması gerektiğini ifade etmektedir. Cinsel davranış, yazarın ortaya koyduğu objektif ve sübjektif görüşler içerisinde kısaca açıklanacak olursa objektif teorinin İtalyan ceza hukukunda baskın olduğu görülmekte ve bu teorinin de kendi içinde üçe ayrılmakta olduğu görülmektedir. Bu ayrımlar da; ilk olarak *doğalcı anlayış* olarak ifade edilen *cinsel davranışın tıp (anatomi) ve antropoloji bilimlerinin esaslarına göre belirlenmesini* savunan görüş; (Cadoppi öncülüğünde savunulduğunu ifade ederek görüşün belkemiğini oluşturan düşüncenin hukuki koruma bakımından zayıf kaldığı ifade edilmiştir). İkinci olarak *cinsel davranışın gelişen olayların oluşum süreci içerisinde bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda belirlenmesi* gerektiğini savunan görüş ve son olarak da *cinsel davranışın kişilerarası (süjelerarası) hukuka aykırı bir ilişki olarak değerlendirilmesi* gerektiğini savunan görüş (Picotti tarafından savunulan bu görüş ise belirtilen ilk iki görüşü adeta harmanlayıp kişilerarası hukuki ilişki kavramı ile tamamlayarak ortaya koyduğu bir görüş olarak ifade edilebilir) şeklinde yapılmıştır. Bu görüşler cinsel davranışı objektif kıstaslarla açıklamaya çalışarak

yazarlar bunu tıp, sosyoloji, antropoloji ve hukuk verileri içerisinde belli bir takım kıstaslar içerisinde değerlendirmek ve yargıya intikal eden olayda hakimın kendi sübjektif değerlendirmesinden azade olarak belli bir ölçüt içinde karar vermesini sağlamaya çalışmaktadırlar⁹⁷.

Davranışın, cinsel davranış olup olmadığının belirlenmesi hususunda 5237 sayılı TCK'da herhangi açık bir ifade bulunmamakta ancak birçok maddede benzerine rastladığımız yöntemle kanun metninde açıklanmayan cinsel davranış kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu madde 102/1'in gerekçesinde, "*cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hareketler*"⁹⁸ olarak belirlenmektedir. Madde 102/2 gerekçesinde ise, "*söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir*" ifadelerine yer verilerek birinci fıkra açısından cinsel davranışın belirlenmesinde sübjektif bir değerlendirme yapılacağı, ikinci fıkra

belirsizliği yok etmeye çalışmışlardır (Teoriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 92-112).

⁹⁷ Kartal Memiş'e göre, cinsel davranış sadece objektif ya da sadece sübjektif olarak nitelendirmek yeterli olmayıp, cinsel davranış da her zaman cinsel dürtüleri gidermek maksadıyla olmayacağı gibi çoğunlukla da bu amaçla gerçekleştirilmektedir. Faildeki intikam duygusu, tehdit, şantaj ya da yaralama maksadıyla da gerçekleştirilebilecek bu eylem bakımından hukukun yetersiz kaldığı açıktır. Kaldı ki hukuk da bu aczini bildiğinden teknik bilirkişi marifetiyle sorunu çözme yoluna gitmekte ve tıbbi mülahazalarla cinsel davranış açıklanmaktadır (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 163-164).

⁹⁸ Madde gerekçesi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 15. Baskı, Ankara 2014, ss. 134-136. Burada davranışın cinsel nitelikli olması kastedilmektedir. Örneğin, "*Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nın 103/1 maddesi kapsamında yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı...*" Yargıtay (Y. 14. CD., 05.04.2012 T., 6460/ 4058) tarafından ifade edilmiştir (Somut olay bakımından mağdurenin yaşı nedeniyle m. 102 değil, m. 103 uygulanmıştır). Öte yandan, diğer bir kararda ise, bu kez sanığın, aralarında sosyal ilişki ve tanışıklık olan, apartman kapıcısının kızını öpmek üzere ona yaklaşması, davranışın cinsel amaçla yapıldığı kesin olarak tespit edilemediğinden, suç sayılmamıştır. İlgili karar metni şu şekildedir: "*Dosya içeriğine göre: sanığın aiesiyle birlikte oturduğu apartmanın kapıcısının kızı olduğu anlaşılan mağdurenin ders çalışmak, interneti kullanmak gibi sebeplerle bazen tek başına bazen de abisi Süleyman'la birlikte sanığın evine gelip gitmesi sebebiyle sanıkla aralarında sosyal münasebet ve tanışıklık bulunduğu, olay günü mağdurenin abisiyle birlikte binanın bodrumunda bulunduğu sırada onunla karşılaşan sanığın, mağdurenin o gün şehir dışından dönmüş olmasından dolayı onunla tokalaşması ve onu öpmek üzere yaklaşması biçimindeki eylemini toplumda yerleşik olduğu üzere ve aralarındaki sosyal münasebete uygun olarak yanak yanağa öpüşme amacıyla yapmış olabileceği, mağdurenin, dudaklarını öpmeye çalıştığı yönündeki algılamasının yanlış değerlendirmeden kaynaklanabileceği, olay yerinde ayaküstü karşılaştığı mağdurenin, abisinin yakınlarında bulunduğunu da bilen sanığın, bu davranışını cinsel amaçla yaptığı hususunun şüphede kaldığı gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken...*" (Y. 14. CD., 13.04.2012 T., 1887/ 4384) Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 362, dn. 89.

kapsamı için ise objektif bir belirleme yapılacağı belirtilerek ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir⁹⁹.

Kişisel ilişki kriteri, özellikle dışarıdan cinsel olmayan davranış gibi görünen fiziksel temasları anlamlandırmakta önem taşır. Bu anlamda failin herhangi bir nesne ya da cinsel olmayan organları ile mağdurun yine cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziksel temasın içeriği kişisel ilişkiye göre saptanacaktır. Zira bu durumlarda gerçekleşen hareketin cinsel bir davranış olup olmadığının belirlenmesinde salt bedensel temasın gerçekleşmiş olması bizi sağlıklı sonuçlara ulaştırmaz. Bunun için, failin dış dünyaya yansıyan ve fiziki teması da içeren hareketi ile birlikte gerçekleşen sözleri veya halin icabı sergilenen jest ve mimikleri gibi durumlar bir bütün halinde değerlendirilmeli ve mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik yönelmediği belirlenmelidir. Bu açıdan kişisel ilişki de somut olay bakımından ciddi şekilde tetkik edilerek gerçekleşen davranış türü belirlenebilecektir. Yani hakim, somut olayda cinsel davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğin belirlenmesinde, “*faile mağdur arasındaki ilişkiyi (arkadaşlık ilişkisi, işçi-işveren ilişkisi, hiyerarşi ilişkisi, sevgili, nişanlı veya evli olma gibi) toplumsal kabul gören anlayış bağlamında değerlendirecek ve gerçekleştirilen davranışın bu kapsamda cinsel olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığına karar verecektir*”¹⁰⁰.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, objektif görüşün esası cinsel davranışın üçüncü bir kişi tarafından keyfi olarak tespit edilmesine dayanmamaktadır. Tam tersine objektif görüşün yapmaya çalıştığı, cinsel davranışın tespitinde genel geçer ölçütler bulmaya çalışmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel davranışın belirlenmesi için failden hareket etmek kadar mağdurdan hareket edilmesi de orantısız sonuçlara neden olabilecektir. Bu nedenle hangi davranışların “cinsel” olarak nitelendirildiğinin belirlenmesi daha yerinde olacaktır¹⁰¹. Türk Ceza Kanunu fail değil

⁹⁹ Yokuş Sevik, ss. 252, 258; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 214-215, 221; İlhan Üzülmöz, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, Erişim Tarihi: 05.10.2015; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 174; Centel, s. 277.

¹⁰⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 110.

¹⁰¹ Taner, tıbbi ve antropolojik görüşten ve erojen bölgeler tezinden elde edilen verilerin Picotti tarafından savunulan kişilerarası hukuki ilişki görüşüyle tamamlanmaya muhtaç olduğunu belirtmektedir. Zira dışarıdan bakıldığında cinsel olduğu sanılabilecek davranış, “cinsel” ve dolayısıyla “tipik” olmaktan çıkaran, kişilerarası ilişkilerin özellikleri olacaktır. Değerlendirme yapılırken mutlaka olayda geçerli olan psikolojik ve (geniş anlamıyla) kültürel faktörler de dikkate alınmalıdır. Ayrıca bu suçlarla korunan menfaatin cinsel özgürlük olduğu da hatırd tutulmalıdır. İtalyan ve Alman Ceza Kanunları’nda da, “cinsel davranış” kavramı kullanılmakta ya da bu kavrama atıf yapılmaktadır. Hangi davranışın cinsel olduğunu gösteren sihirli bir formül aramak aslında

fiil ceza hukuku temeline oturmuş bir anlayışa sahip olduğundan hangi hareketlerin cinsel davranış olduğunun tespitinde failin iç dünyasının değil dış dünyaya yansıyan hareketlerinin esas alınması gerektiği söylenebilir. Bunun yanı sıra cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile genel olarak korunan hukuki değer cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olarak vurgulandığından dolayı failin cinsel arzuları tatmin ile hareket edip etmediğinden ziyade mağdurun cinsel özgürlük ve dokunulmazlığının ihlal edilip edilmediği objektif olarak belirlenmelidir. Failin ya da mağdurun cinsel algılarının belirlemede esas olması, ceza hukukunun en önemli ilkelerinden kanunilik ilkesinin esaslarından biri olan belirlilik ilkesi ile çatışacak bir durum yaratacaktır. Örneğin, failin cinsel arzu taşımadan tahkir maksadı ile mağdurun cinsel bölgelerine yönelik gerçekleştireceği temas içerikli hareket, mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmiş olmasına rağmen cinsel suç kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁰². Diğer taraftan gerçekleştirilen davranışın salt objektif olarak değerlendirilmesi de bahsi geçen suçların uygulama alanının oldukça genişlemesine yol açarak kişiler arası bazı davranışların doğrudan cinsel davranış olarak kabul edilmesine de neden olabilir. Bu durumda örneğin voleybol takımlarında oyuncuların sayı kazanılması ardından tebrik amaçlı olarak popolarına dokunmaları ya da sosyal ilişkiler gereği kişilerin buluşma ve benzeri herhangi bir heyecan ya da sevinç halinde kişiyi öpmesi objektif olarak cinsel davranış kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple kanaatimizce cinsel davranışın belirlenmesinde objektif kriter esas olsa da kişiler arası ilişki de göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁰³.

boşunadır, yapılması gereken ceza hukukunun temel ilkeleri ışığında somut olayı yorumlamaktır (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 107, 109-110).

¹⁰² Şimşek, s. 312.

¹⁰³ Objektif olarak cinsel davranış şeklinde kabul edilen hareket, kişiler arası ilişki nedeniyle cinsel davranış olmaktan çıkarak normal bir davranış haline gelebilir. Bu durum da somut olaya göre belirlenmelidir. Verilen voleybol örneğinde, cinsel bölge olarak nitelenebilecek olan popoya dokunma davranışı takım oyuncuları arası kişisel ilişki gereği cinsel davranış olmaktan çıkarak normal bir hareket olarak değerlendirilebilir. Bu durum belirtildiği gibi somut olaya göre tespit edilmelidir zira fail söz konusu ilişkiye aykırı olarak, mağdurla arasında herhangi bir kişisel sebepten dolayı, cinsel davranış olarak poposuna dokunmuş da olabilir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 111). “*Kişilerin cinsel suç işlemede etkili olan bazı faktörler şöyle sıralanabilir: Cinsel kimlik oluşumu, cinsel davranışın uyum boyutları, cinsiyet içgüdüleri, cinsel gücün artması, iç salgı bezlerinin fonksiyonu, alkol, uyuşturucu maddeler, fizyolojik faktörler (beden arazları, yaş, cinsiyet), zeka düzeyi, aşağılık kompleksi, ahlaki gelişim, ailevi durum, akıl hastalıkları, cinsel sapıklıklardır.*” (Bkz. Kılıç, s. 177).

Cinsel davranışın¹⁰⁴ basit cinsel saldırı, hafif cinsel saldırı (sarkıntılık) ve nitelikli cinsel saldırı halleri bakımından ne şekilde değerlendirileceği ilgili bölümlerde ele alınacağı için burada sadece cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiğini¹⁰⁵ ortaya koymaya çalıştık. Bundan sonra basit cinsel saldırı, hafif cinsel saldırı ve nitelikli cinsel saldırıyı incelemeden önce cinsel saldırı suçunda kullanılan araçlardan olan cebir, tehdit ve hileyi kısaca inceleyip, maddi unsur yönünden basit, hafif ve nitelikli cinsel saldırı kavramlarını açıklamaya çalışacağız.

¹⁰⁴ Davranışın cinsel olup olmadığı öncelikli olarak objektif ölçütler vasıtasıyla belirlenmelidir. Bu yapılırken kültür normu, ulusal düzeyde belirlenmelidir ve yerel topluluklardan kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmamalıdır. Eğer objektif olarak davranışın cinsel nitelikli olduğu sonucuna varıldıysa, son olarak böyle bir davranışın fail ile mağdur arasında “cinsel” olarak algılanmasını önleyen bir ilişki biçimi olup olmadığı irdelenmelidir. Böylece “*kişilerarası ilişki*” davranışın cinsel niteliğini belirlemek bakımından bir sağlama aracı olarak işe yarayacaktır. Taner, burada objektif teoriyi doğalcı anlamda katı bir biçimde savunmak yerine belirli durumlarda kişilerarası (sübjektif) ilişkilerin esas alınmasını da yerinde gördüğünü belirtmektedir. Ancak söz konusu ilişkilerin objektif ölçütlere bağlanabildiği takdirde daha güvenilir sonuçlar vereceğini de belirtmek gerekmektedir. Örneğin, babanın çocuğunun poposunu okşaması objektif olarak cinsel davranış niteliğindedir. Zira üçüncü bir kişinin bir diğerinin poposunu okşaması başka bir şekilde nitelendirilemeyecektir. Ancak, bu iki kişi arasındaki ilişki sağlıklı bir ilişki, dolayısıyla yapılan davranış bir sevgi gösterisi ise bu davranış kişiler arasında “cinsel” olarak nitelendirilemeyecektir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 111-112).

¹⁰⁵ Bir davranışın TCK m. 102 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda, failin, mağduru kendisi ile mi, yoksa bir üçüncü kişi ile mi cinsel davranışa zorladığı hususu ileride de değineceğimiz üzere önem taşımayacaktır. Örneğin, failin, mağdureyi üçüncü kişiyi öpmeye zorlaması halinde de cinsel saldırı oluşacaktır. Hatta, üçüncü kişi de bu hususta zorlanmışsa, her ikisine karşı aynı suç oluşacaktır (Bu durumda koşulları varsa yeri geldikçe değinecek olduğumuz TCK m. 43/2 hükmü uygulanabilecektir). Tezcan/Erdem/Önok aynı zamanda, failin, başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması halinde, *dolaylı faillik* yoluyla cinsel saldırı suçundan faili cezalandırmanın olası olduğunu belirtmektedirler. Cinsel davranışın, bizzat mağduru bir şey yapmaya zorlama biçiminde olabileceği gibi (örneğin, failin cinsel organını mağdura okşatması ya da kendi organını mağdura tutturması ya da onu kucağına oturtması), mağduru kendisine yönelik bir davranışa katlanmak zorunda bırakmak (örneğin, mağdurun, fail tarafından cinsel organlarının ellenmesine boyun eğmeye zorlanması) biçiminde de olabileceği ifade edilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 364).

b. Cinsel Saldırı Suçunda Kullanılan Araç Olarak İradeyi Etkileyen Nedenler¹⁰⁶

(1) Cebir

Cebiri; cinsel saldırı fiilinin mağdurunun faile karşı göstereceği maddi direnci kırarak nitelikte olan fiziki güç olarak tanımlamak mümkündür¹⁰⁷. Uygulanan bu güç sonucunda mağdurun failin arzu ve isteklerine uygun olarak hareket etmek zorunda kaldığını ve bir bakıma ona boyun eğmekte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Cinsel saldırı suçunda cebir mağdurun direncini kırmak suretiyle failin amacına ulaşması açısından bir araç olarak¹⁰⁸ kullanılmaktadır¹⁰⁹. Bu nedenle cebrin amaca

¹⁰⁶ Yukarıda da ifade edildiği üzere cinsel saldırı suçunun işlenmesi için mağdurun iradesinin etkilenmesi gerekir. Bunun için de sıklıkla aşağıda tartışılacak yöntemlere başvurulur. Öte yandan cebir, tehdit yahut hile olmaksızın mağdurun boş bulunmasından yararlanarak sürpriz bir cinsel hareketle mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden failin durumu nasıl değerlendirilmelidir? Alman Hukuku'nda bu tür davranışların mağdurun rızasızlığı ortaya çıktıktan sonra devam etmesi halinde suça vücut vereceği ifade edilmektedir (Frommel, §§ 177, Rdn. 34). Hukukumuzda ise bu sorunun sarkıntılık çerçevesinde çözüleceğini düşünmekteyiz.

¹⁰⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 319; Yenidünya, s. 3289; Soyaslan, ss. 237-239; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 210; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 356, Koca/Üzülmez, s. 287, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 119; ayrıca bkz. Frommel, §§ 177, Rdn. 40; Röthlein, s. 96; Watzinger, s. 17.

¹⁰⁸ Brüggemann, s. 254.

¹⁰⁹ İtalyan Yargıtayı bir kararında, bir hastasına kendi muayenehanesinde enjeksiyon (iğne) yapması gereken doktorun bu durumdan istifadeyle onu soyunmaya sevk ettikten sonra aniden göğüslerini elleyerek cinsel organını ona yaklaştırmasını, cinsel saldırı olarak değerlendirmiştir (İt. Yrg. 3. CD., 19.02.2004 T., ve 6945 s. kararı). Tezcan/ Erdem/ Önok, bu tür durumlarda, tıbben gerekli olmamasına rağmen doktorun müdahalesinin cinsel bölgelere yönelmesini, cebir kavramı içinde değerlendirmektedirler. Yazarlar bu tür durumlarda “*mefruz rızasızlık*” tan söz edilebileceğini de ayrıca vurgulamaktadırlar. Öte yandan, zaten cinsel organların muayenesini gerektiren hallerde, eylemin şüpheye yer bırakmayacak biçimde cinsel amaçlı olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağını ve cinsel saldırı suçunun da oluşmayağını ifade etmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 362-363). Nitekim Yargıtay'da aynı yönde kararlar vermektedir: “*Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; 37 yaşında ve prostat rahatsızlığı bulunan mağdur M..’in olay tarihinden önce 3 ayrı kez sanığın muayenehanesine gittiği, basit muayeneler sonunda ilaç tedavisinin uygulanmadığı, olay günü sanık doktor tarafından kendisine tatbik edilen tuşe rektal ve prostat masajının yapıış tarzı konusunda önceden yeterli bilgisinin bulunmaması halinde ve bunun biraz da hoyratça gerçekleştirilmesi durumunda bu tedavi yöntemini farklı yorumlamış, onurunu kıran bir hal olarak algılamış ve tepki göstermiş olabileceği, Mağdurun kollukta sanığın iki elinin omuzunda olduğundan bahsetmemesi, yargılama aşamasında ise sanığın cinsel organını görmediğini söylemesi, Muayenehanede olay anında başka hasta kişilerin de bulunduğu, muayene odasının kapısının kilitli olmadığı ve kapı açıldığında dışarıdan muayenenin yapıldığı yerin görülebildiği, böyle bir ortamda soyunan doktor sanığın, reşit ve erkek mağdura livatada bulunduğu kabul edebilme, olanağının bulunmadığı, Sanığın, tepki gösterip şikayet edeceğini söyleyerek muayenehaneyi terk eden mağdurun peşinden giderek onu bundan vazgeçirmeye çalışması, hatta para bile teklif etmesinin böyle bir olayın dedikodu olarak duyulması halinde dahi statüsünü etkileyebilecek bir durum olması nedeniyle bundan bir şekilde kurtulma gayreti olarak yorumlanması gerektiği, Mağdurun yaşı, gelişimi ve tedavisi sırasında anüs bölgesine kaydırıcı krem sürüldüğü de nazara alındığında, olay akabinde bu bölgede hiçbir bulgunun meydana gelmemesinin gerektiği, bu itibarla da eşinin, kocasının kilotunda kan gördüğüne ilişkin beyanının*

ulaşmak bakımından uygun bir biçimde uygulanması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla cebrin cinsel saldırı fiillerinin her birinin işlenmesi sırasında kullanılmasına lüzum bulunmamaktadır. Süreç içerisinde aşamalardan birinde dahi kullanılması yeterli olacaktır. Kural olan şudur: cebrin kişiye (*mağdura*) yöneltilmesi gerekir. O halde, mağdurun değer atfettiği birisine karşı ya da eşya üzerinde gerçekleştirilen şiddet, cebir sayılmayacaktır. Öğretide bir görüşe göre, mağdurun bir yakınına karşı ya da eşya üzerindeki şiddet sebebiyle benzer bir cebrin kendi üzerinde gerçekleşebileceği korkusuyla, direncinin kırılması halinde de yine cebir, bir araç olarak kullanılmış sayılacaktır¹¹⁰. Eşya üzerinde ya da mağdurun bir yakınına karşı uygulanan şiddet, bir

inandırıcı bulunmadığı, Nitekim olay sonrasında düzenlenen 07.10.2003 tarihli raporda da olayı ve iddiayı doğrulayan bir olgunun saptanamadığı, sanığın bu raporu düzenleyen doktorla görüştüğüne ve raporun da bunun sonucunda gerçek dışı olarak düzenlendiğine ilişkin iddianın da doğrulanmadığı, Bu rapordan ve olaydan üç gün sonra mağduru muayene eden Adli Tıp Kurumunun anüs bölgesinde saptadığı bulguların, ileri sürülen livata eylemi ile irtibatının kurulamadığı, Adli Tıp Kurumundan alınan raporda saptanan bulguların yapılan tuşe rektal ve prostat masajı sonucunda meydana gelmiş olabileceği, 37 yaşında ve evli mağdurun, anüsüne erkek cinsel organının sokulması ve üzerine abanılıp ileri geri hareket yapılması durumunda bunun ne anlama geldiğini derhal farketmesi gerektiği halde farkedemediğine ilişkin anlatımlarının diğer kanıtlar karşısında inandırıcı bulunmadığı ve mahkemenin beraat kararının yerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla; temyiz itirazlarının reddiyle, yerel mahkeme hükmünün tebliğnamedeki düşünceye uygun olarak onanmasına karar verilmelidir.” (YCGK., 19.10.2010 T., 5-147/ 200) (Kararın tam metni için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 18.09.2014).“...Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesinde genel cerrahi asistanı olarak görev yapan sanığın olay günü acil servis nöbetçisi olduğu, katılanın makat bölgesinde oluşan kıl dönmesi rahatsızlığı nedeniyle anılan hastanenin acil servisine müracaat ettiği, katılanın şikayetlerini dinleyen sanığın muayene etmek üzere katılanı pansuman odasına aldığı, katılanın yüz üstü sedyeye yatarak pantolonu sıyırdığı, sanığın yaranın bulunduğu bölgeyi incelediği, apse olduğunu ve boşaltılması gerektiğini tespit edip pansumancı tanık M.. K..’ı çağırdığı, adı geçen tanığın yardımı ile yarayı temizleyip pansuman yaptığı, bu işlemlerin yapıldığı sırada odanın bez perde ile bölünmüş diğer kısmında tanık doktor N.. K..’ın başka bir hastanın kaşını diktığı somut olayda; Katılanın sanık tarafından muayene edildiği sırada bez perde ile bölünmüş odada sanık ve katılanla birlikte toplam beş kişinin bulunması, sanığın tıbbi müdahale sırasında hiçbir zaman odada katılan ile başbaşa kalmaması, odada bulunan tanıkların sanığın anlatımlarını doğrulaması, müdahale sırasında sanık ile katılan arasında herhangi bir konuşma geçmediğini ve tartışma yaşanmadığını beyan etmeleri, katılanın müdahale sonrasında hiçbir olumsuz tepki göstermeden aksine sanığa teşekkür ederek odadan ayrılması, Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Etik Kurulu raporunda katılanın maruz kaldığı rahatsızlıkta cerrahi müdahale sırasında hem gluteal (kalça bölgesi) hem de perianal (anüs çevresi) bölgede gözle ve elle muayene yapılmasının tıbbi gereklilik olduğunun belirtilmesi hususları birlikte gözetildiğinde sanığın cinsel arzularını tatmin amacı ile katılanın vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunduğu hususu şüphe boyutunda kalmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün sanığın üzerine atılı suçun sabit olmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken mahkumiyetine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.” (YCGK., 05.05.2015 T., 2013/ 14-490, 2015/ 141) (Kararın tam metni için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 07.08.2016).

¹¹⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin yerleşmiş içtihadına göre, suçun tıbbi delili yoksa, kendisine yönelik eylemin gerçekleştirildiğini iddia eden mağdurun iftira etmesi için bir neden bulunmuyorsa ve tüm aşamalarındaki beyanlarında samimiyetini şüpheye düşürecek bir tutarsızlık yoksa, söz konusu beyanlara itibar edilmelidir (Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 09.02.2010 T., 697/ 714; 20.10.2009 T.,

anlamda mağdura yönelmiş fiili bir tehdit¹¹¹ olarak görülmelidir¹¹². Cebrin tehditten farkı mağdurun düşünme ve hareket özgürlüğünü manevi olarak ortadan kaldırmasının yanı sıra mağdur üzerinde uygulanan zor kullanma, hatta şiddet hareketleridir¹¹³.

2958/ 11746; 08.10.2009 T., 14445/ 11265 sayılı kararları için bkz. Tuğrul, ss. 670-672). Burada İtalyan Yargıtay'ının dünya çapında büyük yankı uyandıran “*kotlu kadın*” kararından bahsetmek isteriz. Söz konusu olayda, kadın, cinsel saldırıya uğradığını, fail ise karşılıklı rızanın bulunduğunu ileri sürmekteydiler. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını bozan İtalyan Yargıtayı kararında şu ifadeler yer vermiştir: “*Fiili işbirliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonunu çıkarmanın neredeyse olanaksız olduğu, ortak tecrübeyle sabit bir veridir; zira bu işlem, kotu giyen kişi bakımından bile oldukça zordur.*” Görüldüğü gibi Yargıtay, mağdurenin eyleme rıza göstermiş olması gerektiğini, aksi halde eylemin gerçekleştirilemeyeceğini savunmuştur (İtalyan Yargıtayının 06.11.1998 tarihli kararı için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 358).

Kanaatimizce, yukarıdaki her iki örnekten de yola çıkarak peşin kabullerden ziyade, mağdurun eyleme rızasının bulunduğu iddiası söz konusu ise mahkeme ilgili iddiayı son derece dikkatli bir şekilde incelemelidir. “*Şüpheden sanık yararlanır*” ilkesinin söz konusu olduğu sistemimizde özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından hassas bir değerlendirmenin son derece önemli olacağı kanısındayız. Zira mağdurun yardım istememiş olması, elbiselerinde yırtılma-sökülme olmaması, direnmeyi ispatlayacak biçimde vücutta yaralanmaların söz konusu olmaması, her zaman cebrin mevcut olmadığı anlamına da gelmemelidir. Mağdurun bütün gücüyle ve uzun zaman direnme göstermesinin de aranmaması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, bu durumun, zamana, ortama ve mağdurun o andaki maddi ve manevi sağlık durumuna, evhamlarına, korkularına göre değişebileceği de ayrıca vurgulanmaktadır. Çok ani hareketle yapılan cinsel saldırı eylemine mağdurun fiilen direnememesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Şaşkınlık ve tereddüt, refleksin durması gibi nedenlerle ani bir tutma, öpme, okşamaya karşı mağdurun hareketsizliği ya da tepki göstermemesinin rızaya dayanmayabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Mağdurun uyuması ya da sarhoş halde olması olası bir durumdur. Yine ruhsal ve sinirsel sebeplerle geçici olarak tutukluk ya da pasif durumda olma gibi hallerin mağdurda görülebileceği de ifade edilmektedir. Tüm bu durumlarda failin eylemine karşı koyamasa da mağdurun rızasından söz edilemeyecektir (Bu konuda bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 19).

¹¹¹ Mağduru korumak için faile karşı gelen üçüncü bir kişiye yönelik olarak cebir kullanılması halinde de cinsel saldırı suçunun oluşacağı belirtilmektedir. Burada önemli olan, bizzat mağdurun cinsel davranışa rızasının bulunmamış olmasıdır (Bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 18-19).

¹¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 319; aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 210-211. Cebir kelime anlamı olarak zor kullanmadır. Cebir bir şiddet biçimi olarak mağdurun psikolojisi, iradesi üzerinde baskı yaratan ve failce gerçekleştirilecek eylemi kolaylaştıran bir fiildir. Maddi cebir olarak da ifade edilen cebir, mağdurun üzerinde uygulanan zorlayıcı güçle bu kişi belli bir davranışta bulunmaya yönlendirilmiş olmaktadır. Cebir ile kişinin iradesinin yani karar verme ve hareket etme özgürlüğünün engellendiği düşünüldüğünde bunun suçu işlemeyi kolaylaştıran bir fiil olduğu ortaya çıkar (Öğretide ve uygulamada maddi cebir, cebir; manevi cebir ise tehdit olarak kabul edilmektedir. Her iki hal de mağdurun iradesi üzerinde etki eden haller olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ahmet Gökçen, “Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m. 106-122)”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, Erişim Tarihi: 02.11.2015, ss. 1-37; İlhan Üzülmüş, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Ankara 2007, ss. 1 vd.; Erol Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK m. 188)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 8; Adem Sözüer, “Tehdit Suçu”, **İÜHFEM**, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994, s. 128; Ali Kemal Yıldız, “Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)”, **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, İstanbul 2010, ss. 517 vd.; ayrıca bkz. Thomas Fischer, “Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage Zum Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB”, **ZStW**, S. 112, Heft I, 2000, s. 83).

¹¹³ Pınar Kartal Memiş, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. II, 2010, ss. 1035-1036; ayrıca bkz. Röthlein, s. 102. Mağdurun direncini yok etme olarak da ifade edilen cebir serbest hareketlidir (Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 2, Özel Hükümler (Madde 76-

(2) Tehdit

Bir diğ er suçta kullanılan araç ise tehdittir. Manevi cebir olarak kabul edilen tehdit de mağdurun iradesini etkileyen bir başka fiildir¹¹⁴. “**Tehdit**” cinsel davranışa rıza gösterilmemesi halinde, mağdurun gelecekte bir zarara uğratılacağı beyanını içerir¹¹⁵. Bahsi geçen tehdit mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Ancak önemli olan nokta söz konusu zarar tehdidinin cinsel saldırı sonucu meydana gelecek zarardan daha ağır olması gerekliliğidir¹¹⁶. Bu beyanın mağdur bakımından önemli kabul edilmesi ve onun serbest düşünme ve hareket etme imkanını kısıtlaması gerekli ve yeterli olmaktadır. Tehdidin mutlaka mağdura yönelmesi gerekmez ise de, mağdurun yakınlık duyduğu, onun için değerli olan birisine de tehditde bulunulmuş olabilir¹¹⁷. Öğretide tehditle işlenen cinsel saldırı suçunda tehdidin hiçbir etki ve niteliğinin aranmaması gerektiği ileri sürülmüş olsa da¹¹⁸ bu görüş eleştirilmiştir. Şöyle ki; bu suçta tehdit bir araç olarak düzenlenmişse ve ayrı bir suç olarak değil bu suçun içinde eriyen yazarın belirttiği üzere bir içtima normundan söz ediyorsak, bu tehdidin suçun işlenmesine katkı sağlaması, mağdurun iradesini, serbest seçim özgürlüğünü ve/veya direnme iradesini kırması gerekir. Bu ya tehdidin araç, yöntem veya konusuna bağlıdır veya zaman, yapan kişi vs. ye bağlıdır. Kuşkusuz her zaman bir değer tartımı yapılamaz. Öte yandan hiçbir etkisi bulunmayan, bağımsız oluşan bir tehdit

169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Şubat 2008, s. 709). Cebirin mağdur üzerinde fiziki acı meydana getiren etkili bir eylem olduğu, fiziki olmayan bir hareketin cebir olmadığı da belirtilmektedir (Üzülmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 178). Kartal Memiş’e göre, eylemin cebir olabilmesi için mağdura fiziki bir acı olmalıdır; bunun ne şekilde gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Cebir, failin mağduru kızgın demir çubukla dağlaması biçiminde olabileceği gibi; saçlarını yolması biçiminde de olabilir (Kartal Memiş, Cebir Suçu, ss. 1039-1040; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 168-169).

¹¹⁴ Sözüer, ss. 125-146; Üzülmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 131; ayrıca bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, s. 200; Küpper, 2001, s. 68. Tehdit, mağdurun iç huzurunun bozulmasını, serbestçe karar vermesini veya verdiği kararlara göre hareket edebilmesini engelleyen; bir başka deyişle “*mağdurun karar veya hareket hürriyetini tehlikeye koyan bir fiildir*” (Gökçen, s. 4; Yıldız, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, s. 482). 5237 sayılı TCK’nın 106. maddesinde düzenlenen tehdidin söz konusu olabilmesi için “*objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi, sarf edilen sözler ile gerçekleştirilen davranışların mağdur üzerinde ciddi korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun olması*” gerektiği ifade edilmiştir (Madde gerekçesi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, ss. 143-145).

¹¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 319; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 358, Koca/Üzülmez, s. 287.

¹¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 319; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 210-211.

¹¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 319; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 129.

¹¹⁸ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 127.

suçunu cinsel saldırı suçu içinde eritmek mümkün değildir. Keza hiçbir etkisi olmayan tehdidi mağdurun teklif olarak algılayıp eyleme rıza göstermesi durumunda bu rızanın sağlıklı olup olmadığını tartışmadan suçun tehditin etkisiyle işlendiğini söylemek olanaksızdır. Bir suçun tehditle işlendiğinden bahsedilebilmesi için, tehditle suçun işlenmesi/ işlenebilmesi arasında nedensellik bağlantısı gerekir ki, bu da teklif edilen önerinin, suç genel teorisi ve içtima kurallarına aykırı olduğunu gösterdiği gibi tehditle bu suçun işlenmesinin düzenleniş amacına da ters olduğunu açıkça göstermektedir. Tehdidin varlığını ispat ile tehditle suç işleyeni birbirine karıştırmamak gerektiği gibi, bu unsuru yalnızca yararlar dengelenmesi/ tartımı noktasına da indirgememek gerekmektedir¹¹⁹. Tehdit konusunun objektif önemliliği değil, maruz kalan üzerinde yarattığı etki önemli olup, bu da mağdurun vazgeçemeyeceği, önemseyeceği, tehditle karşılaştırdığında feda etmekten çekineceği bir husustur. Bu olgular ve tehdit konuları herkese göre farklı önemdedir. Tehdidin suç işlenmesine katkısı ispatlanırken, eleştirilen görüşün önerdiği gibi¹²⁰ yalnızca mağdurun “*inancı*” na atıf yapılamaz. Bu tür bir öneri gerçekte bir ispattan vazgeçme anlamına geldiği gibi, ceza muhakemesi hukukundaki vicdani delil ve ispat sistemine de aykırı bir öneridir. Ceza muhakemesindeki ispat sistemi ve araçlarını bir tarafa bırakacak şekilde, bu suçlara özgü ön kabullere dayalı çözümler, ceza muhakemesi bir tarafa hukukun genel prensiplerine de aykırı olacaktır. Ünver’e göre, bir taraftan hakim ispata çalışsın derken, diğer taraftan hakim şu kadarlık bir olguyla yetinsin demek, kendi içinde çelişki yaratmaktadır¹²¹.

¹¹⁹ Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 32-33. Ünver, burada eleştiriyi yönelten Taner’in önemli olduğunu vurguladığı Yargıtay kararında da, tehdidin suçun işlenmesine katkısının, mağdurun tehditten korkmasının, tehdidin mağduru belli şekilde davranmaya zorlaması unsurlarının aranmakta olduğunu belirtmekte, bu durumun da görüşünü desteklediğini belirtmektedir. İlgili karar hükmü şu şekildedir: “15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehdidin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdide maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar veren tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir.” (Y. 5. CD., 23.05.2011 T., 2970/ 4134). Karar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 128, dn. 250.

¹²⁰ Eleştiri konusu görüşler hakkında bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 128-129.

¹²¹ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 33.

(3) Hile

Hile aldatıcı, kandırıcı davranış ve sözleri ifade etmekte olup, mağdurun iradesini kırarak nitelikte aldatıcı söz ve davranışlarda bulunmak ve mağdurun cinsel davranışa yönelik vereceği rızayı sağlamak amacıyla mağdurun iradesini yönlendirmeye elverişli bir başka vasıta¹²². Mağdurun kendisini söz konusu cinsel davranıştan koruyacak ölçüde yeterli ve açık iradesi yoktur. Çünkü bu irade failce aldatıcı hareketler ile ifsat edilmiştir¹²³. Bu konuda öğretilde, “*failin kendisini doktor olarak tanıtıp mağduru muayene ediyor gibi göstermesi*”¹²⁴ suretiyle mağdurun cinsel bölgelerine yoğunluk arz edecek biçimde temas etme fiili örnek olarak gösterilmektedir¹²⁵.

Öğretilde evlenme vaadinin bu suç için başvurulacak hileli bir davranış türü olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, bu halde cinsel saldırı suçu oluşacaktır çünkü

¹²² Hilenin kavram olarak ne şekilde anlaşılması ve hangi hareketlerin hile olduğunun tespiti önemli olup, bu nedenle hile olarak değerlendirilebilecek söz ve davranışların tespitinde dikkatli olmak gerektiği ifade edilmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 320).

¹²³ Bkz. Fischer, s. 85. Öğretilde sanığın hile yapması, mağdurun saiki ile karıştırılarak, hile yapılan durumlarda bizzat yazar tarafından kişide yanıltma veya rıza gösterilmesini sağlama hallerinde suçun oluşumuna vücut vereceği, diğer hallerde vermeyeceği ileri sürülmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 131). Görüşün kendi içinde çelişkili olduğu söylenmekte ve eleştirilmektedir. Ünver'e göre, hem rızayı hileyle elde etmeyi suçun oluşumu için yeterli kabul etmek hem de rızanın hileyle elde edildiği hallerin bazı biçimlerini bunun dışında bırakmak, kendi kendini nakzeden bir durum yaratır. Önemli olan elde edilen rızanın hukuken geçerli bir rıza niteliğinde olmasıdır. Rıza hileyle elde ediliyorsa, bu ister kişisel veya ister mali durum, ister vaad edilen bir iş konusunda, isterse başka bir şey olsun, alınan rıza hukuka aykırı, yani geçersizdir ve burada bir ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez. Buna göre, failin saikine hiç atıf yapılmadığı halde, onun ön plana çıkarılması doğru değildir. Failin saiki tabii ki hile ve suçun oluşumu için önemsizdir; meğer ki tersine kanuni bir düzenleme olsun. Burada inceleme konusu failin saikinden ziyade, yaptığı hileli hareket ve bunun sonucunda mağdurun tercihini etkilemesidir. Oysa, şu veya bu saikle ama yapılan bir hileyle özgürce tercihte bulunma imkanı kısıtlanır ya da ortadan kaldırılırsa, yine hukuken geçerli özgür iradeyle alınmış bir rızadan bahsedilemeyecektir. Taner, bahsi geçen eserinde somut bir örnek verip, şu hile halinde hileye rağmen suç oluşmaz demediği için, Ünver bu durumda yazarın suç oluşmayacağını varsaydığı olasılıklara birkaç örnek olarak rızanın verilmesini doğrudan etkileyen her hileli halin rızayı geçersiz kıldığını söylemekte ve örneğin cinsel ilişki aracındaki yanıltma durumunda da bu hilenin rızayı hukuka aykırı hale getirdiğini belirtmektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 28-29).

¹²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 211; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3633. Hilenin, 15-18 yaş aralığındaki küçükler açısından unsur olarak kabul edilmesi önemlidir. Çünkü çocuk, bir yetişkine göre, kandırılması, aldatılması, şaşırtılması daha kolay olan bir kişidir. Bu nedenle ileride yeri geldikçe de belirtileceği üzere, cinsel saldırı bakımından nitelikli hali olarak öngörülen hileli davranışların, cinsel istismar açısından unsur olarak ele alınması anlaşılabilir. Burada önemli olan küçükler için hileli söz ve davranışların değerlendirilmesinde uygulanacak ölçüttür. Gerçekten de evlenme vaadi ile yetişkin bir kişiyi cinsel ilişkiye razı etmek hile olarak kabul edilmeyebilecektir (Bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 130-133).

¹²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 320.

cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadine inanarak gösterilen rıza geçerli olmayacaktır¹²⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, tek başına evlenme vaat edilmiş olması, doğrudan ve otomatik olarak cinsel saldırı fiilinin varlığına işaret etmez¹²⁷. Tek başına evlenme vaadi cinsel saldırı suçunu oluşturacak boyutta bir hile olarak nitelendirilmemelidir. Kaldı ki, cinsel saldırı suçunun mağduru olabilecek kişi 18 yaşının üzerinde bir yetişkindir ve yaşının getirmiş olduğu olgunlukla bu tür konularda serbestçe karar verme iradesine sahiptir. Şayet bu kişi cinsel özgürlüğünü kullanma hususunda daha muhafazakar bir tutum sergilemek niyetindeyse tek başına bir evlenme vaadi kendisinin bu serbestiyi yaşayacak ölçüde rahatlığa erişmesinde sebep olarak gösterilememelidir. Evlenme vaadine rağmen kişi cinsel ilişkiyi veya diğer cinsel içerik arz eden hareketleri yapmama yönündeki tutumunu her halde devam ettirebilir. Ayrıca bu tür vaatlerin ispatı da son derece zor olacaktır. Mağdur olduğunu iddia eden kişi *“bana evlenme vaadinde bulundu”* demek suretiyle bu suçun işlendiğini iddia etmekte ve uygulamada da bu durumda neredeyse şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi tersine çevrilerek sonuca varılmaya çalışılmaktadır. O halde ifade etmek gerekir ki, ister ispatlansın isterse ispatlanamamış olsun evlenme vaadi sonucu yaşanan cinsel ilişki veya cinsellik içeren ilişkiler cinsel saldırı suçunu meydana getirmeyecektir. Evlenme vaadi bu anlamda hile kapsamında değerlendirilmemelidir. Hile çok daha dar yorumlanmalı örneğin muayene yapıyor görüntüsü vermek suretiyle yapılan temaslar, masaj yapıyormuş izlenimi verilerek

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 360; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 132. Kartal Memiş’e göre, 15-18 yaş aralığında olan bir küçüğü evlenme vaadi ile kandırıp istismar etmek hile olarak değerlendirilebilmelidir. Aynı şekilde mağdura kendisini farklı bir kişi olarak tanıtır ve örneğin hekim olduğunu ve genel sağlık taraması yaptığını ifade eden bir kişinin hileli hareket ettiğini söyleyebilmek mümkün olacaktır. Burada yetişkin bir kişinin durumu kontrol etmesi ya da karşısındaki kişinin davranışını sorgulaması beklenebilecekken, bir küçüğün bunu sorgulaması ve muhakeme etmesi beklenmemelidir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 172). Konuya yeri geldikçe ayrıntılı olarak değinilecektir.

¹²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 320. TCK m. 103’te 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı eylemler özel olarak düzenlenmiş olup, burada 15-18 yaş arasındaki çocuklar ile 18 yaşın üzerindeki yetişkinlerin (-ki bunların temyiz kudreti vardır) evlenme vaadiyle cinsel ilişkiye rıza göstermeleri durumunda, bu vadin hile sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Burada irade özgürlüğü serbesttir ve temyiz kudreti olan bir kişinin bu tür bir vaade kanmaması ve buna dayalı bir rıza göstermemesi beklenebilir. Kaldı ki, fail evlenme kararından herhangi bir başka sebeple vazgeçebileceği gibi, failin bu soyut yalan beyanının hile olarak algılanmaması gerekir. Ayrıca bu tür bir vadin ispatı da olanaksız denecek kadar zor olacaktır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 38).

veya yardım ediyor görüntüsü çizilerek yapılan cinsel hareketler hile kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁸.

3. Basit Cinsel Saldırı (TCK m. 102/1 – Birinci Cümle)

Cinsel saldırı suçunun basit halini oluşturan hareket madde metninde, “*cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali*” olarak belirtilmiştir¹²⁹. Failin, “*cinsel davranışlarla*” mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁰. Sadece cinsel davranışın yapılması suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda bu davranış neticesinde mağdurun vücut dokunulmazlığının da bozulmuş olması gerekmektedir¹³¹. Burada cinsel davranıştan anlaşılması gereken, mağdurun vücuduna temas etmek¹³² suretiyle gerçekleştirilen

¹²⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe’ye göre, mağdurun bilincinin etkisiz hale getirilmesi de bu suçta kullanılabilecek bir araçtır. Örneğin, mağdura uyuşturucu ilaç vermek veya hipnoz etmek suretiyle bilinci etkisiz hale getirilebilir ve bu biçimde cinsel davranışa yönelik rızası alınabilir ya da mağdurun olaylardan hiçbir şekilde haberi olmadan cinsel davranış gerçekleştirilmiş olabilir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 321; ayrıca bkz. Röthlein, s. 100). Konuya aşağıda suçun nitelikli halleri arasında yer alan “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” başlığı altında tekrar dönülecektir.

¹²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 360; Toroslu, Özel Kısım, s. 61; Soyaslan, s. 235; ayrıca bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, s. 202. Ünver, tipe uygun eylem unsuru bakımından kanun koyucunun, failin cinsel davranışlarda bulunmasını ve bu suretle mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesini aramakta olduğunu belirtmektedir. Araç olan cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi, madde metninde aranmakla birlikte, maddenin gerekçesinde ve başlığında cinsel dokunulmazlık vurgusunun yapılmakta olduğunu dile getirmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 29).

¹³⁰ “*Sanığın mağdurenin kalçasına dokunmak isteyip, mağdurenin geri çekilmesi sonucunda eliyle dizine dokunması eyleminin bedensel temas içermesi karşısında eylemin TCK’nın 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu...*” (Y. 14. CD., 12.11.2012 T., 6259/11151). “*Dosya içeriğinden, olay günü mağdureyi evinin bulunduğu apartmana kadar takip ederek, üçüncü katın merdivenlerinde arkasından sarılıp, ağzını kapatarak, elinde bıçak bulunduğu halde “sesini çıkartırsan seni öldürürüm” sözlerini sarf etmiş bulunduğu anlaşılmıştır karşısında, vücut temasının gerçekleşmiş bulunması itibarıyla, basit cinsel saldırı suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek...*” (Y. 14. CD., 11.07.2012 T., 3971/8049) Kararlar ve yazarların görüşleri için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 208, dn. 9. Ayrıca bkz. Y. 14. CD., 19.03.2012 T., 3753/3161; Y. 5. CD., 03.12.2007 T., 12661/9513; Y. 5. CD., 03.07.2006 T., 5717/6303. Yargıtay da yerleşik uygulamalarında cinsel saldırı suçunun oluşması açısından bedensel temas kriterini aramaktadır. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe’nin de belirttiği üzere, Yargıtay, bedensel temas bulunuyorsa fiili TCK m. 102’deki cinsel saldırı, bulunmuyorsa TCK m. 105’deki cinsel taciz olarak kabul etmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 321).

¹³¹ Maurach/Schroeder/Maiwald, s. 203. Aksi yönde bkz. Koca/Üzülmez, ss. 288-289.

¹³² Yargıtay’ın da yerleşik kararlarında cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından bedensel temas kriterini aramakta olduğu belirtilmiştir. Buna göre Yargıtay, bedensel temas var ise fiili TCK m. 102’deki cinsel saldırı, yok ise TCK m. 105’deki cinsel taciz olarak değerlendirmektedir. 6545 sayılı Kanunla TCK m. 102/1’e eklenen cümle ile “*sarkıntılık*” düzeyindeki eylemlerin artık cinsel saldırı olarak kabul edilmesi karşısında bu üçüncü tür cinsel saldırı şekli ile birlikte “*bedensel temas kistası*” nı arayan doktrindeki görüşlerin ve Yargıtay’ın uygulamasının kanuna girdiğini söylemek yanlış

cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerdir. Eğer cinsel davranış, sarkıntılık düzeyinde kalıyorsa, daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur, davranış vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmişse 102/2. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru oluşacaktır¹³³. TCK m.102/1'e bakıldığında failin mağdurun vücudu bakımından fiziksel bir temasta bulunmasının şart olduğunu görmekteyiz. Fiziksel müdahale olmadan gerçekleşen cinsel içerikli davranışlar bu suçu meydana getirmeyecektir. Madde gerekçesinde de suçun maddi unsurunun *"kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve cinsel ilişkiye varmayan davranışlar"* olduğu belirtilerek, fiziksel temasın var olması gereği vurgulanmaya çalışılmıştır. Gerekçedeki bu tanım 765 sayılı TCK dönemindeki *"ırs ve namusa tasaddi"* fiillerini akla getirmektedir¹³⁴.

Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlalini mağdurun mutlaka cinsel uzuvları üzerinde bir ihlal şeklinde anlamamak gerekir. Mağdurun iradesi ve isteği dışında failin vücudunun *"mahrem bölgesine"* yönelik bazı davranışları yapmaya zorlanması durumunda da *"cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının"* ihlali söz konusu olacaktır. Örneğin mağdurun, failin cinsel uzuvlarına dokunmaya, öpmeye zorlanması durumunda görünüşte mağdurun *"mahrem yerlerine"* yönelik bir vücut dokunulmazlığı ihlal edilmemekte ise de, mağdurun temas ettiği failin uzuvlarının

olmayacaktır. Bu konuda Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararından bahsetmek mümkündür: *"Oluşa uygun kabule göre; olay gecesi sanığın evinde misafir kalan yirmialtı yaşındaki yeğeni mağdureyi omzundan çekip yanağından öpmek şeklinde gerçekleşen ve ani hareketle yapılp süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kalan eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın 102/1 maddesinde yer alan basit cinsel saldırı suçunu oluşturup anılan maddede öngörülen 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasının alt ve üst sınırları nazara alınıp mahkemece gerekçe gösterilerek sanık hakkında teşdiden 3 yıl hapis cezası tayin edilmiş ise de, hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla 102. maddede yapılan değişiklikle anılan maddenin birinci fıkrasına ikinci cümle olarak "cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği" yönünde ekleme yapılması karşısında, mahkemece belirlenecek temel cezanın üst sınırının 7 yıldan 5 yıla indirilmesi sebebiyle anılan düzenlemenin lehe olduğu gözetilerek mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması..."* (Y. 14. CD., 08.04.2016 T., 2014/ 7084, 2016/ 3515). Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 321-322, dn. 33.

¹³³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 208.

¹³⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 321. Daha önce belirtildiği üzere, Ünver, TCK m. 102'de, ırza tecavüz yerine nitelikli cinsel saldırı, ırza tasaddi yerine, cinsel saldırı kavramları kullanıldığını ve hatta TCK m. 103'te de aynı ayırımı muhafaza edilmekte olduğunu ve fakat bu kez mağdurun çocuk olması sebebiyle, her iki tip eylem için cinsel istismar kavramlarının kullanılmakta olduğunu ifade etmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 28).

“mahrem bölgelerden sayılması” sebebiyle yine cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edildiğini söylemek mümkündür¹³⁵.

Failin mağdura fiziki bir temasta bulunmaması halinde cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlalinin mümkün olmadığı belirtilse de, fiziki bir temas bulunmasa da çeşitli fiilleri gerçekleşme durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir:

-İlk olarak fail, zor kullanarak mağdurun kendi (failin) cinsel organlarına dokunmasını sağlayabilir. Burada fail ile mağdur arasında cinsel anlam içeren bir fiil söz konusu olup mağdurun eli vasıtasıyla vücut dokunulmazlığı ihlal edilmiştir ki, bu sebeple cinsel saldırı suçu oluşacaktır¹³⁶.

-İkinci olarak zor kullanarak mağdurun bizzat kendi (mağdurun) vücuduna, cinsel organlarına dokunması sağlanabilir. Burada fail ile mağdur arasında herhangi bir fiziksel temas bulunmamaktadır. Ancak bir anlamda fail bu hareketleri mağdurun rızası hilafına kendisi yapacakken bizzat mağdura yaptırarak onun vücut dokunulmazlığını ihlal etmektedir. Belirtilen hareketler cinsel anlam içermektedir. Fail burada adeta bizzat mağduru bir araç olarak kullanıp yine mağdura karşı bir cinsel saldırı eylemi gerçekleştirmektedir. Bu görüşe göre, burada dolaylı faillik suretiyle cinsel saldırı suçu oluşacaktır¹³⁷.

-Üçüncü olarak ise fail bizzat kendi vücudunun cinsel bölgelerine dokunmakta ve fakat bir başkasını da bu hareketlerini seyretmeye zorlamaktadır. Burada görüldüğü gibi fail, mağdurun vücuduna dokunmadığı gibi onu kendi (failin) vücuduna da dokunmaya zorlamamaktadır. Vücuda temas gerçekleşmediği ve ayrıca mağdurun, gerek kendi gerekse failin vücuduna, cinsel bölgelerine temasta bulunmaya yönelik herhangi bir davranışa zorlanmış olmaması karşısında doktrinde bu örnek bakımından cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir¹³⁸. Verilen bu örnekte, TCK m. 109/5’te

¹³⁵ Önemli olan burada mağdurun cinsel anlam içeren herhangi bir davranışa zorlanması olup hatırlanmalıdır ki, bu suçla mağdurun cinsel anlam içeren herhangi bir davranışta bulunup bulunmama özgürlüğü korunmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 322).

¹³⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 322. Suç, failin cinsel saldırı oluşturan bir hareketi mağdur üzerinde gerçekleştirmesiyle işlenebileceği gibi, cebir ve tehditle failin mağduru kendine yönelik cinsel davranışlarda bulunmaya zorlamasıyla da işlenebilir. Örneğin, failin tehditle cinsel organını mağdura elletmesi veya okşatmasında olduğu gibi. Aynı biçimde, bir kişinin diğer bir kimseye karşı, cinsel davranışta bulunmaya zorlanması durumunda, zorlayan kişi suçun faili olacaktır (dolaylı fail). Bu konuda bkz. Koca/Üzülmez, s. 288.

¹³⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 322. Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, ss. 288-289; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 144-145.

¹³⁸ Toroslu, Özel Kısım, s. 61; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 364. Taner, korunan hukuki menfaatlerin farklı olmasından ötürü burada hem cinsel taciz hem de somut olaya göre cebir veya

düzenlenmiş olan “kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunun cinsel amaçla işlenmesi” şeklindeki kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunun nitelikli halinin oluşacağı da ileri sürülmüştür. Ancak bir başka yaklaşımla bu örnekteki fiillerin mağduru cinsel amaçlı rahatsız ediciliği de düşünülebilir ki, bu durumda TCK m. 105’te düzenlenmiş olan cinsel taciz suçu da ayrıca değerlendirilmelidir¹³⁹. Sorun fail tarafından yapılan hareketlerin tek fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine göre çözümlenebilir. Eğer fail tarafından yapılan hareketler bütünsel anlamda tek fiil olarak nitelendirilebiliyorsa, TCK m. 109/5 ile m. 105 hükümleri arasında fikri içtima¹⁴⁰ söz konusu olacaktır. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, hareketler ayrı fiiller olarak düşünülecek olursa, failin cezai sorumluluğunun gerçek içtima kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir¹⁴¹.

tehdit suçlarının oluşacağı görüşündedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 235). Öte yandan burada mağdur 0-15 yaş grubuna mensup bir çocuksa çocuğun cinsel istismarı suçunun da düşünülebileceği vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 322, dn. 35).

¹³⁹ Fail, cebir ve tehdit kullanarak cinsel davranışları kendi üzerinde bizzat mağdura icra ettirebilir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 209). Koca/ Üzülmmez, öğretide, cinsel saldırının vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenebileceği, bunun ise mağdur üzerinde bir başkası tarafından gerçekleştirilen hareketlerin varlığını gerektirdiği belirtilerek, mağduru doğrudan kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya zorlama halinde suçun oluşmayacağı savunulsa da, bu görüşe katılamamakta ve bu gibi hallerde mağdurun iradesi üzerinde zorlama vasıtalarını kullanarak hakimiyet sağlayan kişinin dolaylı fail olacağını ve dolayısıyla cinsel saldırı suçunun gerçekleşmiş olacağını belirtmektedirler. Bu nedenle, failin mağdurla fiziki teması olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel saldırıyı değil de cinsel tacizi oluşturacağı yönündeki görüşe de katılmamaktadırlar (Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 210-211; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 145). Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre, bu gibi hallerde TCK’nın 109. Maddesinin 5. fıkrasında yer alan cinsel amaçlarla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçu oluşacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 322-323). Koca/Üzülmmez ise, dolaylı faillik hükümlerinden hareket edilerek bu sorun çözüleceğinden yazarlarla aynı kanaatte olmadıklarını belirtmektedirler (Koca/Üzülmmez, s. 289).

¹⁴⁰ Fikri içtima TCK madde 44- “(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

¹⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 323. Cinsel temas bulunmaksızın, cinsel arzuları tatmin amacıyla sadece diğer bir kişinin seyredilmesi veya failin diğer bir kimseyi kendi üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışları seyretmeye zorlaması, 102. madde anlamında cinsel saldırıyı değil, 105. Madde kapsamında cinsel taciz suçunu oluşturur (Toroslu, Özel Kısım, s. 61). Buna karşılık, mağdurun cinsel organını zorla açıtırıp seyretmek, cinsel saldırı suçunu oluşturur. Zira yazarlara göre, bu gibi hallerde, fail zor kullanmak ve bu yolla iradesine hakim olmak suretiyle, bizzat mağdurun kendisine soyunmak veya cinsel organını göstermek gibi, vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketleri yapmaktadır. Dolaylı faillik müessesesi çerçevesinde bu gibi durumlarda mağduru soyunmaya zorlayan kişi cinsel saldırı suçunun faili olacaktır (Koca/Üzülmmez, s. 289; ayrıca karşı görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 364).

4. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel Saldırı (*Hafif Cinsel Saldırı*) – (TCK m.102/1 – *İkinci Cümle*)

6545 sayılı “*torba*” Kanun ile¹⁴², cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Gerek TCK m. 102/1’de yer alan cinsel saldırının basit hali, gerekse yeri gelince ayrıntılı olarak değinecek olduğumuz TCK m. 103/1’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali bakımından, 765 sayılı TCK dönemindeki¹⁴³ “*sarkıntılık*” kavramına dönüş yapılmış olduğu görülmektedir¹⁴⁴. TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi (m. 102/1); nitelikli şeklinde ise “*vücuda organ veya sair cisim sokulması*” (m. 102/2) cezalandırılmakta; saldırının “*sarkıntılık düzeyinde kalması*” ise, daha az cezayı gerektirmektedir¹⁴⁵.

¹⁴² 6545 sayılı Kanun öncesi uygulamasında, Yargıtayımız, failin olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak ona sarıldığı, mağdurenin de karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı olayda, fiilin cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğuna karar vermiştir (Y. 5. CD., 16.02.2006 T., 306/ 901). Yargıtay tarafından yalnızca “*bedensel temas*” in olup olmadığı dikkate alındığı için, öpmenin (ve niteliği ne olursa olsun, sair fiziksel temasın) olduğu her olayda mutlaka m. 102 uygulanmakta idi. Yeni uygulamaya bakacak olursak, ani ve kesik hareket içeren, belli bir devamlılık arz etmeyen şehvi hareketler söz konusu ise, m. 102/1, c.2’yi (sarkıntılık) uygulama gereği ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Tezcan/ Erdem/ Önok, failin, mağdurenin yanından geçerken ona sadece sürtünmesini, bu şekilde değerlendirmektedir. Sürtünme eylemi, söz gelimi bir toplu taşıma aracında mağdura iki durak arasındaki süre boyunca dayanmak suretiyle, yoğunluk ve süreklilik arz etmiş ise, bu durumda artık suçun temel halinin, yani maddenin ilk cümlesinin uygulanacağı vurgulanmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 368).

¹⁴³ Aydın, ırza geçme terimi yerine ırza tasaddiyi de içerecek biçimde cinsel saldırı kavramının kabul edilmesinin yerinde olduğunu, bunun uygulama kolaylığı getireceğini; ayrıca “*ırz*”ın kadına ait bir değer olmadığını ve cinsel saldırı nedeniyle ihlal edilen özgürlük değerini anlatmaktan uzak olduğunu belirtmektedir (Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 157).

¹⁴⁴ Yeni düzenleme, 765 sayılı TCK’da bulunan ırza geçme, ırza tasaddi, ve sarkıntılık suçlarını içeren bir özellik göstermektedir. Sarkıntılığında cinsel saldırı kapsamına alınması, cinsel suçların çok ağır biçimde cezalandırılması sonucuna yol açacağı gerekçesiyle yazarlarca eleştirilmiştir (Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu, s. 308). Buna karşılık Sevük, sarkıntılıkta mağdurun vücudu ile temasın söz konusu olabileceğini ve bunun da cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturacağını belirtmekte; ayrıca bu düzenlemenin 765 sayılı TCK m. 421 açısından somut olayda hangi suçun oluştuğu konusunda ortaya çıkabilecek sorunları gidereceğine işaret etmektedir (Yokuş Sevük, s. 249).

¹⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, İtalyan Ceza Kanununda, ırza geçme-ırza tasaddi ayrımının terk edildiğini ve her iki kavramın “*cinsel şiddet*” başlığı altında toplanmış ve vücuda organ ya da cisim sokulması gibi nitelikli bir halin de öngörülmemiş olduğunu belirtmektedirler. Bunun nedeni de, böyle bir ayrım yapılması halinde, eylemin ne şekilde gerçekleştiğini tespit etmeye yönelik sürdürülecek araştırmaların, mağdurun zaten çektiği ezadan daha büyük acılara katlanmasını gerektirecek olması, bunun da mağdurun onurunu daha fazla rencide edecek olması olarak belirtilmiştir (İtalyan Ceza Kanunundaki bu düzenleme konusunda Delpino’nun görüşleri hakkında bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 350-351).

TCK bakımından, m. 102/1'deki eylem için öngörülen cezanın üst sınırı ile m. 102/2'de öngörülen cezanın alt sınırının eşit miktarda belirlenerek, organ veya sair cismin vücuda girip girmediği tartışmalarının kısa tutulmak istendiği belirtilmekte idi¹⁴⁶. Oysa Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle suçun temel şekli ile nitelikli hali arasındaki ceza bakımından söz konusu olan bu denge bozulmuş olmaktadır¹⁴⁷.

TCK m. 102'nin birinci fıkrasına son cümle olarak "*Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir.*" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Buradaki "*sarkıntılık*" ibaresi kanun tasarısının ilk metninde "*suçun (cinsel saldırı suçunun basit halinin) ani hareketle işlenmesi*" şeklinde ifade edilmişti¹⁴⁸. Madde gerekçesinde sarkıntılık kavramının ne anlama geldiği belirtilmemiş olup, sarkıntılık ibaresinin, 765 sayılı TCK döneminde de bulunduğu ve anlaşılmasının uygulamacılar tarafından daha kolay olacağı ve özellikle Yargıtay temsilcileri tarafından belirtilmiş, "*suçun ani hareketle işlenmesi*"¹⁴⁹

¹⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3313.

¹⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 351.

¹⁴⁸ Madde gerekçesine baktığımızda "*sarkıntılık*" ibaresinin cinsel tacizle karıştırılabileceği mülahazasıyla "*suçun ani hareketle işlenmesi*" şeklinde bir düzenlemenin tercih edildiği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. 12.05.2014 tarihli Türk Ceza Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, m. 42. Ancak komisyon görüşmelerinde bu düzenlemenin uygulamada sıkıntı yaşatacağı ve anlaşılmasının güç olacağı hususu da tartışılmıştır (Bkz. Adalet Komisyonunun 24.05.2014 tarihli görüşme tutanakları)

¹⁴⁹ 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, TCK m. 102/1'in ilk cümlesi kapsamında kalacak cinsel saldırı fiilleri, 765 sayılı TCK'daki ırza tasaddi (ırz ve namusa sataşma) suçuna tekabül eden davranışlardan meydana gelecektir. Buna göre; mağdur üzerinde işlenen (yani, bedensel temas içeren) ve vücuda organ ve cisim sokma düzeyine de varmayan, ani olmayıp süreklilik gösteren şehvi hareketler, TCK m. 102/1, c. 1 ile cezalandırılacaktır. Mağdurenin cinsel organını okşama, kendi uzvunu okşatma, organ sokmak kastı olmaksızın cinsel organını sürtmeye, mağdurenin vücudunu devamlı biçimde şehvet duygularını tatmin amacıyla okşama ve öpme gibi fiillerin birinci cümle kapsamında kalacağına söylenebileceği ifade edilmektedir. Öte yandan ani ve kesiklik gösteren davranışlar TCK m. 102/1, c. 2 kapsamında olacaktır. Zaten değişiklik tasarının ilk metninde daha önce de belirttiğimiz üzere, "*sarkıntılık düzeyinde*" kalan cinsel davranıştan değil, "*suçun ani hareketle işlenmesi*"nden söz edilmekteydi. Ancak suç genel teorisinde "ani hareket" şeklinde bir kavram olmadığından, "*sarkıntılık*" kavramına yer verilmiştir. TCK m. 102/1, c.1'in uygulanması bakımından ise, cinsel nitelikli hareket süreklilik kazanmakta ve ısrarla devam ettirilmektedir.

Fail, şehvi hislerinin tatmini amacıyla, yoğunlaşmış ve süreklilik gösteren hareketlerde bulunmaktadır. Ancak, buradaki süreklilikle kastedilen, eylemin uzunca bir süreye yayılmış olması ya da illa birden çok tekrarlanmış olması anlamına gelmemektedir. Burada önemli olan, mağdur üzerinde doğrudan işlenen, devamlılık gösteren, cinsel isteklerin doyurulmasına ya da kısıktırılmasına yönelik her türlü şehvete ilişkin davranışların varlığıdır. Hangi davranışların bu nitelikte olduğu, ilgili davranışın yoğunluğuna, etkisine, devam süresine bağlı olarak her somut olay bakımından ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Tezcan/Erdem/Önok'a göre, Yargıtay'ın eski kanun döneminde sarkıntılık (bugünkü m. 102/1, c. 2) kapsamında gördüğü şu karar bu duruma örnek oluşturabilir: "*Maddi olayda, sanık; ahırda yalnız gördüğü mağdureye sarılarak onu*

formülasyonu, verilen önergeyle "sarkıntılık" şeklinde değiştirilmiş ve son halde kanunlaşmıştır¹⁵⁰.

Öğretide bir görüş tarafından da belirtildiği gibi, "sarkıntılık" teriminin madde kapsamına alınmasının temel sebebi, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, cinsel saldırı suçunun basit şekliyle cinsel taciz suçunun ayırımına ilişkin ortaya çıkmış olan tartışmalardır. TCK m. 102/1 kapsamında cinsel saldırı suçunun basit şekli vücut dokunulmazlığını ihlal unsuru ihtiva etmektedir. Oysa TCK m. 105 açısından cinsel taciz suçunda vücut dokunulmazlığını ihlal unsuru aranmamakta, yapılan davranışların cinsel amaçlı rahatsız edicilik oluşturmaları yeterli görülmektedir. Ancak bu noktada, cinsel anlam içeren bir davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmekle birlikte belirli bir yoğunluk arz etmediği hallerde cinsel saldırı suçunun basit halinin mi yoksa cinsel taciz suçunun mu oluşacağı hususu tartışmalıydı¹⁵¹.

Öğretide bir görüşe göre¹⁵² cinsel saldırıyı cinsel tacizden ayıran fark, cinsel saldırının vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışlardan oluşmasıydı. Bu görüşe göre, vücuda temas halinde cinsel anlam içeren her fiil cinsel saldırı suçunu oluşturacaktı. Aynı biçimde, bedensel temas kıstasından hareket eden diğer yazarlar da, cinsel davranışı, mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler olarak belirtmekteydi. Buna göre cinsel saldırı,

öpmüştür. Hareketleri soyut ve kesintili olup devamlılık arz etmemektedir. Mağdurenin cinsel organlarını ellememiş, okşayıp öpmesi sürekli olmamıştır. Sarılma ve öpmesi tasaddi suçunu oluşturacak boyuta ulaşmamış ve eylemi belli bir yoğunluk kazanmamıştır. Bu nedenle, sanığın ahırda vuku bulan eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu...". (YCGK., 24.12.1990 T., 5-343/361, YKD Haziran 1991, s. 931). Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 366-367. Eski kanun döneminde sarkıntılık olarak adlandırılan, fakat "bedensel temas" içermeyen hareketler, cinsel taciz (TCK m. 105) kapsamında ele alınmaya devam edilecektir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 213).

¹⁵⁰ TCK m. 102'nin gerekçesine göre, "Türk Ceza Kanununun 102 ve 103'üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105'inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105'inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatminine yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103'üncü maddede tanımlanan suçların temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla "sarkıntılık" ibaresinin yerine "suçun ani hareketle işlenmesi" ibaresi tercih edilmiştir." (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 135).

¹⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 323.

¹⁵² Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2013, s. 339.

ani olarak gerçekleştirilen (765s. TCK' da ki fiili sarkıntılık) ve devamlılık arz eden (765 s. TCK ırza tasaddi)¹⁵³ şehvi hareketleri ifade etmekteydi¹⁵⁴. Bir diğer görüşe göre¹⁵⁵ ise mağdurun yanağından makas alma, hafifçe sürtünme gibi bedensel teması gerektiren hareketler mağdurun cinsel özgürlüğünü kısıtlamaması nedeniyle cinsel saldırı olarak değil, cinsel taciz olarak değerlendirilmeliydi.

Bizim de katıldığımız görüş ise¹⁵⁶ yukarıdaki görüşün vardığı sonuca ulaşmakla birlikte, bunun nedenini, mağdurun cinsel özgürlüğünün kısıtlanmıyor

¹⁵³ “...15 yaşından küçük mağdureyi, boynundan yakalamış, kendisine doğru çekerek zorla öpmek istemiş, mağdurenin karşı koyması üzerine ağzına isabet eden burnunu emmiş, mağdurenin kendisi ile boğuşmaya devam ettiği sırada pantolonunun üzerinden bacaklarını ve bluzünün üzerinden göğüslerini ellemiş. Sanığın 3-4 dakika süren bu hareketleri, kendisi ile boğuşarak karşı koyan mağdurenin, onu iterek kaçıp kurtulmasıyla, son bulmuştur.” (Y. CGK., 27.02.1995 T., 5-25/ 51, karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, ss. 3894-3896); “...mağdureyi, orman içerisine çekip, üzerindeki eşofmanı dizlerine kadar indirdiği, kendi pantolonunu çıkarmak isterken serbest kalan mağdurenin kaçıp kurtulmuş olduğunun anlaşılmasına göre...” (Y. CGK., 23.03.1987 T., 5-557/ 137, karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3896); “...mağdureyi kamyonu ile تنها yere götürdükten sonra, onu öpmesi, bacaklarını elleyip sıkması, edep yerini tutması hareketleri, hiç kuşkusuz ki, TCK’nın 415’inci maddesindeki tasaddi suçunu oluşturur.” (Y. CGK., 12.11.1984 T., 5-98/ 378, karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3900; Gözübüyük, ss. 763-766); “...belediye otobüsünde ayakta seyahat etmekte olan mağdurenin arkasında bulunan sanığın, kadibini çıkararak, kalabalıktan ve sıkışıklıktan bilistifade, mağdurenin üzerine sürttüğü ve inzal olup, menisini onun elbisesine bulaştırdığı, oluşturma uygun şekilde karar yerinde kabul edilmiş olmasına göre, şehvi isteklerini tatmine yönelik ve devamlılık arzeden bu hareketin, ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil olduğu gözetilmeyerek, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizliğinden...” (Y. CGK., 07.04.1980 T., 5-91/ 150, karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, ss. 3900-3901; Gözübüyük, ss. 766-767). Görüldüğü gibi ilgili kararların verildiği dönemde söz konusu eylemler ırza tasaddi sayılmıştı. Tezcan/ Erdem/ Önok, bu tür davranışların artık TCK m. 102/1, c. 1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. “...sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Y. ve S’ye yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK’nın 103/1-I. cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı...” (Y. 14. CD., 25.05.2015 T., 2261/ 6685) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 367, dn. 108).

¹⁵⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Baskı, Ankara 2013, ss. 278-279, 323.

¹⁵⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 318.

¹⁵⁶ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 352; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 324. Yargıtay, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği dönemde bedensel temas kistasına dayanmakta ve vücuda herhangi bir biçimde dokunulması durumunda ilgili cinsel davranışın cinsel saldırı suçunun basit halini oluşturduğu yönünde kararlar vermektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında “sanığın mağdureyi sık sık takip ederek sınırsız hareketlerde bulunduğu, pazar yerinde mağdureye sürtünerek geçtiği ve bedensel temas içermesi nedeniyle de ... 5237s. TCK’nın 102/1 maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği...” sonucuna varmıştır (Y. 5. CD., 20.05.2009 T., 2006/8007, 2009/6057). Karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.04.2016. Aynı şekilde Yargıtay bir kararında mağdurların göğüslerinin sıkılması eylemini sarkıntılık olarak değerlendirmişti (Y. 5. CD., 17.04.1996 T., 673/1316). Karar için bkz. Cengiz Otacı, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2000, s. 157. Aynı yönde

olması değil; yapılan davranışların yoğunluk, boyut ve anlam olarak cinsel saldırı suçunda bulunması gereken ağırlığa erişmemesi şeklinde gerekçelendirmektedir.

Yargıtay 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği dönemde, şehvi hisleri tatmine yönelmeyen, daha az yoğun, ani, süresiz ve zayıf boyutlu fiiller açısından da cinsel saldırı suçunun basit halinin oluştuğunu kabul etmekteydi. Bu tür bir uygulama, aslında cinsel taciz ile cinsel saldırının temelinde yer alan “*cinsel davranışın ağırlığı, yöneldiği bölgeler, sürdüğü zaman dilimi, şehvi hislerin tatminine yönelme*” gibi kıstasları tamamen bir tarafa bırakarak, sadece dokunma, temas etme kıstasıyla suç tipini belirlemeye neden olmuştur. Oysa bizzat Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde cinsel saldırının basit haline karşılık gelen ırza ve namusa tasaddi fiili ile cinsel tacize karşılık gelen sarkıntılık fiillerinin ayrımını¹⁵⁷, ilgili fiilin “*kesik ve ani olması, süresiz olması, yoğun olmaması, ırza tasaddi veya ırza geçmeye teşebbüs boyutuna varmamış olması*” gibi kıstaslar üzerinden yapmaktaydı¹⁵⁸. 765 sayılı TCK döneminde

olmak üzere Yargıtay bir başka kararında “*sanığın olay günü mağdureyi evinin bulunduğu apartmana kadar takip ederek, üçüncü katın merdivenlerinde arkasından sarılıp, ağzını kapatmasını*” vücut temasının gerçekleşmiş bulunması nedeniyle basit cinsel saldırı suçunun tamamlandığına hükmetmiştir (Y. 14. CD., 11.07.2012 T., 3971/8049). Karar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 279, dn. 10.

¹⁵⁷ 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bir taraftan suçun temel halinin cezası artırılırken, diğer taraftan da, cinsel davranışın “*sarkıntılık düzeyinde kalması halinde*” daha az ceza öngörülmüş bulunmaktadır. Sarkıntılık, 765 sayılı TCK’da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişken (m. 421), yeni kanunda olmayan bir kavramdı. Değişiklikten sonra, cinsel saldırı (ve çocukların cinsel istismarı) suçunda cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kanuna döndüğünü görmekteyiz. Bu durumda, önceki kanun uygulamasına başvurmak zorunlu hale gelmiştir. Aynı zamanda, suçun temel halini düzenleyen TCK m. 102/1’in uygulanabilmesi bakımından, “*bedensel temas*” ölçütünün değişiklikten sonra da uygulanmasına devam edileceği ifade edilebilir. Bu açıdan, önceki kanun döneminde sarkıntılık suçunun oluşması için fail ile mağdurun vücutlarının temas etmesinin gerekli olmadığı yönündeki anlayış, TCK m. 102/1 açısından artık geçerliliğini kaybetmiştir. 6545 sayılı Kanun ile sarkıntılık kavramına yer verilmesinin nedeni, normatif ve niceliksel ayrım yapmaksızın, her bedensel temas içeren cinsel davranışın aynı ağırlıkta bir ceza ile karşılanmasının önlenmesidir. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, temel cezaların artırılmasından dolayı sarkıntılık deyimine ayrıca yer verilmesi ihtiyacı oluşmuş; cinsel saldırı (veya çocukların cinsel istismarı) suçunun basit hali (m. 102/1), adeta kendi içinde derecelendirilerek ikiye ayrılmıştır. Bu açıdan, TCK m. 102/1’in ilk haline göre, bedensel temas vaki olduğundan cinsel saldırı çerçevesinde değerlendirilen kimi fiiller, bu son değişiklikten sonra, TCK m. 102/1’in ikinci cümlesi (“*sarkıntılık düzeyinde*” kalan cinsel saldırı) kapsamında değerlendirilmelidir. Öte yandan, eski TCK uygulamasında sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirilen; mağdurun peşinden giderek sırtışıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek, el-kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek tarzındaki hareketler, bedensel temas bulunmaması sebebiyle, ancak cinsel taciz suçu (m. 105) kapsamında ele alınabilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 366).

¹⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 325. “*Sarkıntılık eylemi zaman itibarıyla ani, hareket itibarıyla kesik olup, bu eylemin devamlılık göstermesi halinde fiil ırza ve namusa tasaddi suçunu oluşturacaktır*” (Y. 5. CD., 30.09.1988 T., 3257/ 5850). Karar için bkz. YKD., 1989/7, s. 1039. “*... sanığın, mağdureyi aldığı yere bırakmak üzere getirirken pantolonu üzerinde bacaklarının arasını okşayan sanığın tamamlanan eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu*

öğreti de ittifak ile bu kıstasları kabul etmiş ve sarkıntılığı; “...aleniyet şartı aranmaksızın, ırza tasaddi veya ırza geçme suçuna teşebbüs boyutuna varmayan, mağdur üzerinde devamlılık arz etmeyen ve fakat vücuda temasın da şart olmadığı, söz yazı veya diğer hareketlerle gerçekleştirilen, temelinde cinsel dürtü bulunan fiiller” olarak tanımlamıştı¹⁵⁹.

Kanun koyucu TCK’nın 102. maddesinde sarkıntılığın ne olduğunu tanımlamamıştır. Sarkıntılığın anlamını belirleyebilmek için özellikle 765 sayılı TCK m. 421 hükmü ile bu hükmün uygulanması göz önünde bulundurulmalı demek gerekirse de, belirttiğimiz üzere uygulama, bedensel temas kıstası ile şekillenmiş görünmektedir. Kanun koyucu 6545 sayılı kanun ile TCK m. 102/1 hükmünü değiştirerek, sarkıntılık fiillerini cinsel saldırı suçunun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hafif hali olarak düzenlemiştir. Bundan çıkan sonuca bakacak olursak, kanun koyucu cinsel anlam içeren fiillerin vücuda temas etmesi çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalara son vererek bu fiillerin cinsel taciz olarak değil cinsel saldırı suçu olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş olmaktadır. Bu durumda artık vücuda temas içeren ve cinsel anlam barındıran fiiller şehvi hisleri tatmine yönelmese bile ani, süreksiz, kesintili olsa da belli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmasa da yine de sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunu meydana getirecektir¹⁶⁰.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir tercih doğru olmamıştır. 765 sayılı TCK döneminde öğretinin üzerinde birleştiği ve Yargıtay uygulamasının da yeknesak hale geldiği bu tür fiillerin taciz niteliğinde rahatsız edici hareketler olarak değerlendirilmesi ve cinsel saldırı suçu kapsamında kabul edilmemesi gerekirdi¹⁶¹. Bu

gözetilmeyerek ırz ve namusa tasaddiye eksik kalkışmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 5. CD., 26.05.1999 T., 1504/2518). Karar için bkz. Otacı, s. 153.

¹⁵⁹ Otacı, s. 145; ayrıca bkz. Önder, s. 531, Bakıcı, s. 233.

¹⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 325.

¹⁶¹ TCK uygulaması bakımından, cinsel saldırı suçunun oluşması için Yargıtay tarafından “*bedensel temas*” kıstası kullanılmaktadır. Bu da demek oluyor ki, mağdurla fiziksel bir teması içermeyen cinsel davranışlar, ancak cinsel taciz suçunu (TCK m. 105) meydana getirecektir. Ancak, Tezcan/ Erdem/ Önok, burada bedensel teması gerektiren her türlü sarkıntılık niteliğindeki davranışın ilgili madde anlamında cinsel saldırı oluşturup oluşturmayacağı, olaya eşlik eden tüm koşullar ele alınmak suretiyle, gerek davranışın önemi (normatif) gerekse yoğunluğu ve süresi (niceliksel) dikkate alınarak belirlenmeliydi. Daha önce de belirttiğimiz üzere, mağdurla en ufak fiziksel teması içeren her cinsel davranışın mutlaka TCK m. 102 kapsamına gireceğini söylemek, en azından olması gereken hukuk ve karşılaştırmalı hukuk bakımından, doğru gözükmemekte; işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olmayan aşırı cezaların verilmesine neden olmaktaydı. Yazarlar 6545 sayılı kanun değişikliğinden önce de, bedensel özerkliğin ihlali boyutuna varmayan bedensel teması içeren bir eylemin otomatik olarak TCK m. 102 kapsamında ele alınmayacağını savunmanın yine de mümkün olduğunu belirtmekteydiler. Ne var ki, Yargıtay, niteliği, şiddeti ve devam süresi ne olursa olsun,

yoğunluk ve boyut azlığında olan ani, kesik ve süreksiz şekildeki rahatsız edici fiillerin, açıkça cinsel taciz olarak tanımlanıp bu suçun ceza üst miktarının artırılması, haksızlık içeriğine uyan tipin belirlenmesi açısından daha uygun bir tercih olabilirdi. Nitekim bu tür fiillerin, zorlama bir yorum ve yanlış bir değerlendirmeye cinsel saldırı suçu olarak uygulanması ve sonra da bu uygulamaya hukuki dayanak oluşturmak maksadıyla sarkıntılık niteliğindeki fiillerin m. 102/1 kapsamına alınması hem kanun yapma tekniğine uygunluk ve hem de fiilin haksızlık içeriğinin bu derece geniş tutulması açısından yerinde olmamıştır¹⁶². Daha önce de belirttiğimiz üzere bu değişiklikte, suçun temel şekli ile nitelikli hali arasındaki ceza bakımından söz konusu olan denge de bozulmuş olmaktadır¹⁶³.

5. Nitelikli Cinsel Saldırı (TCK m.102/2)

“*Cinsel saldırı*” suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden bir diğerini ise cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali fiilinin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması¹⁶⁴ suretiyle işlenmesi hali meydana getirmektedir. Ancak suçun işlenmesi açısından bu durum birinci fıkra da belirtilen hareketlere göre daha ağır cezalandırılan bir fiildir. Kanun koyucu TCK m. 102/2’yi düzenlemek

mağdurla fiziksel herhangi bir temasın tespit edildiği her halde, davranışın “*cinsel nitelikli*” olması şartıyla, TCK m. 102’nin uygulanması gerektiği görüşündeydi ve bu uygulama da yerleşik duruma gelmişti (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 365).

¹⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 325-326. Tezcan/ Erdem/ Önok, 765 sayılı TCK bakımından sarkıntılık suçunun oluşması için fail ile mağdurun vücutlarının temas etmesinin gerekli olmadığı yönündeki anlayışın, 5237 sayılı TCK m. 102/1 açısından artık geçerli olmadığını vurgulamaktadırlar. 6545 sayılı Kanun ile sarkıntılık kavramına yer verilmesinin nedeni, normatif ve niceliksel ayırım yapmaksızın, her bedensel temas içeren cinsel davranışın aynı ağırlıkta bir ceza ile karşılanmasının sakıncasıdır. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, temel cezaların artırılmasından dolayı sarkıntılık deyimine ayrıca yer verme ihtiyacı ortaya çıkmış; cinsel saldırı suçunun basit hali (m. 102/1), kendi içinde derecelendirilerek ikiye ayrılmıştır. Bu açıdan, TCK m. 102/1’in ilk haline göre, bedensel temas vaki olduğundan, cinsel saldırı çerçevesinde değerlendirilen kimi fiiller, bu son değişiklikten sonra, TCK m. 102/1’in ikinci cümlesi (“*sarkıntılık düzeyinde*” kalan cinsel saldırı) kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık, eski TCK uygulamasında sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirilen; mağdurun peşinden giderek sırtışıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek, el-kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler, bedensel temas içermediğinden, ancak cinsel taciz suçu (m. 105) kapsamında olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 366).

¹⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 351.

¹⁶⁴ Yazara göre, nitelikli cinsel saldırı bakımından “*organ veya sair cisim*” ifadesi kullanılarak, araçlar bakımından herhangi bir kısıtlama getirilmemesi hatalıdır. Bir taraftan da madde metninde özel kastın yer almayışı hatalı olduğu gibi, çoğu kez başka suçun alanına giren davranışların bu suç tipi ile karışmasına sebep olabilecektir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 29).

suretiyle 765 sayılı TCK dönemindeki “ırza geçme” fiillerini de karşılayacak şekilde geniş düzenlenmiş bir hüküm oluşturmuştur. Suçun daha ağır cezayı gerektiren söz konusu hali bakımından aranacak koşul “vücuda organ ya da cisim” sokulmasıdır. Kural olarak mağdurun vücuduna fail tarafından, kendisine veya başkasına ait bir organ veya herhangi bir cismin sokulmasından bahsetmek gerekecektir. Dolayısıyla sadece failin cinsel (tenasül – üreme) organının mağdura sokulması değil bunun dışında da diğer organların (el, parmak, kol, ayak, dil gibi) ya da bir cismin (cop, sopa, şişe, kalem gibi) sokulması yeterli olacaktır¹⁶⁵. Bahsi geçen cisimlerin sıvı ya da katı olması mühim değildir¹⁶⁶. Ayrıca mağdurun sair cisim sokulması dolayısıyla bir acı hissetmesi de gerekmemektedir¹⁶⁷.

Burada sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile içine bir organ ya da cisim girdirilmeye çalışılan vücut bölgesi arasında “cinsel” bir anlam, bağ veya ilişki olmasının gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 326. “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 Müdürlüğü'nce 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 İhtisas Kuruluna dosya ile birlikte şevki sağlanarak, hymenin yırtılmaksızın parmak sokmasına müsait 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...” (Y. 5. CD., 25.11.2009 T., 11331/13203). Karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.10.2014.

¹⁶⁶ İsmail Malkoç, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Ankara 2009, s. 3; Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 293. Karşı görüş için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 157.

¹⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 214-215.

¹⁶⁸ Bu hareketlerin failde bir cinsel haz doğurması aranmaz. Hareketlerin bizzat şehvi hisleri tatmin amacı taşıması zorunlu değildir. Burada önemli olan failin hareketlerinin cinsel anlam taşıyacak yoğunlukta olması gereğidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 326-327). Failin kastının, davranışın cinselliğini de içermesi gerekliliği hakkında bkz. Yokuş Sevük, s. 259.

Bu anlamdan kasıt, bağ veya ilişki bizzat organ ya da cisim yahut mağdurun vücut bölgesinin cinsel hassasiyet arz etmesinden ¹⁶⁹ kaynaklanabileceği gibi, hareketlerin cinsel bütünlüğünden veya anlamından da kaynaklanıyor olmasıdır¹⁷⁰.

¹⁶⁹ TCK m. 102/2'deki cinsel saldırı suçu, erkeğin cinsel organını bir kadının vajinasına ya da anüsüne veya bir erkeğin anüsüne sokması halinde oluşacaktır. Fakat fiil her zaman bu kadar net oluşmayabilir. Örneğin, failin parmağının ya da bir cismin kadının cinsel organına sokulması durumunda kadının cinsel organı ile cisim ya da failin parmağı arasında cinsel bir bağ bulunmaktadır. Burada cisim ya da parmak cinsel bir organ değildir belki ancak içine sokulmaya çalışılan organın cinsel önemi sebebiyle bir bağ kurulabilmek mümkün olabilmektedir. Aynı şekilde bir kadının, bir erkeğin anüsüne bir cisim sokması durumunda da cinsel anlam içermesi açısından aynı ilişkiyi kurmak mümkündür. Verilen bu örneklerde mağdurun cinsel organına yönelik bir dokunma ve ihlalin söz konusu olduğunu belirtmeliyiz. Mağdurun cinsel organlarına yönelmeyen hareketler de somut olayın özeliğine göre vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde nitelendirilebilir. Örneğin, failin penisini kadının ağzına, göğüsleri arasına, parmakları arasına ya da kulağına sokmaya çalışmasında olduğu gibi. Burada da cinsel anlamı, failin cinsel uzvundan ve müdahalesinin özelliğinden hareketle çıkarmak mümkündür ve TCK m. 102/2'nin oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Normalde kişinin ağzı ya da kulağı cinsel bir uzuv değildir ancak failin yönelen hareketinin cinsel bir bağ kurması ile olaya cinsel bir anlam katıldığını söylemek mümkündür (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ekim 2015, s. 327. Karşı görüş Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3309). Failin fiili ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında böyle bir cinsel bağ, ilişki ve anlam yoksa bu durumda TCK m.102'nin oluşmayacağı belirtilmektedir. Örneğin, failin mağduru zorla öperken dilini onun dudakları arasına ya da ağzına sokması durumunda TCK m. 102/2 oluşmayacaktır (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 129). Burada TCK m. 102/1 (cinsel saldırı fiilinin basit hali) oluşacaktır. Yine failin mağduru zorla öperken parmağını mağdurun kulağına, göğüsleri veya parmakları arasına sokması halinde de bu fiiller vücuda organ ya da cisim sokma olarak nitelendirilemeyecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 327).

¹⁷⁰ Davranışın cinsel nitelikli olmasının, mutlaka cinsel hisleri tatmin amacı doğrultusunda gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı da ileri sürülmektedir. Tezcan/ Erdem/ Önok, örneğin mağdureyi küçük düşürmek için vajinasına kalem sokulmasında failin şehvi hislerini tatmin saiki olmasa da kastının TCK m. 102/2'deki suçun oluşumu için yeterli olduğunu belirtmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 372). Hafizoğulları ise, cinsel amaç dışında bir saikle bir kişinin bir başkasının cinsel uzuvlarına cisim sokması durumunda, TCK m. 102'nin gerekçesinde yapılan açıklamaların tersine cinsel saldırı suçunun oluşmayacağını, sadece kasten yaralama veya hakaret gibi suçların oluşabileceğini ileri sürmektedir. Yazar, “*cinsel amaç*” dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokmak fiilinin “*vücut dokunulmazlığına karşı*” bir suç değil de “*cinsel saldırı suçu*” sayılmasının anlaşılır bir “*gaf*” olmadığını vurgulamaktadır. Hafizoğulları'na göre, cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokarak onu aşağılamak fiili, gerekçede öyle söylene de cinsel saldırı suçuna vücut vermeyecek, her halde hakaret ve müessir fiil suçlarına vücut verecektir. Yazar, bu halde ise, fikri içtimanın söz konusu olacağını ifade etmektedir (Hafizoğulları, ss. 362-363).

Vajinal ya da anal bölgede¹⁷¹ hukuka aykırı bir biçimde muayene yapan kişinin işlediği fiilin cinsel saldırı suçunu mu yoksa genital muayene suçunu mu¹⁷² oluşturacağı değerlendirilmesi gereken bir diğer sorundur¹⁷³. Bir kişinin adli bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında olmaksızın başkasının zorlaması ile hekime başvurmaması durumunda yapılan genital muayene fiilleri, TCK m. 287'deki genital muayene suçunu değil, duruma göre mağdurun yaşı dikkate alınarak mağdur 18 yaşından büyük bir kişi ise cinsel saldırı suçunu, henüz 18 yaşını doldurmamış bir çocuk ise çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır¹⁷⁴.

¹⁷¹ Anüs bölgesinin genital bölge olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar anüsün de genital bölge kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedirler (Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ocak 2012, s. 803; Meran, s. 372; İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149)**, 2. Cilt, Ankara 2013, s. 2552). Bir diğer görüş ise anüsün genital bölge olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir (Yener Ünver, **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, Ankara 2010, s. 366; Mehmet Nihat Kanbur, "Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 287)", **CHD**, Y: 6, S. 16, Ağustos 2011, s. 12). Kanbur, jinekoloji bilimine ilişkin tıp kaynaklarında anüsün dış genital bölge sayılarak genital bölge kapsamında yer aldığını tespit etmiş ve daha sonra bu doğrultuda görüşünü, anüsün de genital bölge olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde değiştirmiştir. Bu konuda geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. Mehmet Nihat Kanbur, "Pelvik Muayene (Vücudun Genital Bölgelerinde Muayene) Fiilleri Bağlamında Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Cezai Sorumluluğu", **IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012 – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi – Editör: Nilgün Sarp – Cahid Doğan)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss. 160, 191. Beyazıt ise, anüsün muayenesinin genital muayene kapsamında değerlendiremeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, Kanunun düzenlemesinde eksiklik olması genişletici yorum yasağı karşısında anal muayenesinin genital muayeneye dahil edilmesi anlamına gelmeyecektir (Özgür Beyazıt, "Genital Muayene Suçu", **CHD**, Yıl: 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 158).

¹⁷² TCK'nın 287. maddesi ile getirilen düzenlemenin özellikle örf ve adetlerin ağır bastığı belli yerlerde yaygın şekilde uygulanan, insan onuruyla bağdaşmayan ve doğrudan kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmekle neticelenen bekaret kontrolünün cezai yaptırıma tabi tutulduğu ifade edilmektedir. Genital muayeneyi kanunun çizdiği sınırlar içerisinde yaparak yapan hekimin, eylemi hukuka uygun olacağından elbette neticeden sorumluluğu olmayacaktır (Tuba Özalp, Faruk Özalp, **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, 2. Baskı, Mart 2016, s. 326).

¹⁷³ Kanbur, **Genital Muayene Suçu**, ss. 22-25.

¹⁷⁴ TCK m. 287 nitelik itibarıyla ancak bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında yani bir adli vakıa çerçevesinde yetkili hakim ve savcının göndermesi gerekirken, bu muhakeme usulüne uyulmamasına dayanan bir muayene işleminden kaynaklanan cezai sorumluluğu ifade etmektedir. Bunun dışında kalan ve bir muhakeme usulü atlanmış olduğu için değil de, doğrudan cinsel bütünlüğe müdahale şeklinde ortaya çıkan fiiller için TCK m. 102 veya m. 103 gündeme gelecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, s. 327; Kanbur, **Genital Muayene Suçu**, s. 22). Ünver, TCK m. 287'de düzenlenen genital muayene suçunun cinsel suçlar içerisinde yer alması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, bu suç tipi TCK'da düzenlenirken, kanun koyucu bu suç adliye karşı suçlar içerisinde düzenlemiştir. Yazara göre, gerek madde metnindeki hatalı düzenlemeler, gerek korunan hukuksal değerlerin cinsel özgürlük olması ve diğer suçlara nazaran özel norm olarak düzenlenmesinin ceza yaptırımı açısından neden olduğu olumsuz sonuçlar dikkate alındığında yapılacak bir kanuni düzenlemeyle bu suçun da TCK'da cinsel suçlar içerisinde yer alması gerekmektedir. Bu görüşe göre, haksız arama suçunun dahi kişinin hürriyetine karşı suçlar içerisinde düzenlenmesine karşılık, genital muayene suçunun korumayı hedeflediği hukuksal değerler içinde öncelikle ve ilk sırada olan cinsel dokunulmazlık ve özgürlüğün dikkate alınmayıp, adliye karşı suçlar içinde düzenlenmesi yerinde olmamıştır (Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, ss. 443-458; Ünver, **Cinsel Suçlar**, s. 25).

Yetkili hakim ve savcı kararı olmasına karşın yetkili sağlık personeli kararda yer alan muayene ve müdahale sınırını bilerek ve isteyerek aşmışsa, örneğin hakim kararı sadece kasık bölgesindeki dış yüzeyden sıvı örneği almaya ilişkin olmasına rağmen, yetkili sağlık personeli bu örnek almanın dışında kişinin cinsel organına yönelik amaçlanan muayene dışı müdahalelerde bulunursa (*Genital bölgeleri elleme, okşama, cinsel ilişki, organ ya da sair cisim sokma, elle okşama, cinsel organları ile sürtünme, dille yalama gibi*) yine TCK m. 102 veya m. 103'den sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷⁵.

Cinsel saldırı fiilinin nitelikli hali (*vücuda organ ya da sair cisim sokulması*) açısından fiilin gerçekleştirilememiş olmasının hukuki niteliği de tartışmalı bir başka husustur. Acaba fail, vücuda organ ya da sair cisim sokmak istemiş ama sokamamışsa, m. 102/2'ye teşebbüsten mi yoksa m. 102/1'deki fiilin tamamlanmış olmasından mı sorumlu olacaktır? Bir suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁷⁶. Zira TCK'da da suçun nitelikli haline teşebbüsü yasaklayan bir düzenleme yoktur. Bakılması gereken suçun temel ve nitelikli haline ilişkin unsurların somut eylem bakımından gerçekleşmiş olup olmadığıdır. "*Vücuda organ yahut sair cisim sokmak suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal*" bakımından organ yahut sair cisim sokulmaya çalışılmış fakat failin elinde olmayan bir nedenle sokulamamış ise artık eylemin teşebbüs aşamasında kalmış olduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla failin organ ya da sair bir cismi mağdura sokamaması suretiyle neticenin meydana gelmediği hallerde failin sorumluluğu m.102/1'deki cinsel saldırının basit halinin tamamlanmış şeklinden değil, m. 102/2'deki cinsel saldırının nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalmış biçiminden olacaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Kanbur, Genital Muayene Suçu, s. 22; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 1165.

¹⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 327; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 162.

¹⁷⁷ Karşılaştırmak için bkz. Yenidünya, s. 3294; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 369-370. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir: "*Oluş ve delillere göre; sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V.'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip "... benim olacaksın, buradan ölüün çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme" diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (Y. 5. CD., 22.01.2008 T., 2007/11586, 2008/161). Karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 13.07.2015.

Öğretide ayrıca kişinin başka birisine cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir vasıta kullanmak suretiyle bizzat kendisine organ ya da cisim sokturmaya çalışması durumunun tabi olacağı cezai sorumluluğun ne olduğu da tartışılmıştır. Örneğin, bir kadının zorla bir erkeğin organını kendisine sokturmaya zorlaması ya da kişinin kendi vücuduna bir cisim sokmaya zorlanması (*örneğin mağdure kadının kendi vajinasına bir cisim sokmaya zorlanması*) hallerinde zorlayan kişilerin sorumluluğu bizim de

katıldığımız görüşe göre dolaylı faillik¹⁷⁸ yoluyla¹⁷⁹ TCK m. 102/2'deki cinsel saldırının nitelikli hali olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰. Zorlanan kişinin yapmaya maruz

¹⁷⁸ Yargıtay, failin, kendisine mağdurun organını sokturmasının, nitelikli değil, basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı sonucuna varmaktadır. Bunun sebebi, böyle bir halde mağdura bir organ ya da cisim girmemiş olması olarak açıklanmaktadır. “Suçun mağduru Mesut’a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında; dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması...kanuna aykırıdır.” (Y. 5. CD., 03.05.2010 T., 14703/ 3231). TCK m. 103 bakımından aynı yönde bkz.: “Sanık E..’nin, nüfus kayıt örneğine göre 12 yaş 10 aylık olan mağdur H..’nin cinsel organını kendi cinsel organına sokturduğu, sanık tarafından işlenen bu olayda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmadığı, sanığın bu eyleminin, TCK’nın 103/1. maddesinde yer alan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan ve “mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması” suretiyle işlenebilen aynı maddenin 2. fıkrasındaki suçu oluşturmadığı...” (Y. 14. CD., 08.10.2013 T., 7470/ 10266). “Suç tarihinde çalıştığı işyerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru “peçeten var mı” biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayaküstü sohbet etmeye başlaması ve akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet etmesi, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve gelmeleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığıyla porno videolar göndermesi, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucığına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek acilen toparlanıp evden ayrılması biçiminde gerçekleşen olayda;

... Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.04.2011 tarihli raporunda, mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği hususlarının açıkça belirtildiği, Eylem, 5237 sayılı TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanunî tanımında “vücuda organ veya sair cisim sokulması” şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirilmediğinden anılan Kanunun 103/2. maddesinde yer alan çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı, Dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştükleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK’nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı...” (Y. 14. CD. 02.03.2015 T., 2013/ 6245, 2015/ 2305) (Kararlar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 369-370, dn. 119).

Buna karşılık, mağdurun kendi kendine cisim sokmaya zorlanması halinde ise (örneğin, failin zorlamasıyla, mağdurun kendi anüsüne bir cisim sokmaya mecbur kalması), dolaylı faillik yoluyla m. 102/2’deki suçun oluştuğu ifade edilebilecektir (Tuğrul, s. 89). Zira bu halde mağdura cisim girmiştir. Bununla birlikte ortaya çıkan bu tereddütleri gidermek açısından TCK m. 102/2’de “vücuda organ ya da cisim sokmak veya sokturmak” şeklinde bir değişikliğe gidilmesinin yararlı olacağı şeklindeki görüşe katılmaktayız (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 370).

¹⁷⁹ Bu suçla ilgili olarak, bir kimsenin başkasını zorlayarak kendi vücuduna bir şey sokturması, belirttiğimiz gibi öğretide dolaylı faillik kurumuna atıfla izah edilmeye çalışılmaktadır ki (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 160), Ünver’e göre bu yaklaşım hem dolaylı faillik kurumuna aykırı hem de suçun faillik ve mağdurluk unsurlarına aykırıdır. Dolaylı faillikte bir kimse başkasına, üçüncü bir kişiye karşı suç işletmektedir. Faillik ve mağdurluğun aynı kişide birleşemeyeceği ise, yazarca bilinen bir kural olarak vurgulanmakta ve dolaylı failliğe atıf yapan yazarların görüşü takip

bırakıldığı harekete göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Buna göre zorlanan kişi kendi cinsel organını veya bir başka organını, zorlayan kişiye sokmaya yönlendiriliyorsa bu durumda cinsel saldırı suçu oluşacaktır¹⁸¹.

Vücudun cinsel anlam içeren bölgelerine örneğin kadının vajinal, anal bölgelerine; erkeğin ise anal bölgesine organ veya cismin girmesi, kadının veya erkeğin ağzına oral yoldan, failin cinsel organının girmesi yeterlidir. Ne kadar girdiğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁸². Girip girmediği belli değilse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, girmediği kabul edilmelidir¹⁸³. Fiillerin basit ve nitelikli hallerine ilişkin ceza miktarlarının alt ve üst sınırlarının kesişiyor olmasının fiilin tam olarak nasıl gerçekleştiğinin ispatlanması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı vurgulanmaktadır. Buna göre vücuda organ ya da sair cisim sokulması halinin tespit edilememesi halinde o ana kadar gerçekleşen fiillerin herhangi bir suç tipine vücut verip vermediğinin ayrıca değerlendirilmesi ve ispatlanması zorunlu olacaktır¹⁸⁴.

Daha önce de belirttiğimiz üzere öğretide, nitelikli cinsel saldırı suçunun meydana gelebilmesi için failin organının veya sair bir cismin mağdurun vücuduna “tamamen”

edilirse, faille mağdur aynı kişi ve dolaylı fail olarak izah edilecektir ki, bu durum kabul edilemez. Burada fail kendi hukuksal değerini ihlal ediyorsa, zaten bir suçtan bahsedilemez. Failin kendi üzerindeki organ sokma hareket dilimiyle kısıtlı bir değerlendirme bizi yanıltacaktır. Bu kısım itibarıyla, öğretinin dolaylı fail olarak adlandırdığı bu kişinin eylemi bir başka kişiye karşı hukuksal değeri ihlal eden ve suç teşkil eden bir eylem olmalıdır ki, bir suçun varlığından söz edilebilsin. Bu gerçeklik, bizi üzerinde baskı, cebir veya şiddet uygulanan kimsenin yapmak zorunda olduğu eylemlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir ki, bu kişi istemediği halde kendisi cinsel davranışlara zorlanmaktadır ve bunu gerçekleştiren ve öğretinin dolaylı fail dediği, mağduru cinsel davranışlara zorlayan kişidir. Burada baskıyı veya cebri uygulayan kimse, diğer kişiye karşı cinsel saldırı suçunu işlemektedir ve fail cebir veya şiddeti uygulayan, mağdur ise istemediği halde cinsel hareketleri yapmaya zorlanan kişi olmaktadır (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 29-30).

¹⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 369; Yenidünya, s. 3292; Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3310-3311. Öğretide aksi yönde olmak üzere bu hallerde TCK m. 102/1’in oluşacağı ileri sürülmüştür (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 293-294).

¹⁸¹ Ancak zorlanan kişinin, zorlayan kişiye kendi organları dışında bir cisim sokmaya yönlendirilmesi halinde, cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanmış olduğu (TCK m. 109/5) sonucuna varmak daha uygun olacaktır (Karşılaştırınız Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 29-30).

¹⁸² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 330; aynı yönde bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 32.

¹⁸³ Öğretide yer alan bir görüşe göre, kanun koyucu da aslında adaleti santim adaletine dönüştürmemek ve organ ya da sair cismin girip girmediği yolundaki tartışmaları engellemek için m. 102/1 maddesindeki eylem için öngörülen cezanın üst sınırı ile aynı maddenin 2. fıkrasındaki eylem için öngörülen cezanın alt sınırını aynı miktarda belirlemiştir (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3242 vd). Ne var ki, 2014 değişikliği ile 2. fıkradaki cezanın alt sınırı 12 yıla çıkarılmış olduğundan, söz konusu dengenin bozulduğu ifade edilmektedir (S. Sinan Kocaoğlu, **Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)**, Ankara 2016, s. 130).

¹⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 329; ayrıca bkz. Barry Sankol, “Der »minder schwere Fall des besonders schweren Falles« einer sexuellen Nötigung nach § 177 StGB”, **StV**, 607 – 610, Heft 10, 2006, s. 3.

veya “*hemen hemen tamamen*” girmiş olması aranmaktadır¹⁸⁵. Burada sokulan cisim veya organın tamamen girmiş olması veya cinsel tatmini kesinlikle sağlayacak oranda girmesi ya da failin soktuğu cismin tümüyle vücuda duhul edilmesi gibi bir koşul bu suç için aranmadığı gibi netice olarak failin boşalma anlamında tatmin olması da aranmamaktadır. Bütün bunlardan çıkan sonuç olarak burada kanunda yazılı olmayan bir şekilde belirli bir oran ya da santimlere indirgenecek bir tartışma yapılması anlamsız olacaktır. Sair organ veya cismin kısmen sokulması da, vücut dokunulmazlığı üzerinde cinsel özgürlük hukuksal değerini ihlal ettiği için bu suç açısından cinsel duyguları tatmin gibi bir özel kast da aranmadığından, cinsel organ veya sair cismin kısmen sokulmasıyla bu suçun tamamlandığını söylemek gerekir. Kanun koyucu organın tamamen girmesi, cinsel tatmini sağlayacak elverişte girmesi ve belli bir süre mağdurun vücudunda kalması gibi belli bir unsuru bu suç açısından aramak niyetindeyse, bu durumu suç tipinde ayrıca düzenlemesi gerekir¹⁸⁶.

6. Cinsel Saldırı Suçunun İhmali Hareketle İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu

Cinsel saldırı suçu kural olarak icrai bir şekilde işlenebilen bir suçtur. Öğretide bir görüşe göre ise, bir kişinin ırzına geçilirken, bunu önleme ile yükümlü olan kişilerin bilerek ve isteyerek buna müdahale etmemeleri halinde, ırza geçilme neticesinin ortaya çıkmasına bilerek ve isteyerek engel olmamaları durumu, ihmali surette cinsel saldırı suçunu meydana getirecektir. Aynı görüş, üzerinde cinsel saldırı suçu halen gerçekleştirilmekte olan mağdura, bu fiili, kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli hareket nedeniyle önlemek ve neticeyi engellemekle yükümlü olan görevlinin de bilerek ve isteyerek yardım etmemesi durumunda, ihmali surette cinsel saldırı suçunu işlemekte olacağını ileri sürmektedir¹⁸⁷.

Katıldığımız görüşe göre ise, bir suçun ihmali hareketle de işlenebileceğinin kabulü bakımından yasada açık düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle bu tür hallerin

¹⁸⁵ Soyaslan, s. 243.

¹⁸⁶ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 32.

¹⁸⁷ Kanbur, bu sonuca, PYSK m.1’de yer alan “*polis memurlarının halkın can, mal ve ırz güvenliğini korumakla yükümlü tutulması*” hükmüne dayanarak varmakta olduğunu belirtmektedir (Mehmet Nihat Kanbur, “Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, **CHD**, S. 18, Nisan 2012, s. 66).

şartları varsa suça iştirak hükümleri içerisinde değerlendirilmesi daha yerinde bir değerlendirme olacaktır¹⁸⁸.

D. Suça Etki Eden Haller

1. Genel Olarak

Cinsel saldırı suçunun;

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

*b) Kamu görevinin, **vesayet** veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*¹⁸⁹,

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

d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre faile verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 102/3).

TCK madde 102/3 hükmü, 6545 Sayılı Kanun'un 58. maddesi ile değiştirilerek yukarıda belirttiğimiz suça etki eden hallerden altı çizili olarak gösterilen "**vesayet**",

¹⁸⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 330. Ünver'de bu konuda ihmali surette iştirakin bulunduğunu savunmaktadır. Belirttiğimiz gibi, cinsel saldırı suçunun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu suçlar icrai hareketle işlenebilir ihmali hareketle işlenemezler. Bununla birlikte, suça yardım eden kişilerin eylemi önleme yükümlülüğü bulunuyorsa ve bunu kasten yerine getirmiyorsa, ihmali hareketiyle cinsel saldırı suçuna katılabileceğini kabul etmek gerekir. Yazara göre örneğin, TCK'nın 278. maddesinin 2011 yılının Haziran ayında iptaline konu olan kararına (Anayasa Mahkemesinin 30.06.2011 T., 2010/52 E., 2011/113 K. Sayılı kararı için bkz. RG., 15.10.2001/ 28085) esas teşkil eden maddi olayda olduğu gibi, aynı ev içerisinde diğer kardeşe karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırı eylemini defalarca görmesine rağmen önlemek için hiçbir harekette bulunmayan annenin ihmali hareketle bu suça iştirak ettiği kabul edilmelidir (bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 30).

¹⁸⁹ TCK'nın nitelikli hal olarak düzenlediği durumlar Alman Ceza Kanunu'nda müstakil hükümler olarak kaleme alınmıştır. İki kanun arasında yöntem bakımından farklılık olsa da içerik bakımından benzerlik olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan, Alman Ceza Kanunu'nda mahkumlar ve özgürlüğü kısıtlanmış kişilere karşı bu fiillerin işlenmesi hali de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İki kanun arasındaki farklılık aslında işkence suçuna yaklaşımlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. TCK m. 94/3 işkence suçunun cinsel taciz şeklinde işlenmesini nitelikli hal olarak düzenleyerek konuyu işkence suçu içinde çözümlemiştir. Oysa Alman Ceza Kanunu, işkence değil, "*İfade Zorlaması (Zorla İfade Alma)*" (§ 343) başlığı altında bir hüküm vazederek konuyu daha farklı şekilde değerlendirdiğini göstermektedir.

**“ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından”,
“İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların
sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle”** ifadeleri metne eklenerek ilk defa olarak düzenlenmiştir. Madde metninde suçu etkileyen hallerden biri olarak belirtilen **“Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur”** şeklinde düzenlenmekte olan beşinci fıkra hükmü¹⁹⁰ ise aynı kanunla madde metninden çıkarılmıştır.

2. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

Cinsel saldırının, mağdurun belirli bir durumundan yararlanılarak işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal¹⁹¹ olarak düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁹².

¹⁹⁰ Burada suçun işlendiği tarih nazarı dikkate alındığında 6545 sayılı Kanundan önce işlenen suçlar açısından bu nitelikli halin gündeme gelmesi halinde Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararında da gözetdiği şu hususun altının çizilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay; Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre, reşit olan mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın tam olarak tesbit edilebilmesi için gerekli muayenenin suç tarihinden itibaren en az oniki ay geçtikten sonra yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu şu karar örnek olarak verilebilecektir: “Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre, reşit olan mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın tam olarak tesbit edilebilmesi için gerekli muayenenin suç tarihinden itibaren en az oniki ay geçtikten sonra yapılması gerektiği, 03.03.2012 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurenin ruh sağlığının bozulmadığına dair... Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından oniki aylık süreden önce düzenlenen 03.04.2012 günlü raporun bu nedenle eksik olduğu gözetilerek, tekrar usulüne uygun olarak Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulu ya da Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23 ve 31. maddeleri gereğince teşekkül ettirilmiş Yüksek Öğretim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alındıktan sonra, sanığın cezasının TCK’nın 102/5 maddesiyle artırılıp artırılmayacağı hususunda karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.” (Y. 14. CD., 17.02.2016 T., 2014/ 2362, 2016/ 1375) Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 329-330, dn. 60.

¹⁹¹ “Mağdure ile ilgili Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.12.2007 tarihli raporunda mağdurede orta ile hafif derece sınırında zekâ seviyesi bulunduğu belirtilmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla kendisine karşı işlenen eylemin ahlâki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek durumda olup olmadığı ve özellikle beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği hususları araştırılıp, rapor alınmasından sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 14. CD., 26.02.2014 T., 2013/ 6153, 2014/ 2369). Karar için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 08.09.2016.

¹⁹² Ünver’e göre, her ne kadar öğretide bu hükmün yerinde ve önemli olduğu, mülga TCK zamanında önce 9 yaşın, daha sonra ise, 12 yaşın altındakilerin sadece bu yaşta olmaları dolayısıyla fiile mukavemet edemeyecekleri yönündeki ayrımı kaldırdığı ileri sürülmekte ise de, bu tespit yerinde değildir. Yeni metin, bu ağırlatıcı sebebin uygulama alanını daha da genişletmiş ve sadece fiziki değil, aynı zamanda ruhsal bakımdan da mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasını ağırlatıcı sebep saymıştır. Burada mağdurun ruhsal durumu dışında kalan her türlü etken, eğer mağdurun kendisini savunamayacak duruma girmesine yol açıyorsa, yine bu nitelikli hal

Bu nitelikli halin söz konusu olabilmesi, mağdurun bedeni veya ruhi durumunun¹⁹³ cinsel saldırıya karşı koyabilecek durumda olmamasına bağlıdır. Mağdurun ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması, psikolojik olarak yapılan cinsel davranışın ahlaki kötülüğünün farkında olmaması; beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olması ise yapılan cinsel saldırıyı fiziken önleyememe veya engel olamaması durumunu anlatmaktadır¹⁹⁴. Mağdurun beden veya ruh sağlığının fiile mukavemet serbestisini ortadan kaldırmış olması aranmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin konuyla alakalı 05.02.2007 tarih ve 605-577 sayılı kararında, kayden 1909 doğumlu olan mağdurun, yaşı olması nedeniyle beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak halde bulunduğu ve bu nedenle fail hakkında 102/3-a hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁵.

Beden veya ruh bakımından kişinin kendisini savunamayacak olması hali fiilin işlenmesi sırasında mevcut olmalıdır. Bu halin geçici veya sürekli¹⁹⁶ ya da tıbbi

uygulanacaktır. Öğretide belirtilenin aksine, 9 veya 12 yaştan küçüklerin otomatik olarak bu bent kapsamında görülmesi, kanun metninden değil, bu yöndeki Adli Tıp Kurumu kararlarını sorgulamaksızın kanun hükmüymüş gibi uygulayan yargı organları nedeniyledir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 34).

Kendisini savunamayacak durumdaki kişilere karşı işlenen cinsel suçlar, Al.CK. § 179'da müstakil bir suç olarak düzenlenmiş idi. Esasen cinsel suçların işlenmesi için her durumda mağdurun iradesinin bertaraf edilmesi ve kendini savunamayacak halde olması gerekir. Öte yandan § 179 ile amaçlanan hastalık, engelli olma gibi haller nedeniyle hiçbir halde kendisini savunma imkanı olmayan kişileri korumakta idi. Alman Hukuku'nda bu fiillerin daha ağır olduğu ifade edilmekte idi (Dagmar Oberlies, "Selbstbestimmung und Behinderung Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?", **ZStW**, S. 114, Heft 1, 2002, s. 131; Fischer, s. 80; Küpper, s. 76). İlgili madde 10.11.2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

Somut olayda 13 yaşındaki mağdur bir arkadaşıyla at çiftliğine gider. Çiftliğin sahibi kendisini ata bindirir ve gıdıklamaya başlar. Ellerini mağdurenin tişörtünün içine sokarak göğüslerine dokunur. Mağdurenin itirazı üzerine hareketine son verir. Alman Yüksek Mahkemesi bu olayda mağdurenin açıkça iradesini beyan edebildiğini ve bu şekilde faili durdurabildiğini dikkate alarak 179. maddenin oluşmadığına karar vermiş idi (Karar için bkz. Wolfgang Pfister, "Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts - 2004/2005", **NStZ-RR**, 2005, s. 361).

¹⁹³ Beden bakımından, örneğin yaşlılık, fiziksel güçsüzlük nedeni olan bir hastalık, mağdurun felç olması gibi kendini cinsel saldırıya karşı savunamayacak olması örnek gösterilmektedir. Aynı şekilde, sağır ve dilsiz olma, körlük, aşırı şişmanlık, hastalık nedeniyle beden güçsüz bulunmak gibi örnekler de sıralanmaktadır (Bkz. Korkusuz, s. 828).

¹⁹⁴ Yenidünya, s. 3295, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 294; Gerçeker, s. 2035.

¹⁹⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ekim 2015, s. 293.

¹⁹⁶ Mağdurun savunma olanağını tamamen ortadan kaldıracak nitelikteki akli ve bedeni maluliyetlerini bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Mağdurun bedeni ya da ruhi maluliyetinin devamlı ya da geçici olmasının önemi bulunmamaktadır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 217; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 294-295, dn. 62). "Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen raporda, mağdure orta ile hafif sınırda zeka geriliği mevcut olduğu bildirilmiş olmakla birlikte; maruz kaldığını iddia ettiği ırza geçme eylemine muvakemete muktadir bulunup bulunmadığı, eylemin ahlaki redaetini idrak edip edemeyeceği hususlarında görüş belirtilmediğinden, bu hususlar da sorularak rapor alınması ve mağdurenin çelişkili ifadeleri

anlamda bir hastalık olup olmamasının önemi bulunmamaktadır¹⁹⁷. İhtiyar, sakat veya hasta kişilere karşı¹⁹⁸ bu fiillerin yapılması durumunda da beden olarak kişinin kendisini savunamayacak durumda olduğu kabul edilir¹⁹⁹. Akıl hastalarını da²⁰⁰

üzerinde de durularak mahallinde keşif yapıp, suçun işlenmesine elverişli bir yer olup olmadığı da saptandıktan sonra sonuca göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hükme varılması...” (Y. 5. CD., 21.03.2007 T., 1393/2141). “Sanığın savunması, mağdurenin anlatımları, tanık N.B.’nin beyanı, mahkemenin 07.10.2005 tarihli duruşmadaki gözlemi ve tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin kronik şizofreni hastası olup İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu’nun 23.11.2011 tarihli raporundan suç tarihinde olayın ahlaki redietini idrak edip fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmadığı, 2003 yılından itibaren mağdurenin kapı komşusu olan sanığın da mağduredeki bu akıl hastalığını bilerek eylemini gerçekleştirdiği anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 06.12.2011 T., 589/ 4624) (Kararlar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2015).

¹⁹⁷ “Sanığın aşamalarda zeka geriliği olduğunu bildiğini söylediği mağdure hakkında, ...Üniversitesi Hastanesinden alınan raporda; mağdurede hafif derecede zeka geriliği bulunduğu ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılamakta güçlük çektiğinin belirtilmesinin ardından; Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen raporda ise mağdurede hafif derecede zeka geriliği saptandığı, bu zeka geriliğinin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına engel teşkil edecek mahiyet ve derecede olmadığı, olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olduğu bildirilmiştir. Suçun oluşumuna etkisi bakımından anılan raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için olay tarihinde mağdurede akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, var ise hekim olmayanlar ile yakın çevresi ve tanıyanlar tarafından anlaşıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığı ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı hususlarında, Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınarak karar verilmesi gerekir.” (Y. 14. CD., 27.01.2016 T., 2014/ 10106, 2016/ 775). Karar için bkz. Özbe/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 330, dn. 63.

¹⁹⁸ “Mağdure ile ilgili olarak soruşturma evresinde Ordu Devlet Hastanesinde görevli psikiyatri uzmanı tarafından düzenlenen 08.04.2013 günlü, 702 sayılı rapor ile Ordu Adli Tıp Şube Müdürlüğünde görevli adli tıp uzmanınca tanzim edilen 09.04.2013 günlü, 280 sayılı rapor ve kovuşturma evresinde Samsun 19 Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi bünyesinde oluşturulan 6 kişilik heyetçe düzenlenen 30.04.2013 günlü, 1157 sayılı ve 30.05.2013 günlü, 1486 sayılı heyet raporlarında mağdurenin sınır düzeyde mental kapasiteye sahip olduğu, bu nedenle mağduru bulunduğu olaya karşı bedenlen veya ruhen kendisini savunabilecek durumda olduğu bildirilmiş ise de, mevcut raporların içerikleri itibariyle yetersiz olduğu anlaşılmakla mağdurenin dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna sevk edilerek kendisinde mental retardasyon rahatsızlığı olup olmadığı, varsa bundan dolayı eyleme karşı bedenlen veya ruhen kendisini savunup savunamayacağı, durumunun hekim olmayanlarca anlaşıp anlaşılamayacağı ve beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında ayrıntılı rapor alınarak buna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri. gerekirken eksik inceleme. ile yazılı şekilde hüküm. kurulması...” (Y. 14. CD., 26.02.2014 T., 2013/ 11714, 2014/ 2416). (Karar için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 05.08.2016).

¹⁹⁹ İhtiyarlar ve sakatlar faile karşı kendini savunamayacak konumda olduklarından bunlara karşı saldırı nispeten kolay gerçekleştirilmektedir. Fail de bu durumdan istifade etmektedir. Mağdurun bedenlen hasta olması da kendini savunmasını engelleyecektir. Fail bu durumdan yararlanarak fiilini gerçekleştirmiş olmalıdır. Mağdurun sahip olduğu hastalık mağduru sürekli ya da geçici olarak faile karşı mukavemetten alıkoyuyor olmalıdır (Soyaslan, ss. 244-245).

²⁰⁰ “Nitelikli cinsel saldırı suçunda; soruşturma aşamasında Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan ve mağdurenin akıl hastalığı sebebiyle kendini savunmayacak durumda olduğuna dair iki hekim tarafından düzenlenmiş raporun dava açılması için yeterli olduğu, bu raporun yetersiz görülmesi halinde yargılama aşamasında davaya bakacak mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Kurulundan görüş alınabileceği gözetilerek; Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Kurulundan rapor aldırılması gerektiği gerekçesiyle iddianame iade edilmişse de iddianamenin iadesi kararına

kendisini ruh bakımından savunamayacak durumda olan kişiler arasına dahil etmek gerekir²⁰¹. Bu durumda mağdur eylemin ahlaki kötülüğünü, anlamını hiçbir surette

itirazın kabulüne karar verilmesi gerekir.” (Y. 14. CD., 18.02.2014 T., 21/ 1917) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 17.05.2016). “Dosyada bulunan Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 26.09.2012 tarihli, raporu ve yine bu kapsamda Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilimdalı Başkanlığınca düzenlenen 03.07.2013 tarihli raporda mağdurede hafif orta derecede zeka geriliği olduğu ve bu durumun hekim olmayanlarca da anlaşılabilceği belirtilmiş ise de adli raporlarda zeka seviyesinin hafif-orta mental reterdasyon olarak tespit edilmesi, MEB Kütahya Rehberlik ve Araştırma Merkezi Müdürlüğü’nün 20.01.2000 tarihli yazısında mağdurenin zekasının eğitilebilir düzeyde olduğunun bildirilmesi, sanığın aşamalarda mağdurenin akıl hastası olduğunu bilmediğini beyan etmesi ve mağdure ile evlenmek için girişimlerde bulunduğunun anlaşılması karşısında tam bir vicdani kanaatin oluşması bakımından mağdurenin Adli Tıp ilgili İhtisas Kuruluna gönderilerek, fiilin ahlaki redietini idrak edip edemeyeceği, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, kendisinde akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, akıl hastalığı var ise bu durumun hekim olmayanlar tarafından anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunda rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 14. CD., 17.02.2014 T., 2013/ 10736, 2014/ 1709) (Karar için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 15.06.2016).

²⁰¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 330. Akıl hastaları yapılan fiilin anlamını algılayacak yeterlilikte olmayıp, çoğu zaman kendilerinde psikolojik direnme gücü olmayabilir. Akıl hastalarında psikik direnme gücü olmadığı için fail bundan yararlanarak bu kişiye cinsel saldırıda bulunmaktadır. Görünürde mağdurun rızası vardır ancak fail mağdurun psikik eksikliğinden yararlanmaktadır. Eksikliğini kötüye kullanmakta ve akıl hastalığı da mağduru geçici veya devamlı olarak mukavemetten alıkoymaktadır. Mağdurun akıl hastası olup olmadığını belirleyecek olan bilirkişidir. Mahkeme, uygulamada mağduru akıl hastanelerine veya adli tıba göndermekte, oradan gelecek rapora göre bir karar vermektedir. Soyaslan’ın verdiği örnek kararda Yargıtay, mağdurun “embesil” olup olmadığını adli tıbbın incelemesi gerektiğine karar vermiştir (Y. 5. CD., 10.03.1992 T., 434/ 750) (Bkz. Soyaslan, s. 245).

kavrayamamaktadır²⁰². Ayrıca mağdurdaki beden ve ruh hali²⁰³ fail tarafından fiil işlenmeden önce²⁰⁴ bilinmelidir²⁰⁵.

Beden hastalığının söz konusu olduğu durumlarda, mağdur cinsel saldırıya karşı, fiziki olarak mukavemet edebilmek olanağına sahip bulunmamaktadır²⁰⁶. Bu durum kişinin felçli olması, iç hastalıklar dolayısıyla bünyesinin çok zayıf olması gibi

²⁰² Ruh bakımından kendini savunamayacak halde olma, mağdurun savunma imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte akli maluliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yazarlara göre, mağdurun saflığı deneyimsizliği gibi haller suçun işlenmesinde failin iradeyi yanıltmada faydalanabileceği durumlar olmakla birlikte, tek başına iradeyi büsbütün kaldıran hallerden sayılamazlar (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 293-294).

²⁰³ Yargıtay suçun neticesinde mağdurun beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden rapor alınarak saptanması ve bu rapora göre hüküm kurulması gerektiği yönünde kararlar vermekte ve ilk derece mahkemelerini de bu şekilde karar vermeye yönlendirmektedir. Bu yönde, Y. 5. CD., 08.06.2006 T., 3693/ 5192 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 13.07.2014.

²⁰⁴ “Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu’nun 30.06.2004 ve 20.08.2008 günlü raporlarında “kendisinde orta ile hafif derece sınırında zeka geriliği zemininde eksaltasyon hali saptanan mağdurenin olayın ahlaki redietini idrak edemeyeceği, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmayacağı, beyanlarına kuvvetli delillerle desteklendiği takdirde ana hatlarıyla itibar edileceği, durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği” bildirilmiş olması ve sanığın da imzası bulunan teşhis tutanağında mağduredeki zeka geriliğine dair ibarenin mevcut bulunması nazara alınarak mağdurenin bu durumunun sanık tarafından bilinip bilinmediğinin saptanabilmesi ve tutanak içeriğinin doğru olup olmadığının belirlenebilmesi açısından mağdurenin halası Gönül Koçak ile tutanak mümzilerinin tanık sıfatıyla dinlenilmesi, ayrıca 29.05.2008 günlü oturumda şikayetinden vazgeçtiğini bildiren Vesile Ocak’ın mağdurenin yasal temsilcisi olup olmadığı ve şikayetinden vazgeçmesinin geçerli bulunup bulunmadığının araştırılmasından sonra olayda zor kullanılmadığı da gözetilip hasıl olacak sonuca göre suç niteliğinin tayin ve takdiri ile bir karara varılması gerekirken eksik araştırmaya yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 14.10.2009 T., 9951/ 11456). Karar için bkz. Tuğrul, ss. 82-83, dn. 208.

“Kronik şizofren tanısı konulan ve ruh bakımından kendini savunabilecek duurmada olmadığı tesbit edilen, eylem tarihinde 26 yaşında bulunan mağduredeki bu durumun sanık tarafından bilinmediğinin ileri sürülmüş olmasına göre; mağdurenin AdliTıp Kurumu ilgili ihtisas Kuruluna gönderilerek; söz konusu rahatsızlığın nitelikli cinsel saldırı fiiline mukavemet etmesini engelleyecek akıl hastalığı niteliğinde olup olmadığı beden veya ruh bakımından kendini savunup savunamayacağı, akıl hastalığı niteliğindeyse bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılabilirliği, ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor alınması...” (Y. 5. CD., 17.06.2009 T., 6933/ 7679). (Karar için bkz. www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi:28.04.2015).

²⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 294, dn. 42; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3641. “Sakarya Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 25.09.2009 tarihli raporunda mentalretarde hali bulunan mağdurun işlenen suça karşı beden ve ruh bakımından kendini savunacak durumda olmadığı belirtilmesi, bu raporu destekler mahiyetteki Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 31.01.2011 tarihli raporu, sanığın 21.10.2009 tarihli dilekçesi ve 02.12.2009 tarihli celsedeki ikrar içeren savunmalarıyla aşamalarındaki beyanlarında mağdurun akıl hastası olduğunu bildiğini belirtmesi karşısında, tebliğnamedeki mağdurun akıl hastası olup olmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiği konusunda bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” (Y. 14.CD., 07.05.2012 T., 2472/ 5135). Ayrıca bkz. Y. 14. CD., 06.11.2012 T., 10901/ 10809 (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.05.2015). Failin, bu konuda kuşkulu olduğu hallerde bu nitelikli unsur bakımından da olası kasttan sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir (Bkz. Önder, s. 460). Failin mağdurdaki bedensel veya ruhsal arazi bilmemesi ve bu konuda hataya düşmesi halinde TCK’nın 30. maddesindeki hata hükümlerinden yararlanması gerektiği hususu hakkında bkz. Tuğrul, ss. 82-83.

²⁰⁶ Önder, ss. 459, 460; Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 18.

şekillerde karşımıza çıkabilecektir. Mağdurun sağır dilsiz ya da görme engelli olması da, fiile direnci önemli ölçüde azalttığı takdirde bu kapsamda değerlendirilebilecektir²⁰⁷.

Belirtilen bu nitelikli hal, kişinin kendini savunamayacak hale bizzat kendisinin düşürmesi halinde de, failin fiili işlemesi durumunda²⁰⁸ uygulanacaktır²⁰⁹.

Mağdurun alkollü olması durumunda nasıl hareket edileceği ayrıca tartışmalı bir husustur. Mağdurun alkollü olmasının her durumda kendisini beden veya ruh bakımından savunamayacak duruma getirdiğini söylemek mümkün değildir. Burada alkolün iradi olarak alınıp alınmamasının önemli olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Bu durumlarda eğer mümkün ise alkolün mağdur üzerindeki etkisi bakımından adli tıptan rapor alınması, mümkün değil ise tanık beyanları ile alkolün mağdur üzerindeki etkisinin hüküm kapsamında kalıp kalmadığının (kendisini savunamayacak hale getirip getirmediğinin) belirlenmeye çalışılması hususu vurgulanmaktadır. Ancak söz konusu husus kesin olarak belirlenemiyor ise şüpheden sanığın yararlanması gerektiği ve bu nitelikli halin uygulanmaması gerektiği de ayrıca belirtilmektedir²¹⁰.

Mağdurun beden veya ruh sağlığı bakımından kendini savunamama hali bilirkişi raporu ile tespit edilmelidir²¹¹. Yargıtay uygulamasında mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak halde olup olmadığı ve bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında, Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas

²⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 293; Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 19.

²⁰⁸ Yazarlara göre de, mağdurun kendini savunamayacak hali, bizzat kendi fiilinden kaynaklanabileceği gibi, mağdur fail tarafından da bu duruma sokulabilecektir. Ancak failin fiiliyle bu hale gelmesinde cinsel saldırı amacı olmamalıdır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 295).

²⁰⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 330; Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 69-71; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 375. Örneğin, kendi kendisine uyuşturucu enjekte ederek baygın halde yatan kişi ile bu halden istifade ederek cinsel ilişkiye girilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3314-3315). Gündel ise, “*kişinin alkol, uyuşturucu madde ve benzeri yöntemlerle fiile mukavemet edemez hale getirilmesinde bu fıkranın uygulama kabiliyeti olmayacaktır. Çünkü bu fiiller suçtaki rıza dışılığı sağlayan maddi unsurlar içerisinde değildir. Suçun unsurunu oluşturan bir etkenin ayrıca ağırlaştırıcı neden kabul edilmesi olanaklı değildir. Mükerrer cezalandırmak gibi bir sonuç ortaya çıkar*” diyerek karşı görüşünü belirtmiştir (Bkz. Gündel, s. 16).

²¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331.

²¹¹ Soyaslan, s. 245. Cinsel saldırı suçunun mağdurunun beden veya ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak halde olup olmadığı hususunun, bir uzmandan, mümkün olduğu kadar adli tıp uzmanından alınacak rapora göre değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır (Tuğrul, s. 81; ayrıca bkz. Akçin, ss. 113-115, Yokuş Sevrük, s. 266).

Kurulundan rapor alınması ve sonucuna göre hüküm kurulması zorunlu görülmektedir²¹².

3. Suçun Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden biri de kamu görevinin²¹³ veya hizmet ilişkisinin²¹⁴ sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halidir. Failin mağdur üzerinde gerek kamu görevinden gerekse hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanmış olması burada ortak olan noktadır²¹⁵. 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile, bu bende vesayet ilişkisi²¹⁶ eklenerek nitelikli hal kapsamına alınmıştır. Bu tür ilişkilerde mağdurun direncinin kırılmasının daha kolay olması nedeniyle bu nitelikli halin kabul edildiği ileri sürülmektedir²¹⁷. Buna örnek olarak, öğretmenin öğrencisi üzerinde kamu görevinden kaynaklanan veya patronun işçisi üzerinde hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kullanılması

²¹² “Mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan rapor alınmadan Adli Tıp Kurumu Denizli Şube Müdürlüğüne düzenlenen raporla yetinilmek suretiyle ve noksan araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 18.02.2009 T., 2008/ 14919, 2009/ 1833). “Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.05.2008 günlü raporu ile, “mağdurede orta derecede zeka geriliği bulunduğu” belirtilmiş olup; bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulundan ek rapor alınması gerekirken, Zonguldak Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 11.09.2008 günlü raporu ile yetinilerek eksik tahkikatla hükme varılması...” (Y. 5. CD., 24.06.2009 T., 6971/ 8299) (Kararlar için bkz. Tuğrul, ss. 81-82; dn. 207)

²¹³ TCK m. 6/1-c: “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır.

²¹⁴ Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (Türk Borçlar Kanunu m. 383/1). İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir (TBK m. 383/2). Ayrıca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe. özel bir şekle tabi değildir (İş Kanunu m. 8/1).

²¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331; Gerçekler, s. 2037; Dursun, s. 68.

²¹⁶ Bahsi geçen “vesayet ilişkisi” ibaresi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir. TMK’nın 396 ila 494’üncü maddeleri arasında “vesayet” müessesesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331).

²¹⁷ Yenidünya, s. 3296; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 295. Kamu buyurma gücünden, paradan ya da vasilik görevlerinden kaynaklanan bu güç, fail bakımından mağdur üzerinde bir çeşit tahakküm meydana getirir. Bu sayede fail kendisini güçlü konumda hissederken, mağduru ise zayıf olarak nitelendirir (Soyaslan, s. 245). Örneğin, cinsel saldırı suçunun amir, vasi veya işveren tarafından işlenmesi halinde olduğu gibi, burada failin sıfatının ya da konumunun suçu işlemek konusunda sağladığı kolaylık göz önüne alınmıştır (Toroslu, Özel Kısım, s. 64).

suretiyle cinsel saldırı fiillerinin işlenmesi gösterilebilir²¹⁸. Şayet fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşi ya da birbirleri üzerinde bir otorite veya tasarruf yetkisi bulunmuyorsa, sadece belirtilen sıfatlara sahip olunması yeterli olmayacak ve bu durumda sözü geçen nitelikli hal uygulanamayacaktır²¹⁹. Bu duruma örnek olarak da öğretmen olan birisinin başka bir okulda olan öğrenciye karşı aralarında nüfuz ilişkisi bulunmadan cinsel saldırı fiilini işlemesi hali gösterilebilir ki, bu halde sözü geçen nitelikli hal uygulama alanı bulamayacaktır²²⁰.

Türk Medeni Kanunu'nun 396 ila 494. maddeleri arasında yer alan vesayet kurumunun, vasi olan kişiye vesayet altındaki küçük ya da kısıtlı üzerinde mutlak bir nüfuz sağladığının tartışmasız olduğu vurgulanmaktadır²²¹. TMK m. 403'e göre, vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Gerçekten de, vasinin vesayet altındaki kişi üzerinde mutlaka bir nüfuzu söz konusu olacağından, vesayet ilişkisinin tespit edilmesinden sonra, bundan bir nüfuzun doğup doğmadığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmadığı da ifade edilmektedir²²². Zira nüfuzun anlamı, mağdur üzerinde etkinlik ve istenileni yaptırabilme olarak tarif edilmektedir²²³.

Kamu görevlisi failin, görevinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak yapacağı cinsel davranışlara mağdurun katlanmasını sağlamış olması aranmaktadır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması da belirtildiği üzere yeterli değildir. Görevinden kaynaklanan etkileyebilme gücünü cinsel davranışları gerçekleştirmeye zemin hazırlamak bakımından kötüye kullanmış da olmalıdır²²⁴.

²¹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331.

²¹⁹ Bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 71-72. Burada asıl önemli olan hususun kamu görevinin ya da hizmet ilişkisinin faile sağladığı imkan ile fiil arasında illiyet bağı kurulabilmesi olduğu ifade edilmektedir (Şen Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt: 1, (Madde 1 – Madde 140), İstanbul 2006, s. 386).

²²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331.

²²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 331. Vesayet ilişkisinin devam ediyor olması nitelikli halin uygulanabilmesi için gereklidir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 376).

²²² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 376.

²²³ Soyaslan, s. 246. Vasinin, vesayet altındaki kişiye cinsel saldırıda bulunduğu hallerde, ancak fiil ile vesayet bağı arasında illiyet bağı söz konusuysa ilgili nitelikli halin uygulanacağı belirtilmektedir (Kocaoğlu, s. 201).

²²⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 295.

Aynı şekilde mağdur üzerinde hizmet²²⁵ ilişkisinden²²⁶ kaynaklanan nüfuzun failce kötüye kullanılarak cinsel saldırının gerçekleştirildiği durumlarda da²²⁷ bu

²²⁵ Yalnızca mağdurla beraber aynı yerde çalışıyor olmanın da sağladığı kolaylıkla suçun işlenmiş olmasının bu kapsamda olmayacağı da belirtilmektedir (Tuğrul, s. 99). Aynı işyerinde çalışan fakat eşit konumda olan ya da birbiri üzerinde herhangi bir tasarruf ve otoritesi bulunmayanlar bakımından ilgili nitelikli hal uygulanamayacaktır (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 66). “Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun sözkonusu olamayacağı gözetilmeyerek 103/1 maddesiyle tayin olunan cezanın 103/3 maddesiyle artırılması...bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 5. CD., 15.09.2008 T., 8023/ 7751) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 377, dn. 164).

²²⁶ Hizmet ilişkisinin kamusal ya da özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesinin önemi bulunmamaktadır. Hizmet ilişkisi, borçlar ve iş hukukuna göre yazılı ya da şifahi; süreli ya da süresiz; ücretli ya da ücretsiz her şekilde kurulabilen bir akit olarak tarif edilmektedir. Burada önemli olan, fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin olması ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemiş olmasıdır. Özel şirket patronunun işçisini cinsel davranışa zorlaması bu hale örnek olarak verilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 376, Soyaslan, s. 246).

²²⁷ İşçiye yakın kavramlar olmalarına rağmen çırak ve stajyerlerin Türk iş hukukunda işçi sayılmamakta olduğunu belirtmek gerekmektedir. İş görme ve ücret, iş sözleşmesinin unsurları olarak ifade edilmektedir. Çıraklık sözleşmesinde ise esaslı unsurun, iş görme borcu değil, mesleki bir faaliyetin öğrenilmesi olduğunu görmekteyiz (Bkz. Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 124). Konumuz bakımından stajyerin ise bir meslek alanında teorik eğitim gören kimse olup, mesleki bilgilerini geliştirmek amacıyla çalıştığını belirtmeliyiz. Bu sebeple stajyer ve çıraklar ücret elde etmek amacıyla çalışmadıklarından işçi sayılmayacaklardır. İşyerinde geçirdikleri süreye karşılık ücret ödense bile yerine getirilen faaliyetin iş sözleşmesinin varlığı sonucunu doğurmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır (Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 26; ayrıca bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2014, s. 162). Bu kimselerin işçi sayılmamalarının ve İş Kanunu kapsamında olmamalarının uygulamada bazı işverenlerin belirtilen çalışma ilişkilerini dolanmasına sebep olduğu da belirtilmektedir. Yargıtay’ın verdiği kararlara baktığımızda, işin niteliği, çalışan kimsenin ne oranda üretim faaliyetine katıldığı, çalışmasının işçi düzeyinde bir çalışma olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğinin ifade edilmekte olduğunu ve yerine getirilen faaliyet işçi düzeyinde yapılıyorsa kişinin işçi kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmekte olduğunu görmekteyiz (Y. 9. HD., 08.04.2008 T., 12812/ 7878) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 29.05.2015) (Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 02.12.2009 T., 42975 /33400) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 29.05.2015) (İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru ve çırak ve stajyerlerin durumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan Sevil**, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016, ss. 27-28).

Burada avukat ve avukat stajyerlerinin durumuna değinilecek olursa; 1136 sayılı Avukatlık Kanununun (RG., 07.04.1969/ 13168) Staj raporları başlıklı 24. maddesine göre; “*Staj, Adalet Komisyonunun, baronun ve yanında çalışılan avukatın gözetimi altında yapılır. Stajyer hakkında, yanında staj gördüğü hakimler, Cumhuriyet savcıları tarafından staj durumu, mesleki ilgisi ve ahlaki durumunu belirten bir belge verilir. Yanında staj görülen avukat tarafından, ilk üç ayın bitiminde ve staj süresinin sonunda da kesin olarak, staj durumunu ve adayın mesleki ilgisi ile ahlaki durumunu da kapsayan bir rapor verir.*” Staj süresinin uzatılması başlıklı 25. maddesine göre ise, “*Baro yönetim kurulu, stajyer hakkında verilen raporları değerlendirir, gerektiğinde kurul üyelerinden birini görevlendirmek suretiyle yapılacak inceleme sonuçlarını da göz önünde tutarak staj bitim belgesinin verilmesine veya staj süresinin altı aya kadar uzatılmasına karar verebilir. Yönetim kurulunun bu kararı kesindir.*” Stajyer ve çırakların ücret elde etmek amacıyla çalışmadıklarından, işçi sayılmayacaklarını belirtmiştik. Ayrıca, söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması da aranmaktadır. Nüfuzun anlamı ise, mağdur üzerinde etkinlik ve istenileni yaptırabilme olarak tarif edilmektedir. Burada, Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği (RG., 19.12.2001/ 24615) hükümlerine baktığımızda avukat ile avukat stajyeri arasında ücret ilişkisinin düzenlenmemiş olduğunu görmekteyiz. Yine aralarında tam bir bağımlılık ilişkisinden söz

nitelikli hal uygulanacaktır²²⁸. Nitekim resmi ya da özel kurumların genel müdür, müdür veya yöneticilerinin veya özel teşebbüs sahiplerinin buralarda çalışanlar üzerinde²²⁹ hüküm ve nüfuz sahibi oldukları, örneğin çalışanların terfi ya da tayin veya görevlerinden uzaklaştırılma olanağını ellerinde bulundurdıkları veya ücretlerini yükseltme ya da izin verebilme gibi çeşitli yetkiler kullandıkları açıktır²³⁰.

edebilmenin de güç olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Çünkü avukatın stajyeri üzerinde etkinlik ve istenileni yaptırabilme bakımından yalnızca bir rapor düzenleme yetkisinden bahsedilmekte, ancak bu raporun olumsuz olmasının tek sonucunun altı aya kadar staj süresinin uzaması olduğu görülmektedir. Yargıtay, bu tür durumlar için çırak ve stajyerilerin işçi sayılmamalarının ve İş Kanunu kapsamında olmamalarının uygulamada bazı işverenlerin belirtilen çalışma ilişkilerini dolanmasına sebep olduğunu da belirtmektedir. Buna göre, yerine getirilen faaliyet işçi düzeyinde yapılıyorsa, kişinin işçi kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmekte olduğunu ifade etmekle birlikte, avukat ve stajyeri arasındaki ilişki bakımından ilgili nitelikli halin üzerinde durduğumuz gerekçeler nedeniyle uygulanamayacağı düşüncesindeyiz.

²²⁸ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 295; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 218; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 376; Şeref Gürkan, Ahmet Uğuz, “Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar”, **AD**, S. 27, Yıl: 98, Ocak 2007, s. 254. “Başsavcivekili olarak görev yapmakta olan sanığın, kendisiyle birlikte çalışmak üzere görevlendirilen ve bu nedenle çeşitli vesilelerle odasına girmek zorunda kalan zabıt katibesi mağdureyi sözle taciz etmek, okşamak ve öpmek şeklindeki eylemleri zincirleme olarak kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırıda bulunmak suçunu oluşturur.” (YCGK., 26.05.2009 T., 5 MD-187/ 128) (Karar için bkz. İhsan Akçin, Kemalettin Erel, Coşkun Halitoğlu, Süleyman Bozoğlu, Yüksel Fazla, Fatma Betül Örer, Özcan Özbey, **Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2012)**, Ankara 2012, s. 471).

²²⁹ Yargıtay, mağdur işten ayrıldıktan sonra artık bu nitelikli halin uygulanmayacağı yönünde kararlar vermektedir. “Sanığın dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından...” (Y. 5. CD., 15.09.2007 T., 7481/ 6548) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 377, dn. 162).

²³⁰ Aynı şekilde kamu görevlilerinin de, kamu görevlisi olmalarından, keza vasinin de bu sıfatın verdiği yetkilerden kaynaklanan nüfuzu (otoriteyi), suiistimal etmeleri eylemin işleniş bakımından mağdurun direncini azaltacağından bu nitelikli unsur kabul edilmiş bulunmaktadır (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Önder, ss. 471-475). “Mağdurenin aşamalarda sanığı önceden tanımadığını o gece konsomatris olarak gazonoda işe başladığını, kendisini işe alanın işyeri mesul müdürü tanık Cemal olduğunu ve cinsel saldırı olayının gece geç vakitte sanığın odasına günlük ücretini almaya gittiğinde ve maddi cebirle işlendiğini ifade etmesi karşısında 5237 sayılı TCK.nun 102/3-b maddesi anlamında hizmet ilişkisinin nasıl ve ne şekilde kurulduğu ile eylemin nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenip işlenmediği hususunun ayrıntılı ve yasal gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan sanığa verilen cezanın anılan madde ile artırımı tabi tutulması suretiyle fazla ceza tayini...” (Y. 5. CD., 29.03.2011 T., 569/ 2395). Ayrıca bkz. Y. 5. CD., 22.05.2006, 2762/ 4262. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.04.2014.

4. Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi

Mağdurla fail arasında 102/3-c maddesinde belirtilen derecede akrabalık ilişkisinin olması, cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerden biridir²³¹. 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile, m. 102/3-c bendine “*üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık*” ilişkileri de eklenerek nitelikli halin çerçevesi genişletilmiştir²³². Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için belirtilen akrabalık ilişkilerinin bulunması yeterlidir, ayrıca aralarında bir nüfuz ilişkisinin bulunması aranmamaktadır²³³. Burada belirtilen akrabalık ilişkisinin var olup olmadığı hususu da Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.

6545 sayılı Kanunla getirilen yeni ibarelerin kimleri kapsadığı hususu belirsiz olup, bu konuda Türk Medeni Kanunu’na bakılması gerekli olsa da TMK bu ibareleri tanımlamış ya da düzenlemiş değildir. Kanunun 339. maddesinde sadece “*üvey çocuklar*” düzenlenmiştir. Bu durumda üvey çocuk esas alınarak “*üvey baba, üvey ana, üvey kardeş*” ibarelerinin kimleri kapsadığı da yine Medeni Hukuk ilkeleri çerçevesinde belirlenmelidir. Belirttiğimiz üzere, 6545 sayılı kanun m. 58 ile TCK m. 102/3’e “*evlat edinen veya evlatlık*”²³⁴ ibareleri eklenerek cinsel saldırı suçunun bu

²³¹ Alman Ceza Kanunu’nun 173. maddesine göre, alt soyla gerçekleştirilen cinsel ilişki bir saldırı niteliğinde olmasa dahi cezalandırılabilir (StGB § 173). Burada amaçlanan nesebin sıhhatinin korunmasıdır. Gerçekten, bu suçun oluşabilmesi için mağdurun 18 yaşından büyük olması gerektiği vurgulanmaktadır. Şayet mağdur 18 yaşından küçükse, fail bu durumda StGB § 174 vd. hükümlerine göre cezalandırılacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 331-332, dn. 70).

²³² Gelenek görenek ve akrabalık ilişkileri, yine kişiler arasındaki üveylik ve evlatlık ilişkileri, mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kullanma olanağını ortaya çıkarabilir. Bu gibi hallerde hem fiilin işlenmesi kolaylaşmakta, hem de mağdurun mukavemeti daha kolay aşılabilmektedir. Örneğin, failin üvey annesi (Y. 14. CD., 18.10.2012 T., 4534/ 10228), yeğeni (Y. 14. CD., 03.07.2012 T., 7249/ 7623), gelinine (Y. 14. CD., 20.02.2012 T., 1395/ 1857) karşı bu tarz fiilleri icra ettiği hallerde, söz konusu nitelikli hal uygulanabilecektir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 219, dn. 45-48; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3642, dn. 263-266).

²³³ 765 sayılı TCK’ya bakıldığında bu kişilerin sadece yakınlığa sahip olmalarının yetmediğini ayrıca hüküm ve nüfuz sahibi olmalarının da aranmakta olduğu görülmektedir. TCK m.102’de ise bu koşul aranmamıştır. 765 sayılı kanunun 417. maddesi şu şekildeydi: “*Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna dışarı olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.*” Ayrıca bu nitelikli halin uygulanması için kuşkusuz failin böyle bir akrabalık ilişkisi içerisinde olduğunu bilmesi de gerekmektedir (Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3318-3320).

²³⁴ 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce, TCK m. 103’te fail ile mağdur arasında evlatlık ilişkisinin olması bir ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmişken, TCK m. 102’de buna yer

kişiler tarafından işlenmesi hali de yeni bir nitelikli hal olarak getirilmiştir. Bu yeni ibarelerin kimleri kapsadığı konusunda 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 305 ile m. 320 arasındaki hükümlere bakarak değerlendirme yapılması uygun olacaktır²³⁵.

Örf ve adetlerle bağlantılı olarak akrabalık ilişkisi failin mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kurmasını sağlayabilir. Fail, normal bir kişiye nazaran aradaki akrabalık ilişkisi sebebiyle daha rahat bir şekilde mağdura yaklaşabilmekte ve fiilini gerçekleştirebilmektedir. Buna göre, alt ve üst soy arasında, amca, hala, dayı, teyze ve bunların çocuklarıyla, aynı dereceden kayın hısımları arasında²³⁶ gerçekleştirilen cinsel saldırılar açısından bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır²³⁷. Belirttiğimiz üzere, Türk Medeni Kanunu'na göre belirlenecek olan bu hısımlık derecesi dışında kalan akrabalar arasında gerçekleşen cinsel saldırılarda, akrabalık ilişkisi TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında "a" bendi çerçevesinde ceza tayin edilirken hakim tarafından göz önünde bulundurulabilecek bir durumdur²³⁸. Kan ve kayın hısımlığı dışında kalan ve mağdur ile fail arasında üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen ve evlatlık ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda da, bu ilişki nedeniyle fail mağdurla rahat bir şekilde irtibat kurmakta, bu irtibatın yarattığı kolaylıkla fiilini gerçekleştirebilmektedir. Yine bu ilişki, kan ve kayın hısımlığında olduğu kadar olmasa bile fail ile mağdur arasında belli ölçüde bir nüfuz kullanma olanağını taşımaktadır. Fail, tüm bu hususların ona sağlamış olduğu kolaylıktan yararlanmak suretiyle fiilini gerçekleştirmektedir. Kanun koyucu da bu hususu gözetmiş olacak ki, 6545 sayılı Kanunla cinsel saldırı fiilinin "üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık" tarafından gerçekleştirilmesini nitelikli hal olarak kabul etmiş bulunmaktadır²³⁹.

verilmemesinin hatalı olduğu belirtilmekteydi. Çünkü, TCK'nın 102/3-c maddesinde belirli akrabalıklar düzenlenirken, evlatlık ve evlat edinen statülerinin ve üvey baba, üvey anne ilişkisinin de cezayı artırıcı neden olarak düzenlenmemiş olması eksiklik olarak değerlendirilmekteydi (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 35-36; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 302).

²³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 332.

²³⁶ Kayın hısımlığı eşlerden biri ile diğer eşin akrabaları arasında söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla eşlerden biri ile diğer eşin üçüncü dereceye kadar kan hısımları arasındaki cinsel saldırılar açısından bu nitelikli hal uygulanacaktır. Buna karşılık, örneğin eşlerden birinin kardeşi ile diğer eşin kardeşi arasında cinsel saldırı söz konusu olduğunda bu nitelikli halin uygulanması söz konusu değildir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 296, dn. 67).

²³⁷ Toroslu, Özel Kısım, s. 64; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 296; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 218-219; Parlar/Hatipoğlu, s. 828.

²³⁸ Gürkan/Uğuz, s. 255.

²³⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 296.

5. Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali de TCK m. 102/3 kapsamında yer alan nitelikli hallerden birisidir²⁴⁰. Faile cesaret vererek fiilin icrasını kolaylaştırdığı ve üzerinde ciddi korku oluşturduğu mağdurun direncini kırdığı için, cinsel saldırının silahla işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir²⁴¹. Silah kavramının tanımı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının “f” bendinde yapılmıştır²⁴². Dolayısıyla bu kapsama giren bir vasıta ile cinsel saldırının işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanması gerekir. Burada silahın kullanılmasını, somut olayda bilfiil kullanılmış olması biçiminde anlamamak gerektiği belirtilmektedir²⁴³. Silahın bizzat ateşlenmesine ya da doğrultulmasına gerek olmayıp, mağdurun iradesinin etki altına alınmasında etkili olması gerekli ve yeterli olmaktadır²⁴⁴.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi²⁴⁵, suçun icrasını kolaylaştıran bir nitelik gösterdiği ve mağdurun direnmesini de anlamsız hale getiren

²⁴⁰ “Dosya içeriği ve oluşa göre, sanıkların birlikte ve zor kullanarak mağdurenin direncini kırdıktan sonra aynı zaman ve mekanda önce sanık M., sonra da sanık S. tarafından organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri anlaşılmalı, sanıkların bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmalarından dolayı haklarında TCK'nın 102/2 ve 102/3-d maddelerine göre belirlenen cezanın teselsül nedeniyle aynı Yasa'nın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle karar verilmesi...” (Y. 5. CD., 26.11.2009 T., 11360/ 13245). Karar için bkz. www.hukukturk.com., Erişim Tarihi: 07.09.2015.

²⁴¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 297; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 219; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3642; Gerçekler, s. 2036.

²⁴² TCK madde 6/1: “Ceza kanunlarının uygulanmasında; f) Silâh deyiminden; 1. Ateşli silâhlar, 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.”

²⁴³ “Mahkemece, sanığın eylemini av tüfeği ile tehdit ederek gerçekleştirdiği kabul edildiği halde, 5237 sayılı TCK'nun 102/3-d maddesinin tartışılmaması...” (Y. 5. CD., 23.01.2007 T., 2006/13952, 2007/154). “Oluşa uygun kabule göre; sanık cinsel saldırı suçunu işlerken bıçak kullandığı halde hakkında 5237 sayılı TCK'nun 102/3-d maddesinin tartışılmaması...” (Y. 5. CD., 24.01.2007 T., 13120/182). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 02.10.2014.

²⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 332-333; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 378; Yenidünya, s. 3297; Parlar/Hatipoğlu, s. 829; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 297. Gerçeğine çok benzeyen kurusıkı veya oyuncak tabanca da somut olayda kişinin mukavemetini ortadan kaldıracak biçimde teşhir edilmişse bu nitelikli hal uygulanmalıdır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 219).

²⁴⁵ “Dosya kapsamına göre sanıklar B. İle Ö. 'in diğer sanık S. 'in işlediği nitelikli cinsel saldırı suçuna olay anında arracın hemen yanında hazır beklemeleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi anlamında iştirak ettikleri ve bu haliyle her üç sanık hakkında cinsel saldırı suçundan hüküm tesis edilirken 5237 sayılı TCK'nın 102/3-d maddesinin uygulanması ve sanıklar B. İle Ö. hakkında da

bir işbirliğinin varlığı sebebiyle cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir²⁴⁶. Maddede belirtildiği gibi faillerin en az iki kişi²⁴⁷ olması gerekir. Birden fazla kişi tarafından cinsel saldırının gerçekleştirilmesi açısından bakıldığında, bu kez de kişilerin aynı cinsel davranışın çeşitli kısımlarını yalnız ya da birlikte işlemeleri gerekli ve yeterli olacaktır²⁴⁸. Burada mağdurların aynı ya da farklı kişiler olmasının önemi yoktur²⁴⁹. Önemli olan birden fazla kişinin bulunmasının suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir unsur olma özelliği taşımasıdır²⁵⁰. Fıkra da bulunan “birlikte” teriminin ifade ettiği anlam²⁵¹, birden fazla kişinin cinsel saldırı suçunu

aynı Kanun’un 39. maddesinin uygulanmaması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Y. 14. CD., 15.09.2011 T., 326/ 236) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.08.2015).

²⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 297; ayrıca bkz. Dursun, s. 68.

²⁴⁷ “Sanık Atakan’ın nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sırada diğer odada bulunan sanık Ali Yavuz’un 5237 sayılı TCK’nın 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 sözkonusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılması bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 5. CD., 07.07.2008 T., 6187/ 7373). Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 378, dn. 172.

²⁴⁸ TCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasında bir suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte icra edenlerin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Buna göre cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek failliğin koşullarının oluştuğu bir işbirliği halini, iştirak halini ifade etmektedir. Buna göre, bir kişinin gerçekleştirdiği katkı, bizzat cinsel bir davranış olmasa dahi, diğer failin veya faillerin cinsel davranış gerçekleştirebilmesini mümkün kıldığı takdirde müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayacaktır. Örneğin, mağdurenin kaçmasını engellemek amacıyla kapıyı tutan kişi müşterek fail sayılacak ve m. 102/3-d çerçevesinde nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır. Buna karşılık sadece şerik sayılmayı gerektirecek nitelikte suçun icrasına katkıda bulunanların varlığı halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Cinsel saldırının bir başkasını azmettirerek veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, söz konusu nitelikli hal uygulanamayacaktır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 219-220; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 297; Akçin, ss. 119-122). İlgili nitelikli halin uygulanması için en az iki kişinin suça birlikte fail (TCK m. 37/1) katılmış olması gerekli olmakla birlikte, bunların tamamının cinsel saldırıda bulunması gerekli değildir. Bu nedenle birlikte faillerden birisi, suçun cebir unsurunu, diğeri ise, cinsel davranış unsurunu gerçekleştirdiğinde de ilgili nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmektedir (Bkz. Önder, ss. 470-471).

²⁴⁹ Öğretide bazı yazarlara göre ise faillerin fiili aynı mağdura yönelik olmalıdır. Fail ve mağdurlar birden fazla olmakla birlikte her biri bir başka kişiye cinsel saldırıda bulunmuşsa bu nitelikli hal uygulama alanı bulamayacaktır (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 378; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 220). Ancak yazarlara göre, faillerin ve mağdurların birden fazla olması fiilin diğer mağdurların iradelerini etki altına almaları bakımından engel oluşturmaz. Buna göre failler birden fazla sayıda olmak suretiyle gerek aynı gerekse farklı mağdurlara sayıca üstünlüklerinden kaynaklanan kolaylıktan yararlanarak “iradelerini daha rahat etki altına alarak” fiili daha büyük kolaylıkla işleyebilmektedirler. Bu sebeple söz konusu nitelikli hal cinsel saldırı fiillerinin mağdurlarının birden fazla olması halinde de uygulanabilmelidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 333, dn. 76).

²⁵⁰ Öğretide, bu konuyla ilgili olarak, örneğin mağdurenin kaçmasını engellemek için kapıyı tutan kişinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi ve m. 102/3-d çerçevesinde cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 297).

²⁵¹ Bu nitelikli halin uygulanması için birden fazla kişinin “birlikte” suçu işlemesi gerektiğinden söz edildiğinden, azmettiren ve yardım edenler bu sayıya dahil edilmemektedir

işlerken beraberce hareket etmeleri olup²⁵², bu kişilerin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir. Birden fazla kişiyi oluşturanlardan birinin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması, nitelikli halin uygulanmasına engel değildir (örneğin, kişinin 15 yaşından küçük ya da akıl hastası olması)²⁵³. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması şart değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırı suçunda da bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır²⁵⁴.

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

18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla, TCK m.102/3'e (e) bendi olarak **"insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle"** ibaresi eklenmiştir. İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu bulunan ortamlar, özellikle cinsel içerik taşıyan

(Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 296). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli hal, varsa, bunu bilen azmettiren ve yardım edenler bakımından uygulanacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 379).

²⁵² "Cinsel saldırı eyleminde kendi evini tahsis ettiği, sanık Hakan ile mağdureyi yalnız bıraktığı, evden çıkarken kapıyı kilitlediği, bu şekilde cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında yardımda bulunarak, fiilin icrasını kolaylaştırdığı kabul edilen sanık Yasemin'in TCK.nun 39. maddesi gereğince "yardım eden" konumunda bulunduğu icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı ve kabulünde bu yönde bulunmasına göre, 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 sanıklar hakkında cinsel saldırı suçundan tayin olunan cezaların 102/3-d maddesi ile artırılması..." (Y. 5. CD., 21.01.2011 T., 9486/ 261). Aynı yönde bkz. Y. 5. CD., 18.02.2010 T., 14000/ 1259; Y. 5. CD., 17.07.2008 T., 8617/ 9674. (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 219-220, dn. 49).

Yargıtay uygulamasına göre, faillerin aynı zaman ve mekanda, birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemeleri halinde, bizzat gerçekleştirdikleri eylemlerle birlikte her bir failin diğerinin eylemine TCK m. 37 çerçevesinde fail olarak katılmış olması kabul edilerek haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 373). "Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirlerken mağduru birlikte darp etmek suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-d maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43. maddesinin de uygulanması gerekir." (Y. 5. CD., 01.07.2010 T., 3186/ 5869) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.11.2015).

²⁵³ Ayrıca cinsel saldırı suçunun tamamlanmış olması da gerekmez. Suç teşebbüs aşamasında kalsa bile söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 220). "Sanık Murat'ın suçu yaş küçüklüğü nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen Hasan ile birlikte gerçekleştirmiş olduğu anlaşılması karşısında TCK.nun 417'nci maddesi uygulanarak cezada artırma yapılması gerekirken eksik cezaya hükmolunması..." (Y. 5. CD., 10.02.1993 T., 93/ 489). Karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.06.2015.

²⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 296; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 378.

fiillerin daha kolay işlenebilmesine olanak sağlamakta olduğundan²⁵⁵, bu tarz yerlerde işlenen cinsel saldırı fiillerinin daha ağır ceza ile karşılanması, bir caydırıcılık oluşturabilir²⁵⁶. Ancak hükümde yer alan *insanların toplu olarak yaşamak zorunda olduğu ortamların* nereler olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır²⁵⁷. Bu bentle ilgili tartışmalar sırasında, Adalet komisyonu görüşmelerinde de kışla, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, hapisane²⁵⁸, hastane gibi yerler örnek olarak verilmiş ve madde gerekçesinde belirtilen örnekler gösterilmiştir²⁵⁹.

Öğretide bir görüşe göre, bu yeni bendin uygulanmasında doğru olan insanların sürekli ve fiili olarak birlikte yaşama halleriyle sınırlı bir yorum yapmaktır. Belirtilen örneklerin yanı sıra okul dışındaki özel öğrenci pansiyonları, hastanedeki yakınlarına refakat etmek için belli bir süre o hastane yakınlarındaki otel, motel, misafirhane gibi birlikte yaşanan yerler, inşaat işçilerinin inşaat veya şantiye içinde barındıkları yerler, askeri yatakhaneler, ceza ve tutukevi koğuşları da bu bendin kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, spor müsabakalarının yapıldığı salon stadyum gibi yerler, şenlik alanı, festival alanı, konser alanı, miting alanı, toplu taşıma araçları gibi yerler bu bent kapsamında olmamalıdır. Çünkü bu gibi yerler açısından insanların sürekli ve fiili olarak birlikte yaşama zorunluluğundan ziyade geçici ve süreli olarak bir arada bulunma halleri ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu “*toplu olarak yaşama zorunluluğu*” demek suretiyle bu birlikteliğin sürekli ve fiili bir arada yaşama şeklinde

²⁵⁵ İnsanlar bu gibi ortamlarda kendilerini güvende hissettiklerinden, herhangi bir tedbir alma gereği de hissetmezler bu nedenle ilgili suçlar da rahatlıkla işlenebilir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 298).

²⁵⁶ Artuk/Gökcek/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 220-221.

²⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 333.

²⁵⁸ Cezaevlerinde cinsel taciz ve saldırı olaylarının her iki cinsiyetten bütün hükümlülerin karşılaştığı en önemli sorunlardan birisi olduğu vurgulanmaktadır. Bu hususta kamuoyunun yaklaşımının suçlulara karşı gerçekleştirilen bir şiddet söz konusu olduğu için duyarsız olabildiği belirtilmektedir. Bir kişinin ceza infaz kurumunda bulunmasının, maruz kaldığı şiddeti haklı kılmayacağı kuşkusuzdur. Bu konuda yapılan araştırmaların, eşcinsel eğilimde olanların ceza infaz kurumlarında cinsel şiddete maruz kalma olasılığının heteroseksüel kişilere göre daha yüksek olduğunu ve cinsel saldırı mağdurlarının genellikle heteroseksüel erkekler olduklarını ortaya koymakta olduğu belirtilmektedir. Cezaevlerinde yaşanan cinsel saldırı neticesinde yardım alamayan hükümlülerin içinde bulundukları bu ağır utanç ve suçluluk duygusu ile depresyona sürüklendiği ve intihara yöneldiği ifade edilmektedir. Cezaevlerinde yaşanan bu olayların önlenilmesinin yolunun, mağdur olmuş hükümlülerin adli makamlara başvurmaları için cesaretlendirilmeleri ve ayrıca cezaevi personelinin seçimi ile bu konu hakkında bilgilendirilmeleri olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır (Demirbaş, ss. 237-238; İrem Akduman, Gökhan Oral, “Cezaevlerinde Cinsel Taciz ve Tecavüz Olayları”, **Hapishane Kitabı**, Editörler: Emine Gürsoy Naskali, Hilal Oytun Altun, İstanbul 2005, ss. 303 vd.).

²⁵⁹ Artuk/Gökcen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 136.

ortaya çıkmasını aramıştır. Bendin her türlü toplu halde bir arada bulunmayı kapsayacak surette çok geniş yorumlanmaması gerekir ki, aksi bir hal bu bendin uygulanmasının karmaşık sonuçlara yol açmasına neden olacaktır²⁶⁰.

²⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 333-334. Koca/Üzülmez ise, örneğin yılbaşı kutlaması veya bir konser, maç ya da bir miting nedeniyle birikmiş topluluk içinde suçun işlenmesi durumunda bu nitelikli halin gerçekleşmeyeceğini belirtmektedirler. Çünkü Kanun'da suçun işlendiği ortamın "*toplu olarak yaşama zorunluluğunun bulunduğu bir ortam*" olması aranmaktadır. Yazarlara göre, bu nitelikli hal açısından toplu olarak yaşama zorunluluğunun aranması isabetli değildir. Cezanın ağırlaşması bakımından suçun "*insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi*" yeterli olmalıydı (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 298).

E. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri²⁶¹

1. Cinsel Saldırı İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması (TCK m. 102/4)

6545 Sayılı Kanun m. 58 ile yapılan değişiklikle, TCK m. 102/4’de “*cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler*”in uygulanacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

Mağdurun direncinin kırılmasını sağlayan ölçünün ötesindeki cebrin ayrıca cezalandırılmasını öngören eski düzenleme yerine yapılan değişiklik ile TCK m. 102/4’ün açık lafzıyla “*basit kasten yaralama*” (TCK m. 86/1) şeklinde gerçekleşen cebir ve şiddet artık bu suçun unsuru haline gelmiş görünmektedir²⁶². Böylelikle kanun koyucu tarafından (cinsel saldırı suçunun icrası için gerek ve yeter koşul olan) cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunda (TCK m. 86) düzenlenmiş olan neticelerin aşıldığı durumlar için özel bir hal yaratılmıştır²⁶³. Buna göre, fail tarafından cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması durumunda, fail cinsel

²⁶¹ TCK m. 23 hükmü şu şekildedir: “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*”

TCK m. 23’de bulunan ve 765 sayılı TCK’da yer almayan düzenlemeye göre failin kast etmediği bir özel neticeden sorumlu tutulabilmesi özel netice açısından en azından taksirle hareket etmesine bağlıdır. Öğretide de uzun süre tartışılan bu görüşün yasalaşmasının kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin temel ilke olduğu modern ceza hukuku sisteminde objektif sorumluluğu önleyeceği belirtilmektedir (Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, Yıl: 2, S., 4, Ağustos 2007, ss. 223 vd.). Failin öngörmediği daha ağır neticeden failin sorumlu tutulması anlamına gelen objektif sorumluluğun, özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ile kastı aşan suçlarda karşımıza çıkmakta olduğu belirtilmekteydi. Kast ve taksir şeklinde iki haksızlık işleniş şeklinin kabul edildiği ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde failin meydana gelen netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasının gerekeceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme ile failin kastedilenden daha ağır ya da başka bir neticenin oluşumuna neden olması halinde bu ağır veya başka neticeden sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, failin bu netice açısından en azından taksiri bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle meydana gelmiş olması halinde sorumlu olabilecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 540-541; ayrıca bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Eylül 2016, ss. 295-299; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Kasım 2014, ss. 392-396; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Eylül 2015, ss. 366-373).

²⁶² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Eylül 2014, s. 328.

²⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 222.

saldırı suçunun yanında ve ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış²⁶⁴ (m. 87) halinden de²⁶⁵ sorumlu²⁶⁶ tutulacaktır²⁶⁷.

²⁶⁴ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar, ss. 223-246; Mustafa Ruhan Erdem, “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu, Cilt I, İstanbul Haziran 2008, ss. 257-262.

²⁶⁵ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan bahsedebilmek için şu koşulların bulunması gerekmektedir: - Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda iki ayrı suç bulunmaktadır: Temel suç ve başka ya da ağır neticeyi içeren suç olmak üzere. -Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda fiil, failin kastettiğinden daha ağır neticenin oluşmasına veya istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermiş olmalıdır. - Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç kasten işlenmiş bir suç olmalıdır. -Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda başka ya da ağır netice açısından failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. -Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda gerçekleşmesi istenen temel suça ilişkin hareket ile başka veya ağır netice arasından nedensellik bağlantısı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle başka ya da ağır netice yapılan hareketin sonucu olmalıdır. -Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç ile başka veya ağır neticeyi içeren suç aynı mağdur üzerinde işlenmiş olmalıdır. -Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin olarak kanunda açık düzenleme olmalıdır. İlgili hüküm ancak TCK özel hükümler içinde netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş ise uygulanabilir olacaktır (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 547-548).

²⁶⁶ Öğretide bir görüş söz konusu düzenlemeyi eleştirmektedir. Buna göre, TCK m. 102/4’de düzenlenen eğer bileşik bir suç ise (TCK m. 42, m. 86 veya m. 108), faile iki ayrı suçtan ceza verilmemesi, tek suçtan, yani bileşik suçtan ceza verilmesi gerekmektedir. Ancak, söz konusu hüküm, faile, hem cinsel saldırı suçundan, hem de kasten yaralama suçundan ceza verilmesini öngörmektedir. Ortada iki ayrı suç bulunmaktadır. O halde, iki ayrı suçun, iki ayrı manevi unsurunun bulunması, zorunlu olmaktadır ki, cinsel saldırı suçunun manevi unsurunu bulmak kolaydır. Ancak, kasten yaralama suçunun manevi unsurunu nereden çıkaracağımız hususu belli değildir. Burada, kastın varlığı aksi ispat edilemeyen bir karine olarak var sayılmıştır, çünkü mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanıldığının tespit edilmesi halinde, fail, kastına bakılmaksızın, doğrudan kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bu durum Hafizoğulları/Özen’e göre, “fiyaka bir biçimde” objektif sorumluluğu kaldırdığını iddia eden kanun koyucuyu, hiçbir kuşkuya yer vermeyen bir şekilde yalanlamış olmaktadır. Öte yandan bu görüşe göre, “mağdurun direncinin kırılmasını” saptamada başvurulacak ölçüt de yeterince belirli değildir ve bu ilerde sıkıntılara neden olacak ve hukuka olan güveni sarsacaktır (Hafizoğulları/Özen, ss. 164-165).

²⁶⁷ Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması durumu, 6545 sayılı kanun değişikliği ile, cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 298). Cinsel saldırının kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna neden olması halinde, kişinin bundan sorumlu olabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m. 23). Suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırıldığı bu gibi durumlarda, eğer netice öngörülebiliyorsa fail sorumlu olacaktır. Netice sebebiyle ağırlaşan haller, mağdura özellikle organ ya da cisim sokma fiilinden (nitelikli cinsel saldırıdan) sonra gerçekleşebilecek hallerdir (Soyaslan, ss. 247-248). Kocaoğlu’na göre, basit ya da hafif cinsel saldırıdan sonra mağdurun örneğin bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, istisnai haller dışında, hayatın olağan akışına pek uygun düşmeyecektir. Öte yandan, basit ve hafif cinsel saldırı suçunun neticesinde küçük bir ihtimal de olsa kasten yaralama suçunun ağır neticeleri oluşabilecektir (Kocaoğlu, s. 210).

2. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü (TCK m. 102/5)

Söz konusu hüküm madde metninde altıncı fıkrada düzenlenmiş olmasına karşılık, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile kaldırılan beşinci fıkranın yerine gelmek suretiyle sıralanmıştır. Cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü suçun temel şekline göre netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hali olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK m. 23'e göre failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen netice bakımından failin *en azından taksirle* hareket etmiş olması aranmaktadır²⁶⁸. Failde ağır neticeye yönelik olarak kastın bulunması durumunda ise ayrıca kasten öldürme ya da netice sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralamadan da sorumlu olacağı açıktır²⁶⁹. Ancak bu durumda oluşan diğer neticelere ilişkin suçlar ile birlikte m. 102/5 değil, m. 102/ 1 veya 2 hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁷⁰.

Genel anlamı ile bitkisel hayat; *“Beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam*

²⁶⁸ Burada neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç söz konusu olduğundan, failin bitkisel hayat veya ölüm neticesini istememiş, fakat yapılan hareketin bu neticeyi doğurmuş olması aranacaktır. Ölüm neticesi ile cinsel saldırı arasında doğrudan illiyet bağı olmalıdır. Dolayısıyla illiyet (örneğin, cinsel saldırı neticesinde mağdurun intihar etmesi) yeterli değildir. Bitkisel hayat veya ölümün muhakkak cinsel saldırı neticesinde gerçekleşmesi aranmaz. Failin fiili işlemek için kullandığı vasıtalar (cebir, şiddet) dolayısıyla bitkisel hayat veya ölüm vukua geldiğinde de fıkra hükmü uygulanacaktır. Ayrıca cinsel saldırının tamamlanmış olması ile teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında da fıkranın uygulanması açısından fark bulunmamaktadır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 222-223; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3646).

²⁶⁹ Cinsel saldırı suçu işlendikten sonra suçun ortaya çıkmaması için mağdur öldürülmüşse, hem cinsel saldırı hem de nitelikli kasten öldürme suçundan dolayı (TCK m. 82/1-h) faile ceza verilecek ve bu halde ayrıca TCK m. 102/5 uygulanmayacaktır (Tuğrul, s. 115; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 381). Ölüm neticesinin, fiile, yani cebir kullanılmasına, cinsel davranışa (ve eğer nitelikli cinsel saldırı söz konusu ise, organ ve cisim sokulmasına) bağlı olarak meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bunun neticesinde, failin mağduru öldürükten sonra, ölen mağdura yönelik cinsel saldırıda bulunması halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır. Bu halde, yerine göre (nitelikli) kasten öldürme ve ölümlere saygı duygusuna aykırılık suçu (TCK m. 130/2) gündeme gelecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 381; ayrıca bkz. Önder, ss. 475-477).

²⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 381-382. Bitkisel hayata girme veya ölüm, gerçekleştirilen cinsel saldırının neticesi olmalıdır. Bu ağır netice bizzat cinsel davranışın icrasının sonucunda (cinsel organlardaki harabiyet) gerçekleşmiş olabileceği gibi, cinsel saldırıyı gerçekleştirebilmek için uygulanan cebirin neticesi de olabilir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 222). Örneğin, failin mağduru cinsel davranışa karşı koymasını engellemek, onu bayıltıp etkisiz hale getirebilmek için kafasına sert bir cisimle vurmuş ve cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş olması, fakat darbenin sonucunda mağdurun beyin kanaması geçirerek bitkisel hayata girmiş veya ölmüş olması halinde, cinsel saldırının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali gerçekleşmiş demektir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 301).

*türüdür*²⁷¹.” Bitkisel hayat söz konusu olduğunda iç organların çalışmasında sorumlu olan, beynin orta ve art merkezleri çalıştığı için kalp atmaya devam etmektedir. Solunum da mümkün olmakta ve sindirim sistemi çalışmaktadır. Beyin ölümü ise bitkisel hayattan farklıdır. Bitkisel hayatta solunum devam etmekte ve hastanın hayata dönüş olasılığı bulunmakta iken, beyin ölümü ise geri dönüşü bulunmayan koma şeklinde tanımlanmaktadır. Kaybedilen beyin işlevlerinin geri dönmesi mümkün olmamakta ve bir süre sonra kalbin de durması ile vücut ölümü de gerçekleşmektedir²⁷².

Tıbben bilincin yitirilmesinden beyin ölümü denen aşamaya kadar, “*koma-derin koma-bitkisel hayat*” denilen süreçlerin mevcut olduğu, bu durumların tamamında hastanın iyileşmesinin henüz mümkün olduğu belirtilmektedir. Bitkisel hayatta olan insanda, beynin korteks (kabuk) denilen kısmının ölmüş olduğu ifade edilmektedir. Bu kısım, hafıza, zeka, kişilik vb. özelliklerin kontrol edildiği kısım olarak bilinmektedir. Buna karşılık, beyin sapı denilen ve hayati organların kendi kendine çalışmalarını, birtakım hayati refleks fonksiyonlarını yürüten kısım ise bu sırada çalışmaya devam etmektedir. Bu anlamda örneğin, kalp atmakta, solunum gerçekleşmekte, sindirim sistemi çalışmaktadır. Ancak, düşünme, bilinç ve hareket etme merkezleri çalışmamaktadır. İşte bu nedenle bitkisel hayattaki kişiler hukuken ve tıbben ölmüş kabul edilmemektedirler. “*Beyin ölümü*” ise belirttiğimiz gibi, beynin korteks tabakasının yanında, beyin sapı dediğimiz bölümünün de tamamen ölmüş olması ve iyileşmenin kesinlikle mümkün olmamasıdır. Bu durum, “*beyin fonksiyonlarının geri dönülemez olarak kaybı*” anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi, bitkisel hayata giren kişilerin, çok az bir olasılık da olsa, iyileşerek geri dönebilme yani ölmeme ihtimalleri mevcuttur²⁷³.

²⁷¹ A. Sedat Çöloğlu, **Adli Tıp Sözlüğü**, İstanbul 1993, s. 47. Bir başka tanıma göre bitkisel hayat “*beyin korteksinin, yani beynin bilinçten sorumlu kısmı olan dış kabuğunun işlevini yitirmesi ve vücudun alt merkezler tarafından yönetilmesidir.*” (Bkz. Murat Aydın, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 2. Baskı, Ağustos 2014, s. 63).

²⁷² Özbek, İzmir Şerhi, ss. 427-428; ayrıca bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 213-214. Öğretide, mağdurun suç neticesinde bitkisel hayata girmesi ve ölümünün ağırlaşmış netice şeklinde düzenlenip mağduru yaşamsal tehlike içine sokma durumunun ve mağdurun yaşamını tehlikeye sokacak HIV, Hepatit C gibi bir takım hastalıkların mağdura bulaştırılması durumunun da öngörülmemiş olması önemli bir eksiklik olarak ifade edilmektedir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar s. 302; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 206).

²⁷³ Şayet, cinsel saldırı, mağdurda beyin işlevlerinin geri dönülmez şekilde ortadan kalkması neticesine yol açmış ise, bu takdirde suç sonucu “ölüm” meydana gelmiş sayılacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 240).

3. 6545 Sayılı Kanun m. 58 ile Kaldırılan Hal: Suç Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması²⁷⁴

6545 sayılı Kanunla yeniden formüle edilen 102. maddede, cinsel saldırı neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmuş olması neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olmaktan çıkarılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi “*Maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı” na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir*²⁷⁵. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.” olarak belirtilmiştir²⁷⁶.

6545 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce cinsel saldırı suçu neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (TCK m. 102/ 5)²⁷⁷ suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisi olarak düzenlenmekte idi. Ancak hükme ilişkin hem

²⁷⁴ 6545 Sayılı Kanun’la ortadan kaldırılmadan önce TCK m. 102/ 5 hükmü şöyleydi: “**Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.**”

²⁷⁵ Buna karşılık ileride ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz, Anayasa Mahkemesi’nin, 12.11.2015 tarihli 2015/100 sayılı kararıyla TCK’nın 103/2. maddesinde bulunan “16 yıldan aşağı olmamak kaydıyla” hapis cezası öngören hükmü, orantılık ilkesine ve hukuk devletinin gereklerine aykırı bulunarak, ilgili karar bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 135.

²⁷⁷ 765 sayılı Kanunda evlenme vaad ederek “kızlığın bozulması”, ayrı bir suç olarak düzenlenmişken (m. 423); TCK’ya bu yönde bir hüküm konulmamıştır. Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadine inanarak gösterilen rıza da geçerli olmayacak ve cinsel saldırı suçu oluşacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 360). Aksi görüşe göre ise, bu araç, mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte olmadığından, bu suç oluşmayacaktır (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3333). Ünver, 5237 sayılı yasada “kızlık bozulması” kavramının yer almaması nedeniyle, bu kavramın beden bozulması olarak algılanıp 6545 sayılı yasadaki önceki haliyle 102. maddenin 5. fıkrasının uygulanması gereğinin savunulabileceğini belirtmekteydi. TCK’nın belirtilen kavrama yer vermemesi, bu kavramı terk iradesinin işareti olarak kabul edilse de, Ünver’e göre, uygulamada TCK’nın 61. maddesi anlamında bunun göz önünde tutulması imkanı vardır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 34).

doktrinde hem de uygulamada yoğun eleştiriler söz konusuydu²⁷⁸. Fıkra hükmünün uygulanmasında yeknesaklık bulunmadığı gibi, doktrinde de bu fıkra hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği ve hangi hallerde uygulanacağı hususları tartışmalıydı. Değişiklikten önce de doktrinde, gerçekleşen her cinsel saldırının, mağdurun ruh ve beden sağlığını zaten bozabileceği ileri sürülmüş ve bu durumun nasıl tespit edileceği hususundaki belirsizlikler tartışılmıştır²⁷⁹.

Değişiklik öncesi TCK m. 102/5'te basit veya nitelikli cinsel saldırı suçu neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmekle beraber, düzenlemenin hatalı olduğu belirtilmekteydi. Bu bozulmanın kalıcı, tedavi gerektirir veya bir süre devam etmesi aranmadığı için, anlık ruh etkilenmeleri de bu ağırlatıcı neden kapsamında kalmaktaydı. Bunun anlamsız olduğu vurgulanmıştır. Çünkü kanun yapılırken, cinsel saldırıya maruz kalanın ruh sağlığının etkilenmeyebileceği gibi akıl ve bilim dışı bir varsayımdan hareket edildiği görülmekteydi. Hükmün bu haliyle izahı için en radikal örnek, mağdurun akıl hastası ve fiili hissetmeyecek derecede ağır bedensel rahatsızlığı olması veya (küçükler için m. 103 ve 104'ün ayrık düzenlemeleri göz ardı edilmemekle birlikte) cinsel saldırıdan zevk alan bedeni ve ruh sağlığı etkilenmeyen bir durumda olması halidir ki, bu durum esasen başka bir fıkroda fiilin "*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*" işlenmesi olarak ayrıca zaten düzenlenmişti. TCK m. 102/5'te düzenlenen ağırlatıcı neden bu nedenle hatalı olarak değerlendirilmekteydi²⁸⁰.

²⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydın, "Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, S. 40, Aralık 2009, ss. 71-83; Fevzi Elmas, "Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y: 5, S. 44, Nisan 2010, ss. 141-150.

²⁷⁹ Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, ss. 380-381. Beden veya ruh sağlığının bozulması kavramı, 5237 sayılı TCK'nın 102/5 ve 103/6 maddelerinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir. Ancak hangi hallerin beden veya ruh sağlığını bozacağı hususu, kanunda açıklanmamış olup uygulamaya bırakılmıştır.

²⁸⁰ Ünver'e göre, basit ya da nitelikli cinsel saldırıya uğrayan bir kimsenin beden veya ruh sağlığının geçici süreli olsa bile bozulmaması olasılığı bulunmamaktadır. Buradaki ağırlatıcı sebebin nedeni, *uzun süreli veya kalıcı ruh veya beden sağlığı bozulması ise, bunun açıkça madde metninde belirtilmesi gerekirdi*. Faile verilecek cezanın alt sınırının 10 yıl olarak belirlenmesine sebep olan bu hükmün uygulanması bakımından beden veya ruh sağlığının bozulduğunun tespiti çok önemlidir. Nitekim uygulamada, bizatihi suçun doğası olan ve suçun tipe uygun eylem unsurunun kaçınılmaz sonucu olan bir hususun ayrıca ağırlatıcı sebep olarak düzenlenemeyeceği görüşü ağır bastığından, yargı uygulaması son zamanlarda söz konusu bozulmanın kalıcı veya uzun süreli olmadığını tespit olarak belirlemek için bilirkişi görevlendirmesine kaymıştır. Madde metninin değiştirilerek ve çifte değerlendirme yasağını da dikkate alarak, suç tipinin esasen unsuru olan bu hususun ağırlatıcı sebep teşkil edebilmesi için kalıcı, uzun süreli veya belirli bir tedaviyi gerektirir niteliğiyle belirlenmesi gereği yazar tarafından ifade edilmekteydi. Baskın yargı uygulamasında ise durum, kanunda

Belirttiğimiz madde gerekçesinde²⁸¹ tüm bu tartışmalara değinilerek fıkra hükmünün neden kaldırıldığının açıklanmaya çalışıldığını görüyoruz. Buna göre, beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti maksadıyla mağdurların defalarca adli tıp kurumuna ve hastanelere gönderilmekte olduğu belirtilmiş ve yaşanan mağduriyetlerin tekrar tekrar mağdura hatırlatılmasının önlenmesi amacıyla bu fıkra hükmünün mülga edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Fıkranın getiriliş amacı fiil hakkında verilecek cezanın belirtilen bu sebeple ağırlaştırılmasıydı. Ancak bu konudaki yoğun tartışmalar sonucu kanun koyucu sorunu çözmek için, her cinsel saldırının ruh ve beden sağlığını bozacağını kabul etmiştir. Buna karşılık maddenin temel şeklinde yer alan cezalar artırılmak suretiyle bu nitelikli hal yürürlükten kaldırılmıştır²⁸².

düzenlenmeyen ve yazarın da eleştirerek farklı bir düzenleme yapılması gerektiği şeklindeki eleştirisinin aksine, yargı incelemesi sadece mağdurun ruh sağlığının bozulması ile eylem arasında bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığı noktasıyla sınırlanmakta ve bu bağın varlığını ortadan kaldıran bir etken bulunmuyorsa, ruh sağlığının bozulma süresinin hiçbir önemi olmaksızın, bu ağırlatıcı neden sanık hakkında uygulanmaktaydı (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 34-35). “...*Köyde yaşayan, dayısının oğlu ile evli ve bu evliliğinden iki çocuğu bulunan mağdurenin, bir yıl boyunca kayın biraderi olan sanığın cinsel saldırısına maruz kaldığı, bu fiiller sonucunda bir çocuk dünyaya getirdiği ve bu süreç içinde ruh sağlığının bozulduğu hususlarının, hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi karşısında, somut olayda cinsel saldırı eylemi ile mağdurun ruh sağlığının bozulması arasındaki illiyet bağını ortadan kaldıran herhangi bir neden bulunmadığından mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın olay nedeniyle mi, yoksa olaydan sonra karşılaştığı çevre baskısı veya oluşan dedikodulardan mı kaynaklandığı yönünde rapor alınmasına gerek yoktur...Bu itibarla, usul ve kanuna uygun olan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir* (YCGK., 29.01.2013 T., 2012/ 14-1037, 2013/ 50). Karar için bkz. Ali Parlar, Meltem Banko, **6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar**, Ekim 2014, s. 17.

²⁸¹ Bkz. 12.05.2014 tarihli Türk Ceza Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, m. 42 gerekçesi.

²⁸² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, ss. 335-336. İlgili nitelikli hale ilişkin adli tıbbi süreçlerin uzun süren hasta izlem ve gözlemini gerektirmesi ve hükmedilen ceza sürelerindeki artış da eleştirilmekte idi. Yazarlar, TCK’nın 103. maddesini ABD, İngiltere gibi Anglosakson ülkelerle ve Avusturya, İsviçre, Lichtenstein, Almanya gibi kıta Avrupası ülkeleriyle karşılaştırdıkları çalışmalarında; genel olarak bakıldığında, ABD ve İngiltere’de çocuğa yönelik cinsel suçlara verilen cezaların Avrupa ülkelerine göre daha ağır olduğunu vurgulamışlardır. Türkiye’deki cinsel suçlara ilişkin cezaların ise incelenen Avrupa ülkelerine göre daha fazla olduğu ve bazı bölümleri itibarıyla de ABD ve İngiltere’ye benzerlik gösterdiği, yasanın bazı bölümlerinin ise Almanya’ya benzediğinin gözlemlendiğini ifade etmişlerdir. Türkiye’de “*ruh sağlığının bozulması*” olgusunu psikiyatristler ve çocuk psikiyatristleri değerlendiren, Almanya’da bu hususta değerlendirme yapmak için psikiyatri eğitimi üzerine 3 yıllık adli psikiyatri eğitiminin gerektiği belirtilmiştir. İlgili nitelikli halin yürürlükte olduğu bu dönemde, Türkiye’de Adli Psikiyatri alt yapısı henüz hazır olmamasının ve cinsel saldırı / istismar ile ilgili yasadaki eksikliklerin ve çelişkilerin “*ruh sağlığının bozulması*” hususundaki adli tıbbi değerlendirmeleri olumsuz etkilediği ifade edilmiştir. Bu değerlendirmelerin hem adaletin gecikmesine hem de tarafların daha çok travmatize olmasına yol açtığı belirtilmiştir. Bu nedenle tüm bu olumsuzlukların bertaraf edilebilmesi için; adli psikiyatri eğitimi yapılandırılınca kadar 103. maddede yer alan “*ruh sağlığında bozulma*” hükmünün askıya alınması ve yeniden gözden geçirilmesi önerilmiştir (Erdem Özkara, Uğur Kavaklı, İsmail Özgür

Maddenin yarattığı bir diğer sorun da, birden fazla kişi tarafından işlenen cinsel saldırı fiilleri bakımındandır. Birden fazla fail söz konusu olduğunda, hangi failin fiilinin mağdurun ruh sağlığını bozduğunun tespiti istenmekte ise de; bu durumun tespiti mümkün değildi. Bu durumlarda da nitelikli hal zaten uygulanamaz duruma gelmekte idi.

Öte yandan bazı hallerde cinsel saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği ancak bir psikiyatrik değerlendirmeden sonra anlaşılabilir. Bu gibi hallerde mutlaka ruh sağlığı açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Kanımızca nitelikli hal olarak ruh sağlığının bozulmasının kanundan çıkarılması yukarıdaki gerekçelerle isabetli olsa da, bu durum mağdurun hiçbir şekilde psikiyatrik değerlendirmeye tabi tutulmayacağı anlamına gelmez. Özellikle başka ispat vasıtası bulunmayan hallerde bu tarz bir değerlendirmenin çok faydalı olacağı kanaatindeyiz.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Cinsel davranışların taraflarının bu fiillerin işlenilmesi hususunda birbirlerine gösterecekleri rıza²⁸³ fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır²⁸⁴. Cinsel saldırı

Can, Veli Özer Özbek, İlker Tepe, “Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler İle Karşılaştırılması”, **Adli Tıp Dergisi**, C. 25, S. 1, s. 11).

²⁸³ Bu suçla ilgili olarak öğretide, mağdurun rızasının bu suçta eylemin hukuka aykırılığını değil tipikliğini ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 162). Bu görüş, Ünver tarafından bir gerekçe ileri sürülmediği ve “*ben şu kanıdayım*” açıklamasıyla yetinildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Taner, tipiklik ortadan kalktığı için suç teşkil eden bir eylemin bulunmadığı ve rızanın suçun bir unsuru olduğunu vurgulamaktadır. Ünver ise tipikliğin bir suç unsuru değil, eylemin kanuni tipe uygun olduğunu belirten bir değerlendirme olduğunu ve TCK m. 102’de de, rızaya ilişkin terim bazında da olsa tek bir ifade bulunmadığını belirtmektedir. Hukuka aykırılık da suçun bir unsurudur ve rıza hukuka uygunluk nedeni sayılırsa da suçun oluşmayacağı söylenecektir. Taner’in iddiasının aksine, rızanın eylemin tipikliğini ortadan kaldırması ile hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırması arasında farkın olmadığını söylemek yanlış olacaktır. Birincisinde kast ve kusurun bu unsur da ihtiva etmesi zorunluluğu sonucuna varmak, diğerinde ise buna gerek bulunmadığının kabulü gerekir. Bir gerekçe belirtilmediğinden, neden var olan ve suç teşkil eden bir eylemin yalnızca hukuka aykırılık unsuruyla ilişkili bir kuruma dayanılarak, tipik eylemin yokluğunun iddia edildiği Ünver’e göre anlaşılammamaktadır (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 33-34).

²⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 383; Yenidünya, s. 3289. “*Evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştiği zamanlarda bağırap çevreden yardım istememiş olması, eylemin birden çok değişik zamanlarda tekrarlanmasına rağmen hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra açıklama yapması gözetildiğinde; ırza geçmenin cebir şiddet kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı, ırza geçmenin zorla yapıldığı hususunda mağdurenin anlatımı dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşa uygun düşmeyen*

mağdurun rızası dışında kendisine karşı gerçekleştirilen bir eylem olduğu için, hukuken geçerli bir rızanın varlığı halinde (TCK m. 26/2)²⁸⁵ ortada bir saldırı da bulunmayacağından eylem hukuku uygun olacak; dolayısıyla suç teşkil etmeyecektir²⁸⁶. Buradaki rızanın içeriği hem cinsel davranışa ve hem de cinsel davranışın yapılış şekline yönelik olmalıdır²⁸⁷. Örneğin sadece basit nitelikteki cinsel davranışlara yönelik olarak verilen rızanın ötesine geçilerek failin rıza dışında nitelikli şekilde (vücuda organ ya da cisim sokması suretiyle) cinsel davranışlarda bulunması

gereğçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 19.03.2007 T., 1161/ 2039) (Karar için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 291, dn. 47). Alman Hukukunda rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir hal olduğu belirtilmektedir (Maurach/Schroeder/Maiwald, s. 203).

²⁸⁵ TCK m. 26/2’de yer alan hukuka uygunluk sebebinin koşulları; -Mağdurun üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı, -Rızaya ehliyet, -Rızanın açıklanması olarak sıralanmaktadır. Rızaya ehliyet hususunda öncelikle ifade edilmesi gereken şeyin, bir eyleme rıza gösteren kişinin hak sahibi olması gerektiği konusudur. Rıza gösteren kişi eylemin pasif süjesi değil de eylemden zarar gören başka bir kişi ise ki, bu eylem bir suç teşkil ediyorsa suçtan zarar gören kişi de bu kapsam altında değerlendirilmektedir. Bu halde hukuka uygun bir rızadan söz edilemeyecektir. Hak sahibi olmak koşuluyla temyiz kudretine sahip herkesin rıza beyanına ehil olduğu kabul edilmektedir. Yani bu demek oluyor ki, kişi hukuki yararın önemi ve bunun korunmasından vazgeçmiş olması durumunda ne gibi bir anlam taşımakta olduğunu anlayabilme yeteneğine sahip olmalıdır. Görüldüğü üzere bu konuda belli bir yaş sınırı konulmamıştır. Burada önemli olanın temyiz kudretinin varlığı olduğu ifade edilmektedir. Fakat kanunda yaş hususunda bir sınır konulmuş olabilir. Bir başka koşul ise rızanın açıklanması konusundadır. Rıza açık-kapalı, yazılı-sözlü olabilmektedir. Burada önemli olanın açıklama anı olduğu vurgulanmaktadır. Rıza suçtan önce ya da en azından suçun icra hareketlerinin sürdüğü sırada açıklanmalıdır. Fiilin işlendiği sırada geri alınan rıza fiili hukuka aykırı hale getirir. Sonradan verilen rıza (icazet) ise fiili hukuka uygun kılmayacaktır. Mefruz rızanın ise geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Buna göre, hak sahibi, fail hareketi gerçekleştirirken bu koşulları bilseydi rızasını verecek idi ise rıza vardır. Açıklanmış olan rızanın hata, hile, tehdit, cebir vb. ile ifsat edilmemiş olması gerektiği de ayrıca vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 347-364; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler**, 7. Baskı, Ekim 2016, ss. 210-214; ayrıca bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 318-325; Öztürk/Erdem, ss. 244-250; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Eylül 2015, ss. 278-282; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Mayıs 2015, ss. 359-373; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 450-460; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ocak 2016 ss. 382-393).

²⁸⁶ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 38; aynı yönde bkz. Yenidünya, s. 3289.

²⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 383; Tuğrul, s. 78; Centel, s. 276; Kartal Memiş, Cinsel Saldırı, s. 104. “*Nitelikli cinsel saldırı suçunda sanık ile katılan arasında duygusal bir yakınlaşmanın yaşandığı, zaman zaman katılanın sanığın bekar olarak yaşadığı evinde kaldığı, bu süre içinde sanık ile katılan arasında cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel yakınlaşmaların olduğu, olay gecesi de arkadaşları ile barda eğlenen katılanın saat 03:00 sıralarında kendi istemi ile sanığın evine geldiği, sanığın evinde bu sırada tanıkların misafir olarak bulunduğu, sanığın yatak odasında sanık ile katılanın cinsel ilişki kurduğu, ve bu ilişki sebebiyle katılanın kızlığının bozulduğu hususları dosya içeriği ile sabittir. Olayda çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın katılan ile kurduğu ilişkinin rızaen mi yoksa zorla mı olduğunun belirlenmesine ilişkindir. Katılanın, sanıkla aralarında devam eden duygusal yakınlaşma sırasında sevişme boyutuna ulaşan cinsel yakınlaşmaya gösterdiği rızanın, cinsel ilişki kurulmasını da kapsadığını kabule o.lanak bulunmamaktadır.*” (YCGK., 09.11.2010 T., 5-176/ 226) (Karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

durumunda fiil hukuka aykırı olma niteliğini devam ettirecektir²⁸⁸. Aynı şekilde, rıza “*ani*” bir davranışa (örneğin, *normal* bir öpücük) ilişkin ise, davranışın ısrarla ve yoğunlukla sürdürülmesi (uzun süre öpmeyi bırakmamak gibi) de Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre suç teşkil edecektir²⁸⁹.

Uygulamada Yargıtay’ın rızanın tespiti²⁹⁰ hususunda mağdurun beyanını değerlendirirken şu kriterleri göz önünde bulundurduğu belirtilmektedir: Mağdurun beyanlarının tutarlı olup olmadığı²⁹¹, mağdur ile fail arasında husumet bulunup bulunmadığı²⁹², mağdurun olayı uzun süre saklayıp saklamadığı²⁹³, mağdur ile fail arasındaki daha önceki ilişki ve beyanın hayatın olağan akışına uygun olup

²⁸⁸ Buradan çıkan sonuç, cinsel davranış için verilen rızanın cinsel davranışlara ilişkin hareketlerin her aşamasında bulunması gerektiği, bu rızanın, geçerli olması ve davranışın yapılış biçimini de kapsaması gereğidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 334).

²⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 383.

²⁹⁰ Kocaoğlu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar söz konusu olduğunda iftiranın da söz konusu olabileceğini, bu nedenle ilgili suçların yargılanması sırasında savunmanın taleplerine ayrı bir önem ve özen göstermek gerektiğini belirtmektedir. Bu taleplerin karşılanmadığı ve çelişkilerin giderilmediği aksi durumların savunma hakkının kısıtlanması ve eksik soruşturma hususlarından bozma nedeni olduğu ifade edilmektedir (Kocaoğlu, s. 506). “*Sanık müdafinin dilekçesinde adı geçen ve özelle sanığın zorla cinsel saldırıda bulunmadığı ve mağdure tarafından sanığa tuzak kurulup iftira atıldığı konularında tanıklıkları bulunduğu ileri sürülen savunma tanıklarının dinlenmesi isteği yasal olmayan gerekçeyle reddedilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması; yüklenilen cinsel saldırı eylemi öncesi sanık ve mağdure arasındaki görüşme ve ilişkiyi gösteren kamera kaydına ait bilirkişiler kurulu raporunda yer alan tespitler ile mağdure ve anlatımı hükme esas alınan tanığın beyanları arasındaki çelişkiler sorulup giderilmeden hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 22.06.2009 T., 5695/ 7892). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.10.2015).

²⁹¹ “*...mağdurenin ilk beyanlarıyla çelişkili şekilde ifadelerde bulunduğu, sanıkların kendisiyle zorla ilişkiye girdiklerini ifade ettiği halde, yetkili makamlara durumu bildirme imkanı varken herhangi bir müracaatının olmayışı, olayın ortaya çıkış şekli, sanıkla anneannesinin tek odalı evinde anneannesinin yanında kendisiyle zorla ilişkiye girdiğine dair hayatın olağan akışına aykırı beyanı...*” (Y. 14. CD., 20.09.2013 T., 6432/ 9439) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.08.2015).

²⁹² “*... taraflar arasında mağdurenin sanığa iftira atmasını gerektirir aktif bir husumetin bulunmaması ve tüm dosya içeriğinden, sanığın eyleminin TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında...*” (Y. 14. CD., 05.05.2014 T., 2012/ 7282, 2014/ 5995) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.05.2016).

²⁹³ “*...Mağdurenin hamileliği anlaşılınca kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp anneannesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği bellidir...*” (YCGK., 25.03.2003 T., 2002/ 5-324, 2003/ 55) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.02.2015). Görüldüğü üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu burada, mağdurun eylemi uzun süre saklamış olmasını doğrudan eyleme rızası olduğu şeklinde yorumlamamıştır. Bu konuda değerlendirme için bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 204.

olmadığı²⁹⁴, mağdurun eyleme direnir direnmediği ve yardım isteme imkanı varken bu yola başvurup başvurmadığı²⁹⁵, mağdurun olayı çevresine mazur gösterme düşüncesinde olup olmadığı²⁹⁶. İlgili kriterlerle birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda rıza ve ispat hususlarına çalışmamızın muhakeme hukuku bölümünde²⁹⁷ ayrıntılı olarak değinilecektir.

Öte yandan, AİHM'in 19.02.1997 tarihli Laskey, Jaggard ve Brown/ Birleşik Krallık kararında da kabul edildiği gibi, mağdur açısından onura aykırılık taşıyan ya da ağır bedensel zarar doğurma riskini taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerliliği bulunmamaktadır²⁹⁸.

²⁹⁴ “Mağdurun herhangi bir cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene maruz kalmaksızın tekrar kendisine karşı daha önceden basit cinsel istismar niteliğinde birçok hareketlerde bulunan sanığın bulunduğu kuaför dükkanına gitmesi, kendi arkadaşlarının oradan uzaklaşmasını isteyip sanık ile baş başa kalması ve gece vakti sanık ile birlikte kimsenin bulunmadığı pasajın üst katına çıkmasının hayatın olağan akışına uygun olmayıp, mahkemenin eylemlerin rızanın gerçekleştiğini kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden...” (Y. 14. CD., 06.11.2012 T., 2011/4406, 2012/ 10797) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.07.2016).

²⁹⁵ “...Mağdurenin aşamalarındaki tutarlı anlatımları, tanık beyanları, zor durumda olduğuna, kurtulamadığına ve yardım isteğine ilişkin cep telefonu mesajları, mağdurenin vücudundaki darp ve cebir bulgularını tespit eden ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanma bulunduğuna işaret eden doktor raporları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay günü parkta erkek arkadaşı ile oturup öpüşmekte olan mağdureyi, arkadaşını tehditle uzaklaştırdıktan sonra zorla alıkoyduğu, devamında direnci kırılan mağdurenin vücuduna zorla organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde daha önceden tanımadığı sanık tarafından zorla alıkonulan mağdurenin rızası ile cinsel ilişkiye girdiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 17.06.2009 T., 5434/ 7694) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.09.2015).

²⁹⁶ “Mağdurenin olayı uzun bir süre gizleyip hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, doktora sevk edilip kızılgı ilişkin raporu alındıktan sonra açıklama yapması gözetildiğinde, nitelikli cinsel istismarın cebir, şiddet ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın zor kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı...” (Y. 5. CD., 16.07.2008 T., 6658/ 7626) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.06.2015). Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah Kantarcı, **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Kasım 2016, ss. 184-185.

²⁹⁷ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yargılamasında yalnızca kovuşturma değil, soruşturma evresinde de ispat vasıtaları ve deliller azami dikkatle ele alınmalıdır. Yargılamanın ceza muhakemesinin evrensel kıstasları çerçevesinde doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik ve sözlülük ilkeleri gözetilerek yapılması gerektiği de ayrıca ifade edilmektedir (Kocaoğlu, s. 503). “Cinsel istismar suçundan yapılan yargılamada, (...) soruşturma aşamasında dinlenen mağdurelerin anlatımlarına dair tutanakların duruşmada okunarak, taraflardan diyecekleri sorulmadan hüküm kurulması suretiyle, yargılamanın doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik ve sözlülük ilkelerine aykırı davranıldığı anlaşıldığından, yerel mahkeme direnme hükmü bu yönden de yerinde değildir.” (YCGK., 14.02.2012 T., 2011/ 5-341, 2012/ 33) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.04.2016).

²⁹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 384; Kocaoğlu, s. 163. Case of Laskey and Others v. The United Kingdom, Application no. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997. Kararın tam metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF LASKEY, JAGGARD AND BROWN v. THE UNITED KINGDOM"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58021"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 10.01.2017. İlgili kararda AİHM, birbirlerinin aşırı derecede sado mazohistik işkence içeren cinsel ilişki video görüntülerini çeken bir grup eşcinsel erkeğin bedensel zarar veren saldırı suçundan dolayı İngiltere’de ceza almalarının

Bunların dışında söz konusu suçta genel hukuka uygunluk nedenlerinden olan meşru savunma hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmayacaktır²⁹⁹. Ancak hekim tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayeneler, hakkın kullanılması (icrası)³⁰⁰ hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde hukuka uygun olarak kabul edilmelidir. Burada doktorların³⁰¹, özellikle de jinekolog doktorların davranışlarına değinmek gerekmektedir³⁰². Bir doktorun muayenede olağan sayılacak biçimde

ardından, AİHS m. 8 bağlamında özel hayatın korunması ilkesinin İngiliz Devleti tarafından ihlal edildiği iddiası ile gördüğü bir davada, “*ağır derecede sakat bırakan yaralanmalar*” (*serious disabling injury*) söz konusu olduğu zaman rızanın bir savunma olarak kabul edilemeyeceği şeklinde karar vermiştir (Paragraf 39). AİHM’e göre, mağdurun rızasının bir savunma olarak kabul edilebileceği bedensel zararın seviyesinin belirlenmesi ise ilgili Sözleşmecî Devletin kamu sağlığı, ceza hukuku ve bireyin kişisel özerkliğine dair mülhazasıyla ilgilidir (Paragraf 44).

²⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 383. TCK m. 25/1: “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” Meşru savunma özetle bireyin kendini savunması olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, bir saldırı karşısında kalan kişinin kendisini savunmasının doğal bir refleks olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu hukuka uygunluk sebebinin saldırıya ve savunmaya ilişkin olmak üzere çeşitli koşulları bulunmaktadır. Saldırıya ilişkin koşullar; -Bir saldırı bulunmalı, -Saldırı haksız olmalı, -Saldırı bir hakka yönelmiş olmalı, -Saldırı halen mevcut, gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak olmalıdır. Savunmaya ilişkin koşullar ise; -Savunmada zorunluluk bulunmalı, -Savunma saldırıya ve saldırana karşı yapılmalı (Saldırı ile savunma arasında nedensellik bağlantısı bulunmalı), Saldırı ile oranlı (=ölçülü) olmalıdır şeklinde sıralanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 308-323; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, ss. 196-203; ayrıca bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 276-286; Öztürk/Erdem, ss. 218-229; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 263-271; Hakeri, Genel Hükümler, ss. 317-345; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 386-408; İçel, ss. 325-348).

³⁰⁰ TCK m. 26/1: “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Görüldüğü üzere yasa genel bir tanım getirerek bu hukuka uygunluk sebebinin uygulama koşullarını ve nelerin hakkın kullanılması olarak kabul edileceğini uygulama ve öğretiyi bırakmış bulunmaktadır. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin üç temel koşulu bulunmaktadır: -Fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukukça tanınan bir hakkın bulunması ilk koşuldur. Kullanılabilmesi başvuruya ya da izin alınmasına bağlı bir hak söz konusu ise bu durumda hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyecektir. -İkinci koşul, hakkın kullanılması (icrası) ve işlenen suç arasında nedensellik bağlantısının varlığıdır. -Üçüncü ve son koşul ise hakkın kötüye kullanılmaması olarak ifade edilmektedir. Bunlar çerçeve koşullar olup, ayrıca her bir durum için öznel koşulların da göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 323-324; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, ss. 204-210; ayrıca bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 304-306; Öztürk/Erdem, s. 235; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 272-273; Hakeri, Genel Hükümler, s. 346; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 409-410; İçel, ss. 360-361).

³⁰¹ Malkoç’a göre, ameliyat esnasında, operasyonun gerçekleştirilmesi açısından gerekli olan işlemlerin yapılması esnasında vücuda cisim sokulması halinde de (örneğin, mide yıkanması ya da endoskopide ağızdan boru sokulması ya da kolonoskopi işleminde anüsten boru sokulması) hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır; kaldı ki bu halde, davranış “*cinsel*” olarak kabul edilemeyeceğinden, maddi unsur ve buna bağlı olarak, kast olmadığından da manevi unsur oluşmamaktadır (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 56).

³⁰² TCK m. 102 bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede burada da TCK m. 287’de yer alan genital muayene suçundan bahsetmek mümkündür. Buna göre doktor tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayeneler de hukuka uygun kabul edilmelidir. Aynı şekilde Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 106 ile

kadınların bir kısım organlarına bakması veya elle kontrol etmesi, tıbben gerekli olduğu sürece rızanın da varlığı gözetilerek cinsel saldırı suçunu oluşturmamalıdır. Çünkü burada bir saldırı bulunmamaktadır. Ancak kendisine örneğin enjeksiyona gelmiş bir kadının göğüslerini elleyen, vajinasına veya kalçalarına dokunan doktor için artık tıbbi gereklilikten bahsedilemeyeceğinden, cinsel saldırı suçunun olduğu kabul edilmelidir³⁰³. Aynı şekilde ileride ayrıntılı olarak değinecek olduğumuz, CMK m. 75 vd. hükümlerine göre vücudun cinsel bölgelerinde yapılan iç beden muayeneleri de hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır³⁰⁴. Burada kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1)³⁰⁵ gündeme gelecektir.

V. MANEVİ UNSUR

Özel kasta³⁰⁶ ilişkin suç tipinde herhangi bir düzenleme bulunmadığından cinsel saldırı suçunun oluşumu için genel kast yeterlidir³⁰⁷. Suçun temel şekli

Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü m. 25'te düzenlendiği biçimiyle icra edilen genital muayenenin kanun hükmünün yerine getirilmesi açısından hukuka uygun olduğunu söylemenin mümkün olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 334-335; ayrıca bkz. Beyazıt, ss. 152-154; Özge Sırma, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Genital Muayene Suçu", **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013, s. 163; Fulya Eroğlu, "Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, C. II, 2010, ss. 1138-1139).

³⁰³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3300.

³⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 335.

³⁰⁵ TCK m. 24/1: "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" Bu hükme göre, hukuk düzlemi içerisinde her herhangi bir normatif düzenlemeye riayet edilmesi, eylemin hukuka uygun olması için yeterlidir. Bu normatif düzenleme bir kanun hükmü olabileceği gibi bir tüzük, yönetmelik hükmü de olabilecektir (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 293-297; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, s. 193).

³⁰⁶ Soyaslan, cinsel saldırı suçunun ancak özel kastla işlenebileceğini ve suçun oluşumu için failde cinsel duyguların tatmini amacının olması gerektiğini belirtmektedir (Soyaslan, s. 239). Öğretide, suçun basit halinin failin "*cinsel arzularını tatmin amacıyla*" hareket etmesi ve nitelikli halinin ise bu tür bir amaç olmasa da tipik eylemlerin yapılması ile işlenebileceği görüşü de savunulmaktadır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 37; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 299). Her ne kadar maddede yer alan cinsel davranış deyiminden, cinsel arzuları tatmin amacı şeklinde özel kastın mevcut olduğu sonucu çıkarılabileceği savunulsa da; cinsel davranış, tipikliğin bir unsuru olduğuna ve kastın da tipikliğin tüm unsurlarını kapsamaması arandığına göre, kastın fail tarafından gerçekleştirilen davranışın cinselliğine yönelik olması, Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre de suçun da "*özel kastla*" işlenebileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Burada davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşımasının yeterli olduğu, failin bu davranışının saikin ne olduğunun araştırılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir. Örneğin, mağduru salt küçük düşürmek amacıyla hareket edilmiş olması halinde de (örneğin, karakolda ifadesi alınan şüphelinin anüsüne jop sokma) cinsel saldırı suçunun oluşacağı belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 382-383).

³⁰⁷ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 37; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 382; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 335; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 289; Kocaoğlu, s. 149.

bakımından failin kastının mağdurun cinsel bütünlüğünü bozmaya yönelik olması gerekmektedir. Suçun nitelikli hali bakımından ise failin kastının mağdurun vücuduna organ veya bir cisim sokmaya yönelik olması aranmaktadır³⁰⁸. Failin yapmış olduğu hareketin objektif olarak cinsel anlam taşıması ve yapılan hareket ile cinsel özgürlük arasında bir bağ kurulabilmesi yeterli olacaktır. Ayrıca failde cinsel hisleri tatmin amacı aranmasına gerek bulunmamaktadır³⁰⁹. Örneğin, kişinin cinsel organını mağdurenin kulaklarına sürmesinde ya da bir kadının tornavidayı bir adamın anüsüne sokmasında cinsel hisleri tatmin amacı aranmamakta ancak yine de yapılan hareketler cinsel saldırının konusunu oluşturmaktadır. Çünkü burada cinsel hareketlerle veya cinsel bölgelere yapılan bir saldırı objektif olarak bulunmaktadır³¹⁰. Cinsel saldırı suçunun olası kastla da işlenmesi teorik olarak mümkün gözükmemektedir³¹¹ ancak suçun taksirle işlenmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir³¹².

Maddede failin bu eylemlerini cinsel arzularını tatmine yönelik olarak yapması gerektiği şeklinde ne suçun manevi unsuru ne de failin bir niteliği biçimindeki bir ek unsura yer verilmemiş olmakla birlikte, maddenin gerekçesinde iki farklı fıkra şeklinde suçun mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen eylemlerin “*cinsel arzuları tatmine yönelik olması*” gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin yerinde olmadığını belirtmek gerekir

³⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 221; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 382.

³⁰⁹ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 298 vd.; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 38; Korkusuz, s. 824; Tuğrul, s. 115; Yenidünya, s. 3291; Meran, s. 340; Serap Keskin Kızıroğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. II, Ankara Şubat 2008, s. 1001; Yıldız, s. 214; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 174. Aksi görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 290; Arslan/Azizağaoğlu, s. 462. Burada örneğin bir kamu görevlisinin cinsel amaçla olmamakla birlikte, mağdurun anüsüne ya da vajinasına cop sokması cinsel saldırı suçu olarak değil, işkence suçu olarak nitelendirilmektedir. Suçun failinin kamu görevlisi olması halinde de cinsel saldırı suçunun verilen örnekte olduğu şekilde işlenebileceği belirtilmektedir. Nitekim cinsel saldırı suçuyla mağdurun cinsel organlarının cinsel amaç dışındaki saldırılardan da korunması hedeflenmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 335, dn. 84; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 382-383). Yaşar/ Gökcan/ Artuç’a göre ise, “*mağdurla sanık arasındaki bu bedensel temasın cinsel arzuları tatmine yönelik olması gerekir. Madde gerekçesinde bu husus “kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen bu davranışların cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerektiği” şeklinde vurgulanmıştır. Gerçekleştirilen bu hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir, failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.*” (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3338-3339).

³¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 335; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 383; Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 21-22. Karşı yönde bkz. Yenidünya, s. 3291; Yokuş Sevik, s. 252.

³¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 382; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 336; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3338; Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 21; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 299; Tuğrul, s. 115; Centel, s. 277.

³¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 336; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 289.

ki, zaten kanunun gerekçesi kanun metnine, dolayısıyla da madde metnine dahil değildir ve gerekçe ile maddenin kapsamı ne genişletilebilir ne de daraltılabilir. Dolayısıyla burada hem doktrinimizde alışlagelmiş ifade ile özel kastla³¹³ işlenebilen bir suç söz konusu olmadığı gibi, hareketin de cinsel arzuları tatmine yönelik olması suçun oluşumu için önemli ve gerekli değildir³¹⁴.

Uygulamada cinsel suçlara ilişkin olarak ortaya çıkan önemli bir diğer sorun da³¹⁵ failin mağdurun rızası³¹⁶ konusunda hataya düşmesidir³¹⁷. Yargılamada müdafiler tarafından da sıklıkla bu yönde savunmalar yapılmaktadır.

³¹³ Bu suçun manevi unsuru belirttiğimiz gibi genel kasttır. Öğretide sadece öpme hareketinin suçun manevi unsurunu oluşturma açısından her zaman yeterli olmayacağı belirtilerek öpmeyi önlem veya sempati ifadesi olması durumunda, cinsel saldırı suçunun olmayacağını, buna karşılık, cinsel dürtülerin tatminine yönelik olması durumunda, cinsel saldırı suçunun oluşacağı belirtilmektedir. Soyaslan’a göre, öpmeye cinsel bir sebep, bir önlem ya da bir duygu yok ise ve bu eyleme mağdur rıza göstermemişse, hakaret suçu oluşacaktır (Soyaslan, s. 239). Ünver, burada yazarın önlem terimiyle bir kimsenin hayatını kurtarmak için suni teneffüs yapmayı kastettiğini varsayacak olursak bile, 3. şahıs lehine zorda kalış hukuka uygunluk sebebi (bazı görüşlere göre kusurluluğu kaldıran neden) söz konusu olacağından için failin cezalandırılmayacağını belirtmektedir. Ancak, suçun manevi unsuru genel kast olup bu suç özel bir kastın varlığını aramamaktadır. Dolayısıyla cinsel hareketlerle vücut dokunulmazlığının kasten ihlali suçun oluşumu açısından yeterli olup ayrıca cinsel dürtülerin tatmini amacı aranmaz. Burada, suçun manevi unsuru genel kast olup herhangi bir güdü ya da amaç suç tipinde aranmamaktadır. Ceza hukukunda özel kast istisnai olup, kanunda açıkça düzenlenmedikçe genişletici yorum veya kıyas yoluyla suç tipine dahil edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, bu suç bakımından vücut dokunulmazlığının cinsel davranışlarla ihlali unsurunu da gözden kaçırmamak gerekmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 37-38).

³¹⁴ Madde gerekçesinde suçun oluşması için failin şehvi arzularının tatmin edilmiş olmasının gerekli olmadığı ve fakat hareketin objektif olarak şehvi nitelikte olması gereğine işaret edilmektedir. Ancak madde metninde olmayan niteliklerin gerekçe ile tipe uygun eylem unsuruna yüklenmesi/eklenmesi mümkün değildir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 37; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 298-299). Aksi yönde bkz. Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 290.

³¹⁵ Şen, burada TCK’daki düzenlemelerin mağdurun cinsel özgürlüğünün korunması açısından geniş imkanlar tanıdığını belirtmektedir. Ancak bunun yanı sıra vücuda yönelik basit müdahalelerin, cinsel arzuların tatmini amacını taşımayan cinsel içerikli olmayan temasların ve mağdurun rızasının varlığı hakkında meydana gelebilecek şüpheli durumların önemli hukuki sorunları da beraberinde getirebileceğini vurgulamaktadır. Bu durumlarda Şen, hata müessesesinin düzenlendiği TCK m. 30 ile, “*şüphenin fail lehine dikkate alınması*” prensibini dikkate almanın gerekli olduğunu, aksi halde 102. maddenin birinci fıkrasının uygulamada adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini ifade etmektedir (Şen, s. 378).

³¹⁶ Mağdurun rızaya ehil olmamasına rağmen, ehil zannedilerek ona yönelik cinsel davranışlarda bulunulması halinde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşülmüş olacağı belirtilmektedir. Bu hallerde, fail, işlemiş olduğu fiil açısından kasten hareket etmiş olmayacaktır. Sonuç olarak bu durumda failin, cinsel saldırı suçundan cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 291). Cezayı ağırlaştırıcı sebepler üzerinde de hata söz konusu olabilmektedir. Örneğin, mağdurun, beden ya da ruh bakımından kendisini savunmayacak durumda olduğu sabit ise, bu halin fail tarafından bilinmediği konusu ileri sürülebilecektir. Bu durumda, TCK m. 30 bağlamında “*hata*” düzenlemesine uygun düşen, failin bilmeme ya da bil(e)meme iddialarının re’sen araştırılması ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde failin ilgili iddiasının aksinin ispatlanması gerektiği vurgulanmaktadır (Şen, s. 385).

³¹⁷ TCK m. 30/1’e göre fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmayacaktır. Failin, tipikliğin maddi unsurlarına ilişkin hatası, yanlışmaydı gerçekleştirdiği eylem suç teşkil etmeyecekti dediğimiz hallerde, kastını kaldıracaktır

Alman Hukuku'nda da konu sıklıkla tartışılmaktadır. Doktrinde öncelikle failin hataya düştüğüne ilişkin iddiasının makul ve mantıklı olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Buna göre failin mağdurdan beklediği rıza makul ve sosyal davranış kalıplarına uygun olmalıdır. Somut olayda mağdurun rıza gösterdiği iddia edilen durum beklenmedik yahut hayatın olağan akışına aykırı ise failin iddiası kabul edilmemelidir³¹⁸.

Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayda, taksisine bindiği kadın sürücüyü elinde silah varmış gibi yaklaşıp onu soyunmaya ve kendisiyle birlikte olmaya zorlayan failin, yargılama esnasında şoförün de kendisinden hoşlandığını ve ilişkiye rıza göstereceğini sandığı şeklindeki savunma, doktrinde hayatın olağan akışına uygun olmayan hale örnek olarak verilmiştir³¹⁹.

Failin esaslı hataya düşmesi halinde ise hatasından yararlanacağı muhakkaktır. Hatanın esaslı olup olmadığının tespitinde sıradan bir başka kişinin de aynı durumda aynı hataya düşüp düşmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Failin mağdurun hareketlerini yorumlamasında rol oynayan ilk kıstas mağdurla arasındaki ilişkidir. Fail ile mağdurun tamamen yabancı oldukları hallerde mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesi ihtimali son derece düşük dolayısıyla hataya ilişkin iddialar da zayıf olacaktır.

Amerikan Hukuku'nda fail ile mağdurun daha yakın bir ilişki kurmak amacıyla tanıştıkları durumlarda meydana gelen cinsel saldırı fiillerini tanımlamak için kullanılan bir kavrama da burada değinmek gerekecektir. Randevu tecavüzü (date rape) olarak ifade edilen bu halde faille mağdur yakınlaşmak üzere tanışmışlardır. Ancak fail bu tanışmanın çok hızlı bir biçimde cinsellikle sonuçlanacağını ve kendisiyle randevuya çıkmayı kabul

(TCK m. 30/1). Örneğin, eşi yerine yanılarak başka bir kişi üzerinde cinsel davranış teşkil eden hareketleri gerçekleştiren failin söz konusu hatası kastını ortadan kaldıracığından cinsel saldırı suçu meydana gelmeyecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 291). "*Sanık ve mağdurenin birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri, savunmalar ve tanık beyanlarına göre mağdurenin rızasıyla sanıkla beraber olduğu ve olayın meydana gelişi, ortaya çıkışı, şikayetin şekli ile mevcut deliller nazara alındığında somut olayda maddi zordan söz edilemeyeceği, sanığın ise mağduredeki akıl hastalığını bilmediğini ifade ederek, evlenme niyetinde olduğunu belirtip, buna ilişkin fotoğraf ve belge sunduğu gibi, mağdurede bir psikolojik bozukluk olduğuna ilişkin raporun da olaydan sonra alındığı ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun raporunda ise var olan akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin mütalaa edildiği, bu itibarla sanığın reşit mağdurenin akıl hastası olduğunu bilerek eylemlerini gerçekleştirdiği hususunda yeterli delil bulunmadığı ve atılı suçlardan beraatına karar verilmesi gerekir.*" (Y. 5. CD., 29.06.2011 T., 5016/ 5024) (Karar için bkz. Kocaoğlu, ss. 157-158, dn. 377).

³¹⁸ Failin mağdurun rızasına ilişkin olarak hataya düştüğü iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olarak görüldüğü hallere örnek olarak; mağdurenin yoğun alkol yahut uyuşturucu madde etkisinde olması, iradesini etkileyecek manevi bir zorlama etkisi altında olması verilmektedir (Tatjana Hörnle, "Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung", **ZStW**, S. 112, Heft 2, 2000, s. 356).

³¹⁹ Hörnle, s. 358.

ettiğine göre mağdurenin cinsel ilişkiye de rıza göstereceğini düşünmüştür. Buradaki düşünce hiç tanımadığı bir kişinin rızasını varsayan failinden daha makul karşılanabilir ancak yine de mağdurun rızasının etkilenmemiş olması ve karşı koyma olanaklarının elinden alınmamış olması gerekir. Mağdur rızası olmadığını açıkça belli ettikten sonra artık hatadan söz edilemez³²⁰.

TCK m. 102 bakımından burada iki hata halinden bahsedilebileceği; bunlardan ilkinin yukarıda bahsettiğimiz mağdurun rızasında hata, ikincisinin ise mağdurun yaşında hata olduğu belirtilmektedir. İlk durumda hukuka uygunluk sebeplerinde hata³²¹ durumuna ilişkin TCK m. 30/3³²² söz konusu olacaktır. Buna göre rızada hatanın geçerli olabilmesi ve failin bu hatasından yararlanabilmesi bakımından hatanın “kaçınılmaz” olması³²³ gerekmektedir. Kaçınılmaz hatadan ne anlaşılması gerektiği hususu ise

³²⁰ Hörnle, s. 359.

³²¹ TCK Madde 30- “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

³²² TCK m. 30/3: “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların varlığında hata; hukuka uygunluk sebeplerinde hata (hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata - hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hata şeklinde olmak üzere) ve kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerde hata (cebir-şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik olmak üzere) olarak iki grupta değerlendirilmektedir (Hata konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 409-423; Hakeri, Genel Hükümler, ss. 451-475; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 545-564; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 447-464; Öztürk/Erdem, ss. 304-317; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **CHD**, Yıl: 3, S. 7, Ağustos 2008, ss. 83-99).

Mağdurun rızasında hataya düşülmesi bakımından hukuka uygunluk sebeplerinde hata üzerinde durulacaktır. Bu anlamda ortaya çıkabilecek ilk seçenek mevcut bir hukuka uygunluk nedenini failin bilmemesi olasılığıdır. Failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için en azından olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu inancı ile hareket etmesi gerekmektedir. Burada hata kaçınılmaz ise fail bu hatasından yararlanacak; buna karşılık kaçınılabilir olmasına rağmen özenli davranmadığından kaçınılmamış olması halinde meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu olacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hata durumunda ise, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Ancak fail söz konusu hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya düşmüştür. Burada fail bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiği halin söz konusu olduğunu düşünür, ancak bu düşüncesinde yanılmaktadır. Fakat failin gerçekten düşündüğü hal söz konusu olsaydı hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş olacaktı. Kaçınılmaz hatanın kusuru kaldıracağını vurgulamak gerekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, ss. 260-262).

³²³ “Kaçınılabilir hata”, yani kaçınılabilir olmasına rağmen kaçınılmamış olma özen yükümlülüğünün ihlali olarak düşünülebilirse, bu da öngörülebilir neticenin özen göstermemek sebebiyle öngörülmemiş olması anlamına gelen taksirli bir hareketin varlığı anlamına gelecektir. O halde hata kaçınılmaz ise fail bu hatasından faydalanacak ve koşul/ koşulları mevcut olmasa bile hukuka uygunluk nedeninden faydalanacak; buna karşılık kaçınılabilir olmasına rağmen özenli davranmadığı için kaçınılmamış olması halinde meydana gelen neticeden taksiri sebebiyle sorumlu

tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız görüşe göre fail tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa da hata söz konusu olabilirdi denilebiliyor ise hatanın kaçınılmaz olduğunu kabul etmek gerekmektedir³²⁴.

Mağdurun yaşı konusundaki hata bakımından suçun maddi unsurlarında hatadan³²⁵ söz etmek gerekmektedir. Buna göre suçun maddi unsurlarını bilmeyen yani

olacaktır. Görüldüğü üzere hukuka uygunluk nedeninin sebebinde kaçınılmaz hata kusuru tümüyle kaldırırken, kaçınılabılır hata yalnızca kastı kaldıracaktır. Kaçınılmaz hata terimi belirsiz olduğundan eleştirilmektedir. Bu nedenle TCK m. 30'da değişiklik yapılarak kaçınılmazlık kaçınılabılırlik kavramlarına açıklık getirilmesi veya bu boşluğun bir an önce içtihat yolu ile de olsa doruldurulması gerektiği ifade edilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 457-458; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, s. 263; Özbek, Hata, ss. 90-91)

³²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 336. Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun daha önce de değindiğimiz bir kararında şöyle denilmektedir: *"Başkent Üniversitesinde birlikte okuyan sanık ile katılan arasında duygusal bir yakınlaşmanın yaşandığı, zaman zaman katılanın sanığın bekar olarak yaşadığı evinde kaldığı, bu süre içinde sanık ile katılan arasında cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel yakınlaşmaların olduğu, olay gecesi de arkadaşları ile bir barda eğlenen katılanın saat 03.00 sıralarında kendi isteği ile sanığın evine geldiği, sanığın evinde bu sırada tanıklar M...U...H...S...-çoğlu ve T...G...D...in de misafir olarak bulunduğu, sanığın evinde yatak odasında sanık ile katılanın cinsel ilişki kurduğu ve bu ilişki nedeniyle katılanın kızlığının bozulduğu hususları dosya içeriği ile sabittir. Olayda çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanığın katılan ile kurduğu ilişkinin rızaen mi yoksa zorla mı olduğunun belirlenmesine ilişkindir. Olay gecesi katılanın saat 03.00 sıralarında kendiliğinden sanığın bekar olarak kaldığı eve gelmesi, olay öncesinde de, cinsel ilişki boyutuna varmayan yakınlaşmalarının olması gibi olguların varlığının cinsel ilişkinin de rızaya dayalı olduğuna delalet etmeyeceği, başka bir anlatımla, suç tarihinde yirmi yaşını tamamlamış bir üniversite öğrencisi olan katılanın, sanıkla aralarında devam eden duygusal yakınlaşma sırasında sevişme boyutuna ulaşan cinsel yakınlaşmaya gösterdiği rızanın, cinsel ilişki kurulmasını da kapsadığını kabule olanak bulunmamaktadır. Diğer taraftan olaydan sonraki gün alınan rapordaki; "hymende saat kadranına göre 4 hizasında kaideye kadar inen taze bir yırtığın bulunduğu, hymen etrafında hiperemik alan ve hassasiyet mevcut olduğu, sağ yanakta 2 cm çapında ekimoz, sol yanakta hassasiyet, sağ kol içyüzde, sol kol içyüzde 1-2 cm çapında ekimoz, boynun ön tarafında sübjektif ağrı" ve sanığın evinde yapılan aramada elde edilen olay sırasında sanık ve katılanın yattığı yatakta serili olduğu anlaşılan çarşafdaki kan lekesinin DNA profili ile katılandan alınan kan örneğinin DNA profilinin birbiriyle uyumlu olması, olaydan hemen sonra katılanla uzun süre beraber olan ve katılanın içinde bulunduğu durumu yakından gözlemleme olanağına sahip bulunan tanıklar C...ile E...'nin anlatımları, katılanın beyanlarını, dolayısıyla ırza geçmenin zorla olduğunu doğrulamakta, buna karşın aşamalarda esaslı değişiklikler gösteren ve dosyadaki kanıtlarla da örtüşmeyen sanığın savunmalarını çürütmektedir. Bu nedenle, sanığın suç tarihinde katılanın zorla ırzına geçerek kızlığını bozduğunun sübuta erdiği kabul edilmelidir."* (YCGK., 09.11.2010 T., 5-176/ 226) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.04.2015).

³²⁵ TCK Madde 30/1: *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."* Suçun maddi unsurlarında hata, suçun kanuni tanımındaki maddi yani objektif nitelikli unsurların bilinmemesi olarak ifade edilmektedir. Suçun maddi unsurlarında hatayı, suçun konusunda ve nedensellik bağında hata olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Suçun konusu, icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği "şey"i ifade etmektedir. Konuda hata bakımından, suçun hukuki konuları eşit değerde ise bu durumda hatanın dikkate alınmayacağını belirtmek gerekmektedir. Bir suçun mağdurunun kim olduğunun genel olarak ceza hukuku bakımından bir önem taşımadığını söylemek mümkündür. Suçlar bir hukuki yararı korumayı hedefledikleri için bu hukuki yaranın kime ait olduğunun önemli olmadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla (A) yerine yanlışlıkla (B)'nin öldürülmesi halinde kasten öldürme suçunun meydana geldiği kuşkusuzdur. Ancak konumuz açısından bakılacak olursa, bazı hallerde mağdurun kim olduğunun önem taşıyabileceği durumlar söz konusu olabilmektedir. Özgü suç olarak da ifade edilen bu durumlar bazen suçun asli unsuru (suçun basit şekli) iken bazen de nitelikli unsuru (şekli) olarak ortaya

mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünen kişinin söz konusu hatasından yararlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Artık bu durumda TCK m. 103 değil, belki unsurları var ise, TCK m. 102'nin meydana geldiği söylenebilecektir. Bu şekilde bir hatanın varlığı fail ve mağdurun kültürel durumu, içinde yaşadıkları sosyal çevre, mağdurun dış görüntüsü, önceye dayalı bir ilişkilerinin olup olmadığı gibi durumlara bakılarak belirlenmelidir. Mahkeme böyle bir hatanın kabul ya da reddi konusunda mutlaka hukuki bir gerekçe oluşturmak durumundadır³²⁶.

VI. TEŞEBBÜS

Cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olduğu³²⁷ belirtilmektedir³²⁸. Cinsel saldırı suçu, failin mağdurun vücudu üzerinde cinsel yönden herhangi bir ihlal

çıkabilmektedir. Örneğin, TCK m. 103 “*çocuğun*” cinsel istismarını cezalandırmaktadır. O halde mağdurun ilgili bu suç bakımından “*çocuk*” olması şarttır. Çocuk 18 yaşını doldurmamış kişi olduğundan acaba fail yetişkin olduğu düşüncesiyle söz konusu fiili çocuğa karşı işlerse m. 103'den cezalandırılacak mıdır? TCK m. 30/1 bu durumda failin kasten hareket etmiş olmayacağını ifade etmektedir. Bu suçun taksirli hali de düzenlenmiş olmadığından, failin en azından m. 103'den cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirtmek yanlış olmayacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 448-450; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, ss. 254-255; Özbek, Hata, ss. 84-85).

³²⁶ “*Hastane doğumlu olup suç tarihinde on dört yaşında olan mağdure ile sanığın aynı köyde ikamet ettikleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ve sanığın rızaen birlikte kaçıp yirmiyedi gün birlikte yaşadıkları ve bu süre içinde birden çok rızayla cinsel ilişkiye girdikleri olayda; sanığın mağdureyi uzun süredir tanınması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup somut olayda TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir.*” (YCGK., 15.09.2015 T., 2013/ 749, 2015/ 277) Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 336-337, dn. 88.

³²⁷ Kişi, işlemeyi kastettiği cinsel saldırı suçuna elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu olacaktır (TCK m. 35/1). “*Komşu olmaları sebebiyle mağdurenin eşinin yaylada olduğunu bilecek durumdaki sanığın olay gecesi 02.00 sıralarında uyuduğu odaya girerek başını ve göğüslerini okşamaya başladığı mağdurenin bu esnada uyanıp bağırması, evde bulunan kızkardeşinin sesi duyup, lambayı yakması neticesinde kaçmak zorunda kaldığı şeklinde oluşa uygun kabul edilen eylemlerinin ırza geçmeye yönelik icrai hareketlerden olduğu ve meydana geldiği yer, zaman, sanığın olay sırasındaki söylem ve eylemlerinin ırza geçme kastını açığa çıkarttığı, ancak elinde olmayan engel sebeplerden dolayı tamamlayamadığı eyleminin ırza geçmeye teşebbüs (nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs) niteliğindedir.*” (Y. 5. CD., 18.06.2007 T., 4859/ 4921) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.01.2015). “*Sanığın, müştekiyi çağırarak “gel seninle yatalım” demek suretiyle cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, müştekinin kabul etmemesi üzerine kolundan tutup zorla çekerek dudaklarından öptüğü, aynı zamanda cinsel organını çıkardığı, bu sırada müştekinin bağırıp yardım istemesi üzerine babası tanığın gelerek kızı olan müştekiyi kurtarması karşısında, sanığın eyleminin ırza geçmeye eksik teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılması ve delillerin takdirinin yüksek dereceli Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girdiği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir.*” (Y. 5. CD., 13.04.2006 T., 2004/ 5286, 2006/ 3173) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2015).

³²⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 337; Soyaslan, s. 240; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 219. Bir görüşe göre ise, cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu ve ani bir suç olduğu

niteliğindeki davranışı gerçekleştirmesiyle tamamlanacak olup, failin mutlaka cinsel yönden istediği doyuma ulaşp ulaşmadığı dikkate alınmayacaktır. Burada önemli olan failin tatmin olması³²⁹ ya da boşalması³³⁰ olmayıp, mağdurun vücut dokunulmazlığının cinsel davranışlarla ihlal edilmesidir. Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirim bakımından, failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun cinsel özgürlük açısından yarattığı tehlike dikkate alınmalıdır³³¹.

Fiilin vücuda organ ya da cisim sokmak biçiminde işlenmesi durumunda³³² fiil organın ya da cismin bir kısmının sokulmasıyla tamamlanmış kabul edilmelidir.

gibi, hareketten bir neticenin doğması öngörülmemiş olduğu için de neticesiz bir suçtur. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkün değildir. Hareketin yapılması ile suç tüketilmiş bulunmaktadır. Bu anlamda sırf hareket suçu niteliğindeki cinsel saldırı suçunda suça teşebbüs ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde mümkün olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 384). “Olay tarihinde evinde misafir olarak bulunan mağdureye sarılarak yanağından öpen ve bu durumdan rahatsızlık duyarak tepki gösterip evden ayrılan mağdureyi takip eden alkollü sanığın, karanlık bir yolda mağdurenin boğazına sarılarak, “boş inşaata geç, sana tecavüz edeceğim, kocana zarar gelmesini istemiyorsan dediklerimi yap” şeklindeki sözlerle önden inşaata gönderdiği, mağdurenin binaya giriyor gibi yaparak, koşup yakındaki lokantaya sığınması sebebi ile sanığın kaçmak zorunda kaldığı şeklinde oluşa uygun olarak kabul edilen eylemlerinin ırza geçme suçunun icrai hareketlerinden olduğu, olayın meydana geldiği yer, zaman, sanığın olay sırasındaki davranışlarının da ırza geçme kastını ortaya çıkarttığı, ancak elinde olmayan engel sebeplerden dolayı tamamlayamadığı, eyleminin suç tarihine göre ırza geçmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu...” (Y. 5. CD., 10.05.2010 T., 7813/ 3461) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2016).

³²⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 337; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 384.

³³⁰ Soyaslan, s. 240. Örneğin, bir kimseye bıçağı çekip “yanağından bir defa öpeyim” diyen kimsenin, etraftan gelenler olunca kaçması halinde basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs meydana gelecektir (aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3339). Bir başka kararında. Yargıtay, hırsızlık için eve giren sanığın yanında getirdiği jilet ile evin bir odasında uyuyan mağdurenin pijamasını cinsel saldırıda bulunmak amacıyla kestiği, bu sırada mağdurenin uyanması üzerine kaçtığı olayda cinsel saldırıya teşebbüsün varlığı kabul edilmiştir (YCGK., 27.03.2007 T., 5-45/ 77) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.08.2015).

³³¹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 385. Yargıtay uygulamasına göre, cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine (m. 102/5 ve 102/ 6; 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, yeni m. 102/5) teşebbüs söz konusu değildir (Tuğrul, s. 124).

³³² Artuk/ Gökcen/ Yenidünya’ya göre, 102. maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkra düzenlenilen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmamakta, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla nitelikli halin sair bir sebeple gerçekleşmemesi halinde, bu görüşe göre teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği haller, suçun temel şekli olarak tayin ve tesbit edilmiştir. Bu nedenle böyle durumlarda unsurları varsa suçun temel şekli ve 61. maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir (Artuk/Gökcen/Yenidünya, Özel, s. 300; Artuk/Gökcen/Yenidünya, Şerh, s. 3647). Yargıtay’ın nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu şeklinde kararları bulunmakla birlikte, bahsettiğimiz görüş yönünde de aşağıda bahsedeceğimiz 01.10.2012 tarihli bir kararı bulunmaktadır. Bahsi geçen karar metni şu şekildedir: “Dosya içeriğine göre, sanığın, olay günü maağdureyi yere yatırarak pantolonunu çıkarttığı, kendi pantolonunu da dizine kadar indirerek mağdurenin üzerine çıkıp öptüğü ve devamla cinsel organını mağdurenin vajinasına sokmaya çalıştığı sırada mağdurenin bağırma sesini duyan tanık Abdurrezzak’ın olay yerine gelmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşılmakla, nitelikli cinsel saldırı suçunun geçitli suçlardan olması ve teşebbüs

Organın ya da cismin tamamının sokulmasına gerek bulunmamaktadır³³³. Failin cinsel yönden iktidarsız olması nedeniyle nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştiremediği hallerde, işlenemez suç değil, m. 102/2'ye göre teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır³³⁴.

aşamasında kalan bu olayın basit cinsel saldırı suçunu da kapsamı nedeniyle meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı da gözetilerek TCK'nın 102/1, 102/3-a maddeleri uyarınca verilecek cezadan, aynı Kanunun 102/1, 102/3-a maddelerinde öngörülen cezanın altında olamayacağı düşünülmeden eksik cezaya hükmolunması..." (Y. 14. CD., 01.10.2012 T., 4359/ 9268) (Karar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 300, dn. 64).

Yargıtay genel olarak nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu görüşündedir: "*Sanık hakkında basit cinsel saldırı suçundan kurulan hükümde; mağdurenin aşamalarda istikrarlı beyanlarında, olay tarihinde gece uyuduğu sırada sanığın elinde bulunan kesici aleti boğazına dayayarak kendisini salona götürdüğünü, bacaklarını okşamaya başladığını ve kendisi ile birlikte olmak istediğini söyleyerek elindeki bıçakla tehdit ederek kendisini öpmesini istediğini, öpmek istemeyince saçından tutarak kendisini yere uzattığını, vücudunu ellemeye başladığı sırada, küçük kızının uyanarak ağlaması üzerinde sanığın kızını susturmak için kendisini gönderdiğini, kendisinin de bu durumdan faydalanarak dışarı çıktığını ve ev sahibinden yardım istediğini beyan etmiş bulunması ve tüm dosya içeriğinden, sanığın organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemine ilişkin icrai hareketlere başladığı, küçük çocuklarının uyanarak ağlaması üzerine fırsat bulan mağdurenin kaçıp kurtulması üzerine eylemini tamamlayamadığının anlaşılması karşısında, eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, hukuki nitelendirmede hataya düşülerek basit cinsel saldırı suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...*" (Y. 14. CD., 11.04.2012 T., 21855/ 4268) (Ayrıca Y. 5. CD., 11.04.2011 T., 15062/ 2903; Y. 5. CD., 22.01.2008 T., 11586/ 161; Y. 5. CD., 20.11.2006 T., 9322/ 9243 sayılı kararlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 300, dn. 63).

³³³ Soyaslan, failin seksüel organının mağdurun vücuduna aşağı yukarı tamamen girmesi gerektiğini ifade etmektedir (Soyaslan, s. 243; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 301; Meran, ss. 320-321).

³³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 387. Yargıtay bir kararında, "*faildeki fiziki imkansızlık nedeniyle mağdurun cinsel organına duhulün gerçekleşmemesi üzerine failin parmağıyla mağdurun kızlığını bozmasına ilişkin fiili*" suça teşebbüs olarak değerlendirmiştir (Y. 5. CD., 27.10.1992 T., 3164/ 3363). Bkz. Soyaslan, s. 243. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, burada failin fiziki yetersizliğinden kaynaklı olarak duhulü gerçekleştirememesi halini, suça teşebbüs olarak kabul etsek de, TCK m. 102/2 bakımından failin parmağını mağdurenin cinsel organına sokması hali bakımından esasen fiilin tamamlanmış olduğunu kabul etmek gerekecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 337, dn. 94).

Cinsel davranışlara başladıktan sonra gönüllü vazgeçme³³⁵ olanaklı gözükmetedir³³⁶. Fail icra hareketlerine başlamış, ancak herhangi bir engel neden olmamasına rağmen bu hareketlerden vazgeçmişse³³⁷, o zamana kadar işlemiş olduğu eylem başka bir suç, örneğin cinsel taciz suçunu oluşturmuşsa, sadece bu suçtan

³³⁵ Fail, cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticelenmesini önlerse, teşebbüsten cezalandırılmayacak; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturuyorsa, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır (TCK m. 36). “Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın mağdureyi pazara götürme bahanesiyle tarketörünün sepetine alıp onu ağaçlık تنها bir alana götürüp donunu ve kilodunu indirmeye çalıştığı sırada, mağdurenin karşı koyup hasta olduğunu bildirmesi üzerine ,sanığın mağdureyi bırakarak organ sokma eylemini gerçekleştirmemesi şeklinde sübut bulan olayda, sanığın eylemini tamamlamasına ciddi bir engel olmadığı, hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkan dahilinde bulunduğu halde, mağdurenin hasta olduğunu bildirmesi üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, sanığın eyleminin basit nitelikteki cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi, isabetsizdir.” (Y. 14. CD., 10.12.2013 T., 2012/ 1525, 2013/ 13036) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.07.2016).

³³⁶ Cinsel saldırının icrasına başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen fail bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, fail sadece bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 385; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 303; Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 64).

³³⁷ Örneğin, TCK m. 102/2’nin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen fail, eğer o ana kadar tamam olan kısım basit cinsel saldırı suçunu oluşturuyorsa, “gönüllü vazgeçme” (TCK m. 36) gereğince TCK m. 102/1’den cezalandırılacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel, s. 170; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 302-303). Ayrıca, TCK m. 102/1’deki suçun icrasına başladıktan sonra mağdur ile herhangi bir vücut temasına girmeden, gönüllü vazgeçen failin o ana kadar ki eylemleri, şartları varsa, “cinsel taciz” (TCK m. 105) suçunun unsurlarına uyabilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel, s. 370).

dolayı³³⁸ cezalandırılabilircektir³³⁹. Cinsel saldırı suçu bakımından teşebbüs ile gönüllü vazgeçme hükümleri arasındaki ayrım önemlidir. Suçu elverişli vasıtalarla

³³⁸ “Sanığın, olay günün ailece görüştükleri yalnız olduğunu bildiği katılanın evine gittiği ve evin havalandırılması için açık bırakılan kapısından içeriye girerek katılandan yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istediği, katılanın ailece görüştükleri için sanığın bu isteğini kabul edip çayı demledikten sonra ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçtiği, sanığın katılanın arkasından yatak odasına giderek katılana sarıldığı ve göğüslerini sıkıdığı, bağırmakta olan katılana “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” dediği, katılanın kurtulmak için sanığı iterek bağırmaya başlaması üzerine sanığın koridora çıktığı ve tekrar “senle yapalım” dediği, katılanın koridora doğru bir tahta fırlattığı, mutfığa doğru bıçak almaya yöneldiğinde sanığın evden çıkması ile fiilin sona erdiği olayda, sanığın katılana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkarak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katılana söylediği “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkanı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kendi isteği ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılmakla 5237 sayılı Kanunun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.” (YCGK., 26.05.2015 T., 2014/ 600, 2015/ 194). “Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan hüküm kurulmuştur. Sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması gerekir. mağdure ile evde yalnız olan sanığın, mağdurenin yanına oturup elini tuttuğu, duruma şaşıran mağdurenin evden ayrılmak istemesi üzerine kollarından sert bir şekilde tutup koltuğa oturarak evden ayrılmasına izin vermediğinin, üzerine çıkıp öpmeye başladığı, göğüs, bacak ve kalçalarını ellediği, tokat atarak direnen mağdureyi kendisi de tokat atmak suretiyle etkisiz hale getirip taytını yarıya kadar indirerek okşamaya devam ettiği ve mağdurenin astım hastası taklidi yapması üzerine sanığın üst kat komşusundan ilaç getireceğini söyleyerek evden ayrılması üzerine bu durumu fırsat bilen mağdurenin koşarak evden kaçtığı anlaşılmıştır. Sanığın, nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik elverişli hareketlerinin bulunduğu kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu itibarla eyleminin basit cinsel saldırı suçu kapsamında kaldığı gözetilmelidir.” (Y. 14. CD., 04.04.2016 T., 188/ 3283) (Kararlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 337-338, dn. 96).

³³⁹ Örneğin, sanık mağdureye bıçağını çekip “pantolonunu çıkar, cinsel organını öpeceğim” demiş ve mağdure pantolonunu indirdikten sonra vazgeçip bırakıp gitmişse bu halde cinsel taciz suçu oluşabilecektir (Tuğrul, s. 120).

icraya başlayıp da, mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında harici bir engel olmadan vazgeçen sanıkların eylemi gönüllü vazgeçme³⁴⁰ olarak nitelendirilecektir³⁴¹.

Cinsel saldırı fiilinin nitelikli hali (*vücuda organ yahut sair cisim sokulması*) açısından fiilin gerçekleştirilememiş olmasının hukuki niteliği de tartışmalı bir başka husustur. Acaba fail, vücuda organ ya da sair cisim sokmak istemiş ama sokamamışsa, m. 102/2'ye teşebbüsten mi yoksa m. 102/1'deki fiilin tamamlanmış olmasından mı sorumlu olacaktır? Bir suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu

³⁴⁰ Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden gönüllü olarak vazgeçen failin bu suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağını üzerinde durulması gereken bir başka sorun olduğu belirtilmektedir. Bu soruya verilecek yanıtın TCK m. 102/2'nin cinsel saldırı suçunun nitelikli hali mi, yoksa ondan tamamen bağımsız bir suç mu olduğunun belirlenmesine bağlı olarak değişeceği ifade edilmektedir. 102/2, 102/1'deki suçun nitelikli şekli olarak düşünülmüş ise de, burada tamamen farklı bir suçtan bahsetmek gerektiği vurgulanmaktadır. Neticesinde, 102/2 açısından gönüllü vazgeçme söz konusu olduğunda, faili, o ana kadar yapılan hareketlerin vücut dokunulmazlığının ihali niteliği taşıyıp taşıyamamasına göre cinsel taciz (TCK m. 105) ya da cinsel saldırının temel biçiminden (TCK m. 102/1) cezalandırmak gerekeceği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, mağdurun vücutuna organ (veya cisim) sokmak kastıyla icra hareketlerine başlayan fail, henüz organı mağdurun vücutuna sokmadan kendiliğinden icra hareketlerine son verirse, o ana dek yapılan davranışlar vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıyorsa, cinsel saldırı suçunun temel şeklinden dolayı cezalandırılacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 385-386; aynı yönde Ünver, Cinsel. Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 301; Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 39-40). Yargıtay'da belirttiğimiz bu görüştedir. “TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücutuna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu...” (Y. 5. CD., 11.10.2010 T., 13156/ 7375) (<http://www.kazanci.com>., Erişim Tarihi: 02.05.2016). “Saniğin, cinsel organının mağdurun ağzına sokmak suretiyle olduğu kabul edilen eylemde, 102/2. maddede yazılı suçun tamamlandığı halde, teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle tayin olunan cezadan 35. madde uyarınca indirim yapılması, karşı temyiz olmadığından...bozma sebebi yapılmamıştır.” (Y. 5. CD., 15.03.2007 T., 601/ 1967) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.08.2015).

Tezcan/ Erdem/ Önok, TCK m. 102/ 1 – m. 102/ 2 ilişkisi bakımından söylediklerinin, TCK m. 102/1'in ilk ve ikinci cümlesi arasındaki ilişki açısından da geçerli olup olmadığı konusuna da değinmek gerektiğinden bahsetmektedir. Bu bakımdan, süreklilik arz eden bir davranışa yönelik kastın olmasına rağmen, saldırının, engel bir hal yüzünden ani ve kesik bir hareket düzeyinde kalması halinde, TCK m. 102/1, c. 1'e teşebbüsten bahsedilebileceği belirtilmektedir. Bu noktada esas sorunun, cinsel saldırının tamamlanamadığı, örneğin, bedensel temasın engel nedenlerle gerçekleştirilemediği hallerde, hangi cümleye teşebbüs edildiğinin saptanması meselesi olduğu vurgulanmaktadır. Yazarlara göre, burada failin kastının m. 102/1, c. 1'e yönelik olduğu tespit edilememişse, faili “sarkıntılık düzeyinde” kalan cinsel saldırıdan sorumlu tutmak gerekecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 386-387).

³⁴¹ “Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için, nitelikli cinsel saldırı suçunun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanıp, elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması gerekir. Mağdurenin vücutuna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından, saniğin suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabulü gerekir” (Y. 5. CD., 01.06.2009 T., 3381/6645) (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 337, dn. 95).

belirtilmektedir³⁴². Zira TCK'da da suçun nitelikli haline teşebbüsü yasaklayan bir düzenleme yoktur³⁴³. Bakılması gereken suçun temel ve nitelikli haline ilişkin unsurların somut eylem bakımından gerçekleştirmiş olup olmadığıdır. “*Vücuda organ yahut sair cisim sokmak suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal*” bakımından organ yahut sair cisim sokulmaya çalışılmış fakat failin elinde olmayan bir nedenle sokulamamış ise artık eylemin teşebbüs aşamasında kalmış olduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla failin organ ya da sair bir cismi mağdura sokamaması suretiyle neticenin meydana gelmediği hallerde failin sorumluluğu m.102/1'deki cinsel saldırının basit halinin tamamlanmış şeklinden değil, m. 102/2'deki cinsel saldırının nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalmış biçiminden olacaktır³⁴⁴. Nitekim Yargıtay'a göre, sanığın eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesiyle tanık V'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahane ile evden ayrılmasını müteakip “*benim olacaksın, buradan ölün çıkar, dirin çıkmaz, boşuna debelenme*” diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu esnada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak amacıyla oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği, sanığın mağdureyi yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak durumunda kalması, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmelidir³⁴⁵.

VII. SUÇLARIN İÇTİMAI

Cebir ve tehdit fiillerine cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi bakımından araç olarak başvurulduğu için, bileşik suç (TCK m. 42) söz konusudur ve faile ayrıca “*cebir*

³⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 327; ayrıca bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 162.

³⁴³ Kocaoğlu, ortada her ne kadar kanun koyucu tarafından ifade ediliş şekli ile bir ağırlaştırılmış neden söz konusu olsa da, aslında TCK m. 102/2 ve TCK m. 102/1'in unsurları ile tamamen farklı ve bağımsız iki ayrı suç olduğu düşüncesindedir. O nedenle de, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesi (TCK m. 102/2) halinde de, ilgili suçun nitelikli bu haline teşebbüsün mümkün olacağını ifade etmektedir (Kocaoğlu, s. 166). Bunun için, failin kastının organ veya cisim sokmaya yönelik olması, ancak elinde olmayan sebeplerle fiili tamamlayamaması aranmaktadır (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3340; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 385; Tuğrul, s. 122).

³⁴⁴ Karşılaştırmak için bkz. Yenidünya, s. 3294; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 384-387.

³⁴⁵ Y. 5. CD., 22.01.2008 T., 11586/ 161 (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 328, dn. 55).

suçundan (m.108)” ya da “tehdit suçundan (m.106)” dolayı ceza vermek mümkün değildir³⁴⁶. Fakat burada failin kullandığı cebir cinsel saldırıyı gerçekleştirebilecek elverişlilik sınırını aşmışsa, gerçek içtima kuralları uyarınca faile hem cinsel saldırı suçundan, hem de kasten yaralama suçundan ceza verilmesi gerekecektir³⁴⁷.

Belirtilen bu husus TCK m. 102/ 4’de düzenlenmiş olmasına rağmen, düzenlemenin 6545 sayılı Kanun hükmüyle değiştirilmeden önceki şekli için çeşitli tartışmalar söz konusuydu. Değişiklikten önceki³⁴⁸ fıkra metni şu şekildeydi: **“Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.”** Bu düzenlemede yer alan “kasten yaralama suçu” ibaresinin TCK m. 87 hükmüne mi yönelik olduğu yoksa m. 87 dışında ayrıca m. 86 hükmünü de mi kapsadığı hususu tartışmalıydı. Söz konusu fıkra hükmü 6545 sayılı kanun değişikliği ile **“Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”** şeklinde yeniden düzenlenmiştir³⁴⁹.

³⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 387. “Saniğin cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik mağdureye karşı sarf ettiği “seni öldürürüm, sesini çıkarmayacaksın, bana teslim olacaksın” şeklindeki sözlerin manevi cebir kapsamında cinsel saldırı suçunun unsuru olup ayrıca tehdit suçunu oluşturmadığı...” (Y. 5. CD., 03.05.2007 T., 156/ 3197) (Bkz. Tuğrul, s. 85, dn. 179).

³⁴⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 338; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 305-307.

³⁴⁸ Değişiklikten önce, “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde” cebir kullanılmış ise, fail ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmaktaydı. Ne var ki, mağdurun direncinin kırılması konusunda ölçünün ne zaman aşıldığını belirlemenin kolaylıkla mümkün olmadığı göz önünde bulundurulursa, düzenlemenin uygulamada sorun yaratacağını ve hukuksal güvenliğini sarsacağı ifade edilmiştir (Hafizoğulları, Beşeri Cinsellik, ss. 364 vd.; Yıldız, s. 219). Değişiklikten önce, cebrin ölçüsü konusunda TCK m. 86’nın esas alınması gerektiğini, buna karşılık TCK m. 87 düzeyine ulaşan cebrin ayrıca cezalandırılacağı da öne sürülmekteydi (Yenidünya, s. 3289). Diğer bir görüşe göre, sınırın aşılması açısından, oluş içerisinde yapılan hareketin gerekli olup olmadığı da değerlendirilecekti. Bu açıdan, örneğin, bulgu hafif derecede olmakla birlikte, gereksiz kabul edilebilecekse, ayrıca yaralama suçundan dolayı hüküm kurulmalıydı (Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 30-32).

³⁴⁹ Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Ayrıca, söz konusu suç nedeniyle mağdurun beden sağlığının bozulabileceği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesiyle mağdur yaralanabilmekte, mağdura bir hastalık bulaştırılabilmekte ve hatta bu suçun işlenmesi sonucunda mağdur üreme yeteneğini kaybedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, maddenin dördüncü fıkrası hükmüne göre, cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böylelikle Kanunun 103 üncü maddesinin beşinci fıkrasıyla da uyum sağlanmış olmaktadır.” (Artuk/Gökcek/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 136). Böylece görüldüğü gibi, suçun işlenmesinde araç olarak başvurulacak cebrin ne zaman ayrıca kasten yaralama kapsamında cezalandırılacağı sorusuna verilecek cevap bakımından çocukların cinsel istismarı suçu ile cinsel saldırı suçu arasında paralellik oluşturulmuştur.

Başvurulan cebirin, kasten yaralamanın basit halini (m. 86) aşmaması gerekmektedir. Zira, 6545 sayılı Kanun ile değişik m. 102/4'e göre, "*Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*". Bu anlamda, 6545 sayılı Kanundan sonra, TCK m. 86/1 ve 86/2 (basit tıbbi müdahale) kapsamında kalan bir yaralamadan dolayı faili ayrıca cezalandırmak söz konusu olmayacaktır³⁵⁰.

Burada TCK m. 109/ 5'de bulunan "*suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır*" şeklindeki nitelikli hal üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. Buna göre cinsel saldırı suçuyla birlikte kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu da söz konusu olmuşsa nasıl hareket etmek gerekecektir?³⁵¹ Burada değerlendirmeyi her bir somut olay açısından ayrı ayrı yapmak gerekmektedir. Öncelikle ***cinsel saldırının vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle işlenen şeklinin*** kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmaksızın işlenebilmesinin imkansız olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, bir suçun işlenmesi ile diğer suç zorunlu olarak işlenmektedir, suçlardan bir tanesinin haksızlık içeriği elbette diğerininkini de kapsamaktadır. Bu durum aynı zamanda eylemin zamansal ve mekansal birlikteliği ile de ilgilidir³⁵². Bu gibi durumlarda kanun koyucunun bu hususu dikkate alarak soyut ceza

Değişiklikten önce, cinsel istismar suçunda kasten yaralamadan dolayı failin ayrıca cezalandırılabilmesi için kasten yaralama suçunun netice yüzünden cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi aranırken, cinsel saldırı suçu bakımından bu sonucun doğması için sadece direncin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanmak yeterliydi (Eleştirisi için bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 1002).

³⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 387-388. O halde cinsel saldırı suçunda kullanılan cebirin TCK m. 86/1 veya 2 kapsamında olması durumunda bu cebir suçun unsuru olarak kabul edilecek ve ayrıca kasten yaralama suçundan fail sorumlu tutulmaksızın sorumluluk yalnızca cinsel saldırı suçundan (m.102/ 1 veya 2) belirlenecektir. Bu durumda, TCK m.102/ 4'de yer alan ve gerçek içtima gerektiren hüküm uygulanmayacaktır. Ancak cinsel saldırı suçunda kullanılan cebir, TCK m. 87 anlamında bir neticeye de yol açmışsa TCK m. 23 hükmü unsurları da bulunmak şartıyla fail TCK m. 102/ 4 hükmü gereği hem cinsel saldırı suçundan (m. 102/ 1 veya 2) ve hem de netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (m. 87/ 1 veya m. 87/ 2 - bitkisel hayata girme hali hariç - yahut m. 87/3) gerçek içtima kuralları çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 339).

³⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 388.

³⁵² Yargıtay'ın önceki TCK dönemindeki uygulamasında, cinsel saldırıyı gerçekleştirebilmek için mağdurun özgürlüğünden yoksun kılınması zorunlu olup, saldırının gerçekleştirildiği yer, TCK m. 109'daki suçun oluşması için gerekli şartları taşıyorsa "*yer temini*"nden söz edilmekte ve fail, yalnızca cinsel suçtan ötürü cezalandırılmaktaydı. Yazara göre, TCK uygulamasına yer temininin uygulama alanı hemen hemen kalmayacak, cinsel saldırının hangi şekli olursa olsun, bir kimseyi birkaç dakika için bile olsa, bulunduğu yerden başka yere götüren failin eylemi ayrıca m. 109'daki suçu oluşturacaktır (Bu konuda bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 32-33).

taini yaptığı kabul edilmelidir. Sonuç olarak bu gibi hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan faile ayrıca ceza verilmemelidir³⁵³. **Bununla birlikte eylemlerin birbirinden ayrılabilirdiği somut olaylarda** yani failin cinsel saldırı fiilini işlediği süre dışında (yani cinsel birlikteliğin yaşandığı zaman dilimi dışında) da mağdurun özgürlüğünün temadi teşkil edebilecek ölçüde kısıtlanması durumunda³⁵⁴ faile ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan (TCK m.109) ceza verilmelidir³⁵⁵.

³⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 339; ayrıca bkz. Röhlein, s. 103. Yargıtay’a göre de sadece cinsel saldırı suçunun işlendiği zaman diliminde mağdurun hürriyetinin kısıtlanması TCK m. 109’daki suçu oluşturmayacaktır. “Mağdurenin anlatımlarına, sanığın ikrarına ve tüm dosya içeriğine göre; olay tarihinde sanığın, mağdurenin bulunduğu eve girdikten sonra zorla yere yatırıp vuracaktı gibi yaparak korkuttuktan sonra, rızası hilafına cinsel ilişkiye girdiği ve sonrasında evden çıkarak olay yerinden ayrıldığı anlaşılmakla, sanığın cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdiği zaman zarfı dışında mağdureyi hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir eyleminin bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 16.01.2014 T., 2013/ 10526, 2014/ 366) (Bkz. Kocaoğlu, s. 175, dn. 479).

³⁵⁴ Mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması, yalnızca cinsel içerikli suçun işlenmesi süresince söz konusu olmuşsa, fikri içtimadan söz edilebilir. Buna karşılık, mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmayıp, bundan önceki ya da sonraki bir zamanda da devam etmişse (örneğin, otomobilin kapılarını kilitleyip immesine izin verilmeyen mağdureye tecavüz edilmesi), bu durumda gerçek içtimadan bahsedilmelidir (Tezcan/Ertem/Önok, Özel Hükümler, s. 388; ayrıca bkz. Artuk/Gökcek/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 226).

³⁵⁵ Örneğin failin, hürriyetini kısıtlamak suretiyle kaçırıldığı mağdurun ırzına birkaç gün sonra geçmesi halinde her iki suçtan da sorumluluk ortaya çıkacaktır. Burada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu bir kararı da örnek olarak vermek mümkündür: “Uyuşmazlık; sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir. Saat 06.30-07.00 sıralarında koşmakta olan katılanın yanına gelen sanığın konuşmak istediğini belirtmesi, sanığı tanımayan katılanın konuşma teklifini geri çevirerek koşmaya devam etmesi, bunun üzerine sanığın elinde bıçak olduğu halde katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemesi, katılanın sanıktan kurtulmak istemesi üzerine aralarında bir süre boğuşma yaşanması, boğuşmanın etkisiyle katılan ve sanığın yolun alt tarafında bulunan çalılıklara yuvarlanmaları ve burada katılanın direncini kıran sanığın sonrasında katılana karşı cinsel saldırı suçunu işlediğinin anlaşılmaması karşısında; sanığın koşmakta olan katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemek suretiyle katılanın hareket özgürlüğünü sınırladığı, devamında da kurtulmak isteyen katılanı bırakmamak suretiyle özgürlüğü sınırlama eylemini devam ettirdiği sabit olup, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yasal unsurları itibarıyla oluşmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki cinsel saldırı suçunun işlenmeye başlandığı âna kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir. Yasal unsurları oluşan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanığın cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü yasaya uygundur.” (YCGK., 05.02.2013 T., 2012/14-1409, 2013/37) (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 339-340, dn. 100). “Uyuşmazlık, nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının sabit olup olmadığının tespitine ilişkindir. Katılanın tüm aşamalarda özde değişmeyen biçimde ayrıntılı ve birbirleriyle uyumlu anlatımlarda bulunması, sanığın üzerinde usulüne uygun olarak yapılan arama sonucunda elkonulan cep telefonunda katılanın anlatımlarını doğrulayacak şekilde ilişkilerini gösteren birçok pornografik görüntülerin bulunduğu belirlenmesi, katılana ait telefonda yapılan incelemede sanık tarafından katılana gönderilen tehdit içerikli kısa mesajların tespit edilmesi, Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen rapordaki bulguların katılanın iddialarına uygun olması, katılanın sanığa iftira atması için bir nedenin bulunmaması, sanığın savunmasında katılanın elindeki morluğun eşi tarafından yapıldığını söylediğini beyan etmesine karşın katılanın eşinden boşanmış olması nedeniyle böyle bir morluğun suç tarihine kadar dört yıl varlığını korumasının mümkün olmaması hususları birlikte gözönüne alındığında; sanığın üzerine atılı cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun

Öğretide bir görüşe göre bu halde suçun cinsel amaçla işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi yerinde değildir. Zira burada tartışmış olduğumuz suçlardan bir tanesi cinsel saik ile işlenmeyi cezalandırmaktadır. Hürriyeti sınırlandırma eylemine ayrıca cinsel saiki yeniden yüklemenin herhangi bir mantığı bulunmamaktadır. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, bu nedenle, TCK m.109/ 5 hükmünün kanundan çıkarılması gerektiğini düşünmektedirler³⁵⁶. Ancak bu durumda akla şöyle bir olasılık da gelmektedir: Bir kişi cinsel saldırıda bulunmak amacıyla mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmış olsa ve fakat özgürlüğünü sınırlandırdıktan sonra cinsel saldırı eylemini gerçekleştiremeden yakalanmış olsa, suçun cinsel amaçla işlenmiş olması durumu kanunda düzenlenmiş olmadığından bir zafiyet ortaya çıkacak mıdır? Bu durum bir zafiyet yaratmayacağı gibi bu gibi durumlarda failin niyetinin okunması biçiminde bir uygulamaya yol açabileceğinden, mağdur ya da tanık beyanlarına dayalı olarak cezanın artırılmasına neden olacaktır. Bu durumun da masumiyet karinesine aykırı olduğunu söylemek gerekir. Bu durumda failin saiki, TCK m. 61/ 1 - g hükmü gereği temel cezanın belirlenmesinde cezanın üst sınırına yaklaşımda etkili bir husus olabilecektir. Görüldüğü üzere bu saikin, m. 109/ 5'te özel olarak düzenlenmesi mutlak bir gereklilik oluşturmamaktadır³⁵⁷.

Cinsel saldırı suçu işlenirken mağdurun konut dokunulmazlığı da ihlal edilmişse gerçek içtima kuralları gereğince fail hem cinsel saldırı suçundan (TCK

kalma suçlarının sabit olduğunun kabulü gerekmektedir." (YCGK., 30.06.2015 T., 2014/ 14-810, 2015/ 268) (Bkz. Kocaoğlu, ss. 174-175, dn. 476).

³⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 340.

³⁵⁷ TCK m. 109/ 5 hükmü, 765 sayılı Kanundaki alıkoyma suçunun bir karşılığı olarak düşünülmüş olsa da zaten gereksiz olan böyle bir hükme yeni kanunda yer açmaya çalışmak doğru olmamıştır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 340). Yeni Kanun uygulamasında, Yargıtay'ın, suçun işlenmesinden önce veya sonra mağdurun herhangi bir biçimde özgürlüğünün kısıtlanmadığı, sadece cinsel saldırı veya istismar süresince hürriyetin sınırlandığı hallerde, m. 109'daki suçun oluşmadığı görüşünde olduğu söylenebilir (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3628-3629; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 305-306; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 388). Buna karşılık, mağdurun bir yere götürülmesi gibi durumlarda ise, TCK m. 102 ile m. 109/5 arasında gerçek içtima uygulanmaktadır. "*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 yaptırma 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...*" (Y. 5. CD., 20.05.2008 T., 11696/ 4617) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 388-389, dn. 227).

m.102), hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (TCK m.116) sorumlu tutulacaktır³⁵⁸.

Failin aynı kişiye karşı değişik zamanlarda cinsel saldırıda bulunması açısından failde **“suç işleme kararında birlik”**³⁵⁹ bulunması halinde TCK m. 43/1’de düzenlenen zincirleme suç³⁶⁰ hükümleri uygulanacaktır³⁶¹. Cinsel saldırı suçunu oluşturan davranışın ardı ardına birkaç kez tekrarlanması, suçun da birden fazla olması demek değildir. Ancak bu davranışlar arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise, her bir cinsel saldırı suçundan dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilecektir. Bu halde ise suç işleme kararında birlik olup olmamasına göre zincirleme suç (TCK m. 43) ya da gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Ancak bunun için her bir cinsel saldırı suçunun mağdurunun aynı kişi olmasının zorunlu olduğunu belirtmek gerekmektedir. Vücuda organ ya da başkaca bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı (TCK m. 102/2), cinsel saldırının nitelikli şekli olarak düzenlenmiş ise de; burada tamamen farklı nitelikte bir suç olduğu düşüncesinde olan Tezcan/ Erdem, Önok’a göre, aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel saldırı gerçekleştirildiğinde, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı

³⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 226; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 340.

³⁵⁹ Failde böyle bir karar bulunmaması durumunda ise gerçek içtima kuralları gereği faile her bir fiilden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Failin farklı mağdurlara karşı tek fiille cinsel saldırı suçunu işlemesinin fiilen mümkün olamayacağı ve dolayısıyla mağdurun farklı kişiler olması halinde de gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve mağdur sayısının da suç oluşacağı öğretide ileri sürülmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 225; aynı yönde bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3260).

³⁶⁰ Zincirleme suç TCK madde 43: “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

³⁶¹ 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla değiştirilmeden önce cinsel saldırı fiilleri hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması TCK m. 43/3 ile yasaklanmış durumdaydı. Ancak uygulamada karşılaşılan problemler, örneğin değişik aralıklarla işlenen birden fazla cinsel saldırı suçunun sayısının belirlenmesindeki güçlük göz önünde bulundurularak, bu yasak hükmü 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun ile (m. 6) kaldırılmıştır. Bundan sonra, cinsel saldırı fiilleri hakkında da zincirleme suç hükümleri uygulanabilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 341; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 230). Önceki düzenlemenin yerinde olduğu hususunda bkz. Yokuş Sevük, s. 254.

belirtilmektedir³⁶². Yargıtay ise aksi yönde karar vermiştir³⁶³. Bizce TCK m. 102/1 ile 2 arasındaki ilişkinin iki yönlü olduğu kabul edilmelidir. TCK m. 102/2'nin işlenmesi için m.102/1'deki tipe uygun fiillerin işlenmesi gerekir. Bu anlamda vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiiller neticesinde vücuda organ yahut sair cisim sokulmuş ise burada tek suçtan söz edilebilir. Ancak bu fiiller farklı zamanlarda işlenmiş ise ve failin tek suç işleme kararı tespit edilebiliyor ise pekala zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Failin filleri arasında belirli bir süre olduğu durumda, bu farklı fiillerin farklı suç işleme kararıyla gerçekleştirildiği kesin olarak tespit edilmişse, fiil sayısınınca suç, aksi halde zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır³⁶⁴. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, önce cinsel saldırı suçunun basit hali, sonra da nitelikli hali işlenecek olursa, uygulamada m. 102/1 ve m. 102/2 aynı suç olarak

³⁶² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 389.

³⁶³ “*Sanığın önce cinsel organını mağdurenin bacaklarının arasına sürmek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, sonra da cinsel organını mağdurenin ağzına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği halde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir*” (Y. 5. CD., 10.03.2008 T., 653/ 1714). Tezcan/Erdem/Önok’a göre, bu içtihadı rağmen, herhalde mutlaka zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını söylemek mümkün olmamalı, failin kastına göre hareket edilmelidir. Gerçekten de, en baştan beri kastı suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik olan sanığın, fiiline suçun basit haline giren davranışlarla başlaması ve sonra organ sokma yoluna gitmesi halinde birden fazla suçun oluştuğunu söylemek doğru olmayacaktır. Keza, sarkıntılık düzeyinde başlayan bir davranışın, daha sonra sürekli ve yoğun bir boyut kazanması halinde de, TCK m. 102/1. c. 1 tek bir kez uygulanacaktır. Buna karşılık, araya zaman girmesi halinde, farklı zamanlarda gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından, bunların kül halinde süreklilik arz ettiğinden bahisle tek bir suçun oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, aynı serviste yan yana seyahat eden iki iş arkadaşından birinin diğerini farklı günlerde “*ellemesi*” halinde, birden fazla suç oluşmuştur; kastın yenilenip yenilenmediğine göre, zincirleme suç ya da gerçek içtima (fiil sayısınınca suç ve ceza) söz konusu olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 389, dn. 229).

³⁶⁴ “*Olay günü evine çağırdığı mağdureyle sanığın akşam saat 21:00 sularına kadar oturdukları, mağdurenin gitmek istemesi üzerine sanığın engel olarak mağdureyi yaraladığı ve evde bulunan yatağa zincirlediği, devamında mağdureye cinsel saldırıda bulunduğu, bir müddet sonra mağdurenin kurtulabilmek için sanıktan yemek istediği, bunun üzerine sanığın mağdureyi çözdüğü ve yiyecek bir şeyler almak için evden ayrılmakta olduğu sırada mağdurenin “kapıyı kilitleme” demesi üzerine sanığın evden ayrılmaktan vazgeçtiği ve tekrar mağdureyi yatağa zincirleyip ikinci defa cinsel saldırıda bulunduğu, daha sonra yatağın kenarında 1-2 saat kadar uyuya kaldığı ve uyandıktan sonra bağlı olan mağdureye karşı üçüncü defa cinsel saldırıda bulunduğu olayda, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdura karşı, değişik zamanlarda, aynı suç, birden fazla kez işlediğinin analıması karşısında, mahkemenin TCK’nın 43/1. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığından...*” (Y. 14. CD., 25.10.2013 T., 7469/ 10638). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.06.2016). Bu yönde Y. 5. CD., 29.06.2009 T., 5836/ 8439 ve Y. 5 CD., 03.03.2010 T., 12805/ 1788 sayılı kararlar için bkz. Tuğrul, s. 130.

nitelendirildiğinden, fail, cinsel saldırı suçunun nitelikli halini zincirleme olarak işlemiş olacaktır³⁶⁵.

Cinsel taciz suretiyle işlenen işkence eylemi TCK m. 94/3'de özel bir nitelikli hal olarak düzenlendiğinden, bu hallerde işkence ve cinsel taciz fiillerinden dolayı gerçek içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Fail sadece nitelikli işkence suçundan (TCK m.94/3) (bileşik suç hükümleri gereğince)³⁶⁶ dolayı sorumlu olacaktır. Kanunda cinsel saldırı suretiyle işlenen işkence eyleminin nitelikli hal olarak düzenlenmediğini görmekteyiz³⁶⁷. İşkence suçunun, cinsel saldırı fiilleriyle işlenmesi halinde, doktrinde, madde gerekçesiyle de uyumlu olarak hem cinsel saldırı suçundan hem de işkence suçundan gerçek içtima kuralları çerçevesinde ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁶⁸.

VIII. SUÇA İŞTİRAK

Cinsel saldırı suçuna her türlü iştirak mümkün gözükmektedir³⁶⁹. Her bir şerik kendi iştirakinin durumuna göre sorumlu olacaktır. Suç tipinde öngörülen cinsel

³⁶⁵ Yargıtay'ın en son uygulamasında, bir mağdura karşı farklı (vajinal/ anal) yollardan cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin işlenmesi halinde, aralıksız olarak yapılan bu tür hareketlerin tek bir fiil olarak değerlendirildiği (örneğin, Y. 5. CD., 18.02.2010 T., 13331/ 1240 sayılı karar) ; buna karşılık, belli süre ara verdikten sonra tekrar bu hareketlerden birinin ya da bir kaçının yapılması durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir (Tuğrul, ss. 128, 131).

³⁶⁶ Bileşik suç TCK madde 42- "(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."

³⁶⁷ Cinsel saldırı suçunun işkence yöntemi olarak işlenmesi hali, Alman hukukunda özellikle tazminat hukuku açısından pek çok yargı kararına konu olmuştur. İşkence suçunun ve cinsel saldırının uzun süreli psikolojik etkileri dikkate alındığında hem cezanın belirlenmesi hem de tazminatın belirlenmesi açısından üst sınırlara yaklaşılması gerektiği, gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında ifade edilmektedir (Huber, Rdn. 58).

³⁶⁸ Özellikle bu iki suç tipi ile etkin mücadele, korunan hukuki değerlerin mahiyeti, eylemlerin farklı farklı taşıdığı haksızlık içeriklerindeki yoğunlukları bu görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca TCK m. 94/3'te sadece cinsel tacizden söz ediliyor olması, daha geniş bir kavram olan *cinsel davranış* kavramının tercih edilmemiş olması da bu görüşü destekler niteliktedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 391; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 341).

³⁶⁹ Burada birden fazla kişiden bazısı cebir hareketini gerçekleştirmiş, bazısı ise cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş ise, bunların hepsinin birlikte fail olarak cezalandırılması gerektiği ve cezanın da TCK m. 102/2-d uyarınca artırılması gerektiği vurgulanmaktadır. "*Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık M. 'nin katılan K. 'ya yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanık İ. 'nin, katılan K. 'nin eşi olan katılan E. 'nin araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık İ. 'nin olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırmaya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık M. 'nin nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK'nın 37/1 maddesi kapsamında müsterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...*" (Y. 5. CD., 15.04.2008 T., 650/ 3485) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel

davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi bu suçun faili olarak sorumlu olacaktır. Cinsel saldırı suçunun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte işleyen kişilerden her biri, (doğrudan) fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37/1). Cinsel saldırının işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de (dolaylı) fail olarak sorumlu olacaktır (TCK m. 37/2-c. 1). Kusur yeteneği bulunmayanları suçta kullanan kişinin cezası ise üçte birden yarısına kadar artırılabilecektir (TCK m. 37/2-c.2). Bu anlamda başkasını cinsel saldırı işlemeye azmettiren kişi ise, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 38/1). Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle cinsel saldırıya azmettirme durumunda, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m. 38/2-c.1). Çocukların cinsel saldırıya azmettirilmesi halinde, cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı araştırılmayacaktır (TCK m. 38/2-c.2). Cinsel saldırının işlenmesiyle yardım eden³⁷⁰ kişiye, öngörülmüş hallerde daha düşük ceza verilecektir (TCK m. 39/1)³⁷¹.

Hükümler, s. 378, dn. 172; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 304, dn. 87; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 301, dn. 65).

³⁷⁰ Faile, cinsel saldırıda bulunma hususunda karar verdiren kişi azmettiren, cinsel saldırının icrasını kolaylaştıracak yardımlarda bulunanlar ise yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 12.10.2006 T., 6049/ 7868 sayılı kararında, “*Mağdurenin metruk eve zorla götürülmesinden sonra sanık Bayram’ın gitmesini istediği Hasan’ın dışarı çıkarak köye gidip bilahare mağdurenin bulunduğu evin önündeki araçta kalıp sabahladığı anlaşılan*” olayda, yerel mahkemenin sanık Hasan hakkında nitelikli cinsel saldırı suçuna yardım eden şerik olarak katıldığı şeklinde oluşturduğu mahkumiyet hükmünü, sanık Hasan’ın nitelikli cinsel saldırı suçunun icrasını kolaylaştıran nitelikte yapıcı davranışlarıyla sanık Bayram’ın fiiline doğrudan eylemsel olarak katıldığını kabule yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Bizce de yerinde olan görüşe göre bu karar yerinde bir karar değildir. Çünkü bu olayda failler başlangıçta cinsel amaçlı olarak mağdureyi hürriyetinden yoksun bir hale getirmişler ve ilgili amaç çerçevesinde gerçekleştirilen fiilin varlığının tespitinden sonra da artık cinsel saldırıya iştirakin şartları oluşmamıştır denilmesi mümkün olmamalıdır. İlgili olayda asıl tartışılması gereken husus birlikte failliğin mi, yoksa suçun işlenmesinden önce ya da işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak (TCK m. 39/2-c) biçimindeki şerikliğin mi bulunduğu hususu olmalıdır. Somut olaya baktığımızda başlangıçtaki fiil olmasaydı failin cinsel saldırıyı gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabiliyorsa, yani hürriyetin sınırlanması cinsel saldırının gerçekleşebilmesi için belirleyici bir etkiye sahipse (somut olayda metruk eve zorla götürme olmasaydı sanık Bayram’ın cinsel saldırıyı gerçekleştirmesi söz konusu olamazdı diyebileceğimiz bir durum söz konusudur (fonksiyonel hakimiyet), Hasan’ın birlikte fail olarak sorumlu tutulması gerekir idi (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 304-305).

³⁷¹ Kocaoglu, ss. 187-188.

Cinsel saldırı suçuna yukarıda bahsi geçen her türlü ³⁷²iştirak mümkündür³⁷³. İlgili suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır³⁷⁴. Yani, her şerik kendi iştirakinin durumu neyse ona göre sorumlu tutulacaktır³⁷⁵. Ancak cinsel davranışı gerçekleştirenlerin sayısı birden fazla ise bu halde söz konusu kişiler “birlikte fail”³⁷⁶ olarak kabul edileceklerdir. Keza faillerin bir kısmı mağdurun direncini kırarak cibri gerçekleştiren bir kısmı da cinsel içerikli fiilleri işlese yine birlikte faillik söz konusu olacaktır³⁷⁷. Faillere

³⁷² Cinsel saldırının, gerek temel şeklinin gerekse nitelikli halinin birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurulmak suretiyle birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi (birlikte failliğin mevcut olması) cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiş bulunmaktadır (TCK m. 102/3-d) (Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 304).

³⁷³ Birden çok kişi bir kimseye cinsel saldırıda bulunursa bu durumda suç iştirak halinde işlenmiş olacaktır. Bu şekilde suç işleyenlerin hepsi fail olabileceği gibi, kimi azmettiren, yardım eden de olabilecektir. Hafizoğulları/ Özen’e göre, bir kadına veya bir erkeğe, birden çok kimse, aralarında anlaşarak el atarsa, el atanların hepsi fail konumunda olacaklardır (Hafizoğulları/Özen, s. 160).

³⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 300; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3649.

³⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 341.

³⁷⁶ Cinsel saldırının temel şekli açısından cinsel arzuları tatmin amacıyla vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışları gerçekleştiren kişi fail olarak nitelendirilecektir. Bu davranışları birlikte suç işleme kararının icrası çerçevesinde gerçekleştirenler ise birlikte fail olarak sorumlu olacaklardır. Birlikte faillik birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına dayalı olarak suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olmaları durumunda söz konusu olmaktadır. Cinsel saldırı suçunda birlikte failliğin kabul edilebilmesi, failin mutlaka cinsel bir hareketi icra etmesi koşuluna bağlı değildir. Bu nitelikte bir hareket gerçekleştirmese de suçun icrasına yönelik katkıyla fiil üzerinde fonksiyonel anlamda hakimiyet kuran kişiler de fail olarak nitelendirilmekte ve cezalandırılmaktadırlar. Örneğin, mağdureyi kandırarak onu cinsel saldırıyı gerçekleştirecek diğer faillerin yanına götüren, cinsel saldırı gerçekleştirilirken varlığı ile mağdurenin mukavemetinin kırılmasına sebep olan ya da diğer failin saldırısını kolaylıkla gerçekleştirebilmesi için mağdureyi tutan kişi de müşterek fail olarak kabul edilmelidir. Sayılan tüm bu hallerde, kişinin suçun işlenmesine yönelik katkısı cinsel saldırının kolaylıkla gerçekleştirilmesini olanaklı hale getirmiş bulunmaktadır (fonksiyonel hakimiyet). “Sanıklardan Fitnat ve Necati’nin kalacak yer temin ettiklerini söylemek suretiyle hile ile müdahil Döndü’yü Dursun’un evine getirip, burada müdahilin bilgi ve oluru dışında Fitnat’ın cinsi münasebette bulunmaları karşılığında Dursun ve Sercan’dan ayrı ayrı 20 milyon lira alarak olay yerinden uzaklaşmasını müteakip evde kalan müdahilin sanık Necati tarafından boynu koltuğunun altına sıkıştırılarak diğer sanıkların olduğu odaya getirildiği, burada zorla alıkonulduğu, bilahare ağzı kapatılıp vurularak sanıklar Dursun ve Sercan’ın müdahilin iradesi dışında onun zorla ırzına geçme şeklinde oluşan eylemlerinde sanıklar Dursun, Sercan ve Necati bakımından zorla kaçırıp alıkoyma suçunun olduğu ve sanık Fitnat’ın da hile ile getirildiği müdahilin iradesi dışında onunla cinsel ilişkiye girmeleri konusunda Dursun ve Sercan’dan para alması şeklindeki eyleminin zorla kaçırma ve alıkoyma suçunu ve zorla ırza geçmeye iştirak etme niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 13.02.2006 T., 19119/ 808) (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 304, dn. 88).

³⁷⁷ Burada bizzat işlenebilen bir suç (eigenhaendiges Delikt) söz konusu olmadığından, şayet birden fazla kişiden bazıları cebir hareketini gerçekleştirmiş, bazıları ise cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş ise, bunların hepsinin birlikte fail olarak kabul edilerek cezalandırılması gerekmektedir. Yani, birlikte faillik durumunun fiil üzerinde hakimiyet kuran tüm suç ortakları bakımından geçerli olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. “Dosya kapsamına göre sanıklar B. İle Ö.’in diğer sanık S.’in işlediği nitelikli cinsel saldırı suçuna olay anında aracın hemen yanında hazır beklemeleri nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 37/1. maddesi anlamında iştirak ettikleri ve bu haliyle her üç sanık hakkında cinsel saldırı suçundan hüküm tesis edilirken 5237 sayılı TCK’nın 102/3-d maddesinin uygulanması ve sanıklar B. İle Ö. hakkında da aynı Kanun’un 39. maddesinin uygulanmaması gerektiğinin

verilecek ceza bu durumda, TCK m. 102/ 3-d hükmü uyarınca yarı oranında artırılarak belirlenecektir³⁷⁸.

765 sayılı TCK m. 434'te³⁷⁹ “*kaçırma, ırza geçme, ırza tasaddi ve rızasıyla küçüklerle cinsi münasebette bulunma*”yı suç sayan hükümler bakımından

gözetilmemesi suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Y. 14. CD., 15.09.2011 T., 326/ 236) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 391, dn. 238). “*Mağdurun ırzına geçen diğer sanıkla birlikte hareket etmesi halinde sadece ırz ve namusa tasaddiyi oluşturan elemlerde bulunsa dahi fiilinin ırza geçmeye asli iştirak suçunu oluşturacağının gözetilmemesi...*” (Y. 5. CD., 01.05.2006 T., 2004/ 5652, 2006/ 3678) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.10.2015).

³⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 341. “*Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirken mağdurenin kollarından tutmak suretiyle direncini kırıp, birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine suça iştirak/faillik hükmü kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı, haklarında bu suçun nitelikli hali olan cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından işlenmesi hükmü ile birlikte aynı Yasa'nın zincirleme suç hükmünün de uygulanması gerekir.*” (Y. 5. CD., 08.04.2009 T., 2540/ 4415) (www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 08.11.2015). “*Aynı yer ve zamanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştiren sanıkların mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurarak direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları gözetilerek her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanıkların eylemine fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında TCK'nın 103/3. maddesi ile birlikte 43. maddesinin uygulanması gerekir.*” (Y. 5. CD., 04.02.2010 T., 2009/ 14749, 2010/ 617) (www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 09.03.2015). “*Sanıklar hakkında görülen dava cinsel saldırı suçuna ilişkindir. Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporuna göre, sanıklarla birlikte aldığı alkolün etkisi sebebiyle eylem sırasında kan alkol düzeyinin fiile ruhsal yönden mukavemetine engel olacak derecede olduğu belirtilen 30 yaşındaki mağdureye yönelik nitelikli cinsel saldırı suçlarında sanıkların birbirlerinin eylemlerine iştirak ettiklerine dair yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmaması karşısında, her bir sanığın kendi eylemlerinden dolayı ayrı ayrı temel cezaların 5237 sayılı TCK'nın 102/2,3-a maddeleri uyarınca belirlenmesi gerektiği gözetilmeden sanıklar hakkında uygulama yeri bulunmayan 5237 sayılı TCK'nın 102/3-d ve 43. maddelerinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini doğru olmamıştır.*” (Y. 14. CD., 06.02.2014 T., 2013/ 10564, 2014/ 1245) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2016).

³⁷⁹ 765 sayılı TCK m. 434 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştı: “*Kaçırılan kız veya kadın hakkında nikah vukubulupta on sekiz yaşını bitirmiş ise kendisinin ve bitirmemiş ise velisinin, velisi olmadığı takdirde hakimnin izniyle kendisinin, davadan feragat ile hukuku umumiye davası ve hüküm saadr olmuş ise cezanın infazı tecil olunur. Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple talaka hükmü lahik olduğu takdirde takibat tekrar edilir. Evvelce hüküm sudur etmiş ise infaz olunur. İşbu madde ahkamı 414, 415,416 ncı maddeler hakkında da caridir. Asıl fail hakkında hukuku umumiye davasının veya cezanın tehirini müstelzim olan ahval; hem fiil ve feran zimethal olanlar hakkında dahi dava ve cezanın sukutunu müstelzimdir*”.

uygulanabilecek ortak bir hüküm olarak, fail ile mağdurun evlenmesi³⁸⁰ suç ortakları açısından da³⁸¹ olmak üzere bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiş idi³⁸².

³⁸⁰ Sancar Yalçın'a göre, üzerinde çok konuşulmuş, çok tartışılmış; romanlara, filmlere konu olmuş bir düzenleme öngören 434. madde cinsel bir suçun mağduru olan kadının artık "*kirlendiğini*" ve bu kirin de ancak evlenmeyle temizlenebileceğini dile getirmekte idi. Evlenme sadece kadını temizlemekle kalmıyor, bu düzenleme aynı zamanda erkekleri de tamamıyla masum kılıyordu (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 132-133; ilgili düzenleme hakkında ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı**, 2. Baskı, 2002, s. 35; ayrıca bkz. Dursun, s. 59).

³⁸¹ 765 Sayılı TCK'nın 434. maddesinin gerekçesinin, "*kaçırma, alıkoyma, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarında, mağdure ile sanığın veya sanıklardan birisinin evlenmesini teşvik ve bu suretle mağdurenin elem ve üzüntüsünü gidermek, ileride karşılaşacağı olumsuzluklardan korumak, yuva sahibi olmasını sağlamak düşüncesi olduğu*" ileri sürülmüştür (Bakıcı, s. 491). 434. maddedeki düzenlemenin birbirini seven ve evlenmek isteyen ancak ailelerinin razı olmaması, özellikle de başlık parası gibi uygulamalar nedeniyle, evlenemeyenler için bir "emniyet sibobu" olduğu ileri sürülmüş, TCK çalışmaları esnasında bu konu sıklıkla öne sürülmüştür. Buna göre; birbirini seven iki genç örneğin cinsel ilişkide bulunurlarsa, genellikle kızın yaşı küçük olduğu için fiil suç sayılmakta ve erkek olan taraf ceza almaktadır. Bu düzenleme bu tarz durumlar için kurtarıcı olmakta ve evlenmeleri halinde erkek bir anlamda kurtulmaktadır. Evlenmelerine rağmen erkeğin cezaevinde olması, çok anormal bir sonuç yaratacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu konuda yapılmış herhangi bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ilgili madde kaç kişinin yaşamını kurtarmış, kaç kişinin dünyasını karartmıştır bilinmemektedir. Her bir suç olayında, böyle bir durum ortaya çıkacakmış gibi peşin düşünmek ve kadını daha baştan böyle bir yaşama mahkum etmek, hukukun yapmaması gereken bir şey olmalıdır. Bilinen bir gerçekte bu tür suçların mağduru olan ancak faille evlendirilmeye zorlanan çok sayıda kadın olduğudur. Kadınlar aileleri ya da çevreleri tarafından evlenmeye zorlanabilmektedirler. Suçu işleyen fail, örneğin daha önce kendisini reddeden kadına başka bir seçenek bırakmayarak evlenmeye mecbur edecektir. Kadın ise, sürekli bir travmayla baş başa bırakılmakta, köleleştirilmekte ve eli kolu bağlı bir duruma getirilmektedir. Kadından boşanmak isteyen kusurlu erkeğin, ceza almamak için kadına daha fazla baskı uygulayarak boşanmaya razı etme yoluna gitmesi de bir başka olasılıktır. Tüm bunların sonucu olarak da, şiddet bir sarmal haline gelmekte, "*kadın sadece erkeği kurtarmak için hukuk yoluyla kurban edilmektedir.*" (Bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 136-137).

³⁸² 20.05.1957 tarihli ve 23/ 15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu düzenleme ile güdülen amaç; "*...maznunu mağdure ile evlenmeye teşvik düşüncesine ve evlenme vuku bularak namusu ihlal edilen kız veya kadına bu suretle en büyük telafi sebebi sağlandıktan sonra, kurulmuş aile huzur ve sükununu ihlal etmemek ve ceza takibatı dolayısıyla bunları birbirinden ayırmamak*" olarak açıklanmıştır. Daha sonra verilen kararlarda da aynı anlayışın hakim olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 28.04.1994 tarihli ve 1140/ 1515 sayılı kararında, "*...Madde 434'ün konuluş amacı, maruz kaldığı eylem sonucu onuru zedelenen kadının uğradığı zararın gireilmesini sağlamak ve kurulan aile düzeninin ceza kovuşturması ile bozulmasını önlemektir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Benzer bir gerekçe, 434. maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı değerlendirilirken (AYM., 09.10.1997 T., 1996/ 77, 1997/ 64, R.G., 18.06.1998/ 23376), bir üye tarafından "*karşı oy*" yazısında dile getirilmiştir. Buna göre; "*Failin, mağdure ile evlenmesi koşuluyla, toplumun ve bireylerin etik ve moral değerleri korunarak aile birliğinin kurulması amacı güdülmüş, devletin cezalandırma yetkisi askıya alınmıştır.*" (İlgili kararlar için bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 134-135).

434. madde Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile, birkaç kez Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. AYM ilk kez 1973 yılında; bir erkeği evlenmek üzere ve kendi rızasıyla kaçıran bir kadın hakkında açılan davada 434. maddenin "*eşitlik*" ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan itiraz üzerine; itiraz konusu kuralın, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulama durumunda olmadığı gerekçesiyle, "*ret*" kararı vermiş bulunmakta idi. 1996 ve 1997 yıllarında benzer durumlarda, benzer kararları veren AYM, 2004 yılında ise farklı bir karar vermiştir. 25. 03.2004 tarihli ve 2001/ 478, 2004/ 38 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesi 434. maddeyi bazı yönlerden değerlendirmiş ve maddenin bir kısmını 765 sayılı TCK'nın bazı maddeleri yönünden iptal etmiştir

Bahsi geçen düzenleme getiriliş amacı, kadını düşürmüş olduğu durum, evlenmenin psikolojik ve toplumsal sonuçları bakımından sorunlu olmasının yanı sıra; ceza hukuku tekniği açısından da pek çok başka sorunu da bünyesinde barındırmakta idi. 765 sayılı TCK ırza geçme suçlarının faili olarak sadece erkekleri kabul ettiği için, “evlenen koca”dan ve “erkek tarafından haksız olarak vukua getirilen boşanma”dan söz etmiştir. Yani bu suçun mağduru yalnızca kadın olabilecektir. Yasa koyucu bu tür suçların mağdurunun erkek olabileceğini aklına dahi getirmemiş görünmektedir. Düzenlemeden çıkan bir başka ilginç sonuç da, mağdurun mutlaka doğrudan faille evlenmesi şartının aranmamasıdır. Örneğin, kapıda gözcülük yapan kişiyle de evlenilse aynı sonuç doğmaktadır. Bir başka husus ise cezasızlığın şeriklere de sirayet ediyor oluşudur. İlgili maddenin son fıkrasına göre ise, doğrudan fail veya şeriklerden biri mağdur ile evlendiği takdirde diğerleri hakkındaki kamu davası veya hüküm verilmişse ceza düşecektir. Yani, mağdur ile evlenenin dava ya da cezası ertelenirken; diğer sanıkların dava ya da cezaları düşürülmektedir. Kocanın kusuru ile belli bir süre içinde bir boşanma olduğunda ise, kocanın aksine diğer failer hakkındaki kamu davasına ya da cezalarının infazına devam edilemeyecektir³⁸³. Sayılan tüm bu gerekçelerle ilgili hükmün ceza hukuku sistemimizden kaldırılmış olmasının son derece yerinde olduğunu düşünmekteyiz³⁸⁴.

(İlgili kararlar ve gerekçeleri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 139-141).

³⁸³ Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 138.

³⁸⁴ 2011 yılında HSK (o zamanki adıyla HSYK) tarafından gerçekleştirilen bir dizi toplantı sonucunda düzenlenen “Yargıda Durum Analizi Tutanağı”nın 4. grup olarak isimlendirilen ve ceza hakimlerinin katılımı ile gerçekleştirilen etabına ilişkin 76 no.lu bölümde; 434. maddenin tekrar hayata geçirilmesi için bir öneri sunulduğu iddia edilmiştir. Tutanağın yayınlandığı dönemde bu öneriye kamuoyunda büyük bir tepki gösterilmiştir. Bu düzenlemenin tekrar hayata geçirilmek istendiğine dair söz konusu söylentilerin çıkmasının ardından, Kurul bir basın açıklaması yaparak, haberleri yalanlamıştır. Söz konusu açıklamada, “Son günlerde yazılı ve görsel basında Yargıda Durum Analizi Toplantılarında ortaya konulan bazı önerilerle ilgili eksik bilgilendirmeye dayalı yanlış değerlendirmeler yapıldığını görmemiz sebebiyle aşağıdaki açıklamanın yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur...16.09.2011 tarihinde bir gazetede yer alan ve tartışmaları başlatan söz konusu bilgi, “Yargıda Durum Analizi Toplantılarında” uygulamacı hakim ve savcıların grup çalışmalarında haberde yazılandan çok farklı ifade edilen, üzerinde çalışılmamış ham bir bilgidir. Bu görüşlerin değerlendirilmesi ve tartışılması için 3, 4, 5 Ekim tarihlerinde Ankara’da yüksek yargı organlarının temsilcileri, hakimler ve savcılar, akademisyenler, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği temsilcilerinin katılımıyla büyük bir toplanatı düzenlenecektir. Bu toplantıda daha önceki toplantılarda dile getirilen öneriler masaya yatırılacak ve yargının etkin, verimli, hızlı ve adil bir şekilde işlemesi için alınması gereken tedbirler tespit edilmeye çalışılacaktır. Ülkemizin özellikle doğu ve güneydoğu bölgelerinde 15 yaşından küçük kızların yine çoğunlukla kendi yaşlarına yakın erkeklerle davullu zurnalı evlendirildikleri, bu gayriresmi evlilikten çocuk sahibi oldukları ve bunun savcılık tarafından öğrenilmesi üzerine de erkek ve ailesinin ağır ceza mahkemelerinde yargılanıp ceza aldığı, bu kez 15 yaşını doldurmadan evlenen kızın, çocuğuyla birlikte bakıma muhtaç kaldığı gerçeği karşısında, bu gibi durumlarda cezanın indirilmesi veya eski 434. madde benzeri bir düzenleme ile cezanın kaldırılması suretiyle bu konuda ortaya çıkan mağduriyetin engellenmesi

5237 sayılı TCK'da ise fail ya da şeriklerden biri ile mağdurun evlenmesine, kamu davasının veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir sonuç bağlanmamış olduğunu görmekteyiz³⁸⁵. Tezcan/ Erdem/ Önok ise, cinsel saldırının temel şeklinin eşler arasında işlenmesini cezalandırmayan, nitelikli cinsel saldırıyı ise ancak şikayet şartıyla cezalandıran TCK sisteminin³⁸⁶, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen, niçin faili cezalandırma yoluna gittiğini anlamanın mümkün olmadığını belirtmektedirler. Bu görüşe göre, teorik olarak, fail ile mağdur arasında meydana gelen evliliğin ceza davasını ya da infazı ortadan kaldırması gerektiğini savunmak olanaklı değil ise de, TCK'nın bu konudaki sisteminin kendi içerisinde çeliştiğini vurgulamak gerekmektedir³⁸⁷.

önerilmiş, böylece sosyal bir yaranın tedavi edilmesi istenmiştir. Grup çalışmalarının hiçbirinde tecavüzcü ile evlenilmesinin veya 15 yaşından küçük mağdurun tek başına rızasının cezasızlık sebebi sayılması gündeme gelmemiştir." ifadelerine yer verilmiştir (Bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 137-138, dn. 140). Bu konuda Türkiye Barolar Birliği Kadın Hakları Hukuku Komisyonunun (TÜBAKKOM) eleştirileri ve 23.09.2011 tarihli basın açıklamaları için bkz. **Türkiye Barolar Birliği Kadın Hakları Hukuku Komisyonu TÜBAKKOM IX. Kitap 11. Dönem 02 Temmuz 2011 – 05 Mayıs 2013**, Yayına Hazırlayan: Aydın Barosu Kadın Hukuku Komisyonu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 233, Mayıs 2013, ss. 165-166.

³⁸⁵ 765 Sayılı TCK'nın 434. maddesi tamamen geleneksel ahlak anlayışını koruma amacıyla konulmuş bir düzenlemeyi ihtiva etmekte idi. Toplumsal ahlakı ve kadını koruma adına var olduğu söylenen ancak tam tersi sonuçlar doğuran düzenleme uzun tartışmalardan sonra, 5237 sayılı TCK'ya kanaatimizce isabetli olarak alınmamıştır (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 141).

³⁸⁶ Bu düzenlemenin, suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı ile nasıl uyuşturulacağı konusundaki tartışma için bkz. Yokuş Sevrük, s. 260.

³⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 392.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (TCK m. 103)

I. GENEL OLARAK

6545 sayılı Kanun m. 59 ile TCK m. 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu³⁸⁸ önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır³⁸⁹. Bunlardan en önemlisi,

³⁸⁸ Alman hukukunda, çocukların cinsel istismarına ilişkin hükümlerin yeterli olup olmadığına dair tartışmaların, 2003 ve 2004 yıllarında yapılan reformla sona ermiş olduğu belirtilmektedir (Gunnar Dutge, Tatjana Hörnle, Joachim Renzikowski, "Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zur Fussnote", *NJW*, 2004, ss. 1065 vd.). Bu reform neticesi Alman hukukunda, çocukların ve gençlerin cinsel gelişimlerinin, rahatsız edilmeden korunmasına yönelik ceza hükümlerinin, ceza kanununun 13. bölümünün tamamına "sistemsiz bir şekilde" yayılmış oldukları görülmektedir.

*Gençlik koruma mevzuatı aşağıdaki suçları içermektedir:

- Korunmaya muhtaç kişilere yönelik cinsel istismar (Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 174);
- Çocuklara yönelik cinsel istismar (Alman Ceza Kanunu m. 176b), çocuklara yönelik ağır cinsel istismar (Alman Ceza Kanunu m. 176a) ve çocuklara yönelik ölümlü sonuçlanan cinsel istismar (Alman Ceza Kanunu m. 176b);
- Küçükleri cinsel davranışlarda bulunmaya teşvik etme (Alman Ceza Kanunu m. 180);
- Gençlere yönelik cinsel istismar (Alman Ceza Kanunu m. 182).

* Küçüklerin doğrudan korunmasına yönelik şu maddelerde aynı amaca hizmet etmektedir:

- 18 yaşın altındaki kişilere konut veya ticari konaklama veya ikamet izni verilmesinden dolayı hayat kadınlarının sömürülmesi (Alman Ceza Kanunu m. 180a/2-1).
- Gençleri tehlikeye sokan fuhuş (Alman Ceza Kanunu m. 184f).
- Pornografik yazılar yayma suçu bakımından 1, 2, 3a ve 5. fıkralar (Alman Ceza Kanunu m. 184/1).
- Ağır pornografi söz konusu olduğunda, özellikle çocukların yasal çıkarları tehdit edildiğinde, Alman Ceza Kanununun 184b maddesinin hükümleri (çocuk pornografisi içeren yazılar yayma, edinme veya bulundurma) geçerli olur.
- Alman Ceza Kanunu'nun 184c maddesi ise (genç pornografisi içeren yazılar yayma, edinme veya bulundurma) 14 ile 18 yaş arası kişilerin korunmasına yönelik tasarlanmıştır.
- Alman Ceza Kanunu'nun 18. bölümünde bulunan 232. maddenin (Cinsel sömürme amacıyla insan ticareti) 1. fıkrasının 2. cümlesi, sömürü ile bağlantılı olarak fuhuş ve fuhuş benzeri eylemlerde gençlerin korunmasını amaçlamaktadır. Bu hükümler uyarınca her kim genç bir insanı fuhuş yapmaya veya fuhuşu devam ettirmeye veya Ceza Kanununun 232. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilmiş olan diğer cinsel eylemleri tatbik etmeye yönelik etkilerse suç işlenmiş olur. Burada, yasama organı, gençlerin ve çocukların haricinde yetişkinleri de koruma kapsamına almıştır (Schroeder, JZ, s. 832; ayrıca bkz. Brüggemann, s. 316). Ceza Kanunu'nun 12. bölümünde yer alan 171. madde (Bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlali), 16 yaşından küçük kişileri fiziksel ve zihinsel gelişimlerinin kısıtlanmasına ve yanı sıra fuhuş yapma tehlikesine karşı korumaktadır (BVerfGE 120, s. 224) (Bkz. Klaus Laubenthal, *Handbuch Sexual-Straftaten Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, 2012, ss. 169-170; Kindhaeuser, ss. 178-180).

³⁸⁹ 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun m. 59 – 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun m. 13 ile değişiklik sonrası madde metni: **Çocukların Cinsel İstismarı m. 103-** "(Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.) (Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan '...tamamlamamış...' sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır). (1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına

cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesidir. Ayrıca, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk³⁹⁰ olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun,

hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. (2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz. (3) Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

Değişiklikler öncesi madde metni şu şekildeydi: Çocukların Cinsel İstismarı m. 103- “(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, **üç** yıldan **sekiz** yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden; a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, Anlaşılır. (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **sekiz** yıldan **onbeş** yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) **Cinsel istismarın** üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte **gerçekleştirilmesi** hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) **Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.** (7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

³⁹⁰ TCK, çocuğa yönelik sarkıntılık teşkil eden hareketlerden vücuda temas suretiyle gerçekleştirileni m. 103/1’de daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak, söz ve yazı ile olanı ise, 105. maddede yaptırıma bağlamış bulunmaktadır. Yazarlar 103/1’de daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenen çocuğa sarkıntılık fiilini, “çocuğun edep ve iffetine dokunacak nitelikte şehvet duygusuyla vücuda temas biçiminde gerçekleştirilen ani hareketler” olarak tarif etmektedirler. TCK m. 102’de belirtilen fiiller (basit ve nitelikli cinsel saldırı), çocuklara karşı gerçekleştirilmeleri halinde “istismar” adını almaktadırlar (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 229). İstismar,

velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır³⁹¹. Yine Anayasa mahkemesinin 22.11.2015 tarih ve 2015/26 E., 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı kararları ile hükmün bazı kısımlarının iptali sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesi ile hüküm bir kez daha değişmiştir. Buna göre mağdurun 12 yaşından küçük olması maddede bahsi geçen her bir eylem bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir³⁹². Bahse konu bu değişiklikler de ilgili kısımlarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Çocuk istismarı kavramının; çocuk ihmali, fiziksel istismar ve duygusal istismar gibi farklı şekilleri olmakla birlikte kamuoyunun en çok gündemine gelen, belki de çocuklar üzerinde en derin izler bırakan hali, çocukların cinsel yönden istismara uğramasıdır³⁹³. Hukuk, tıp, psikoloji, antropoloji, sosyoloji gibi pek çok alanı

“sömürme, yararlanma, kötüye kullanma” anlamlarına gelmektedir (Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2001, s. 378).

³⁹¹ TCK m. 103’ün 6545 sayılı kanunun 59. maddesiyle değiştirilen yeni halinde, cezalar artırılmış ve sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarın failinin çocuk olması durumu takibi şikayete bağlı kılınmış, bu halde şikayet hakkını kullanabileceklere ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve cezada artırım yapılmasını öngören nitelikli haller yeniden düzenlenmiş, yeni seçimlik nitelikli unsurlar ilave edilmiştir. Maddenin 4. fıkrasında, cinsel istismarın, algılama yeteneği gelişmiş ve onbeş yaşını tamamlamış çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmuş olması ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olmaktan çıkarılmıştır. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında cinsel istismarın temel şekli ve cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hali tanımlanmıştır. Maddenin 2. fıkrasında, nitelikli cinsel istismar; 3. fıkrasında cinsel istismarın ilk iki fıkra da düzenlenen hali bakımından uygulanabilir nitelikte olan cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir. Maddenin 4. fıkrası, oniki onbeş ve onbeş onsekiz yaş grubunda bulunan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel istismarı nitelikli hale getiren unsurlara, 5. fıkrası ise gerçek içtima hükmüne ilişkindir. Maddenin 6. fıkrasında ise, cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verilmiştir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, ss. 310-311). Kocaoğlu burada failin eylem üzerinde fonksiyonel yani işlevsel hakimiyet sahibi olup olmadığını değerlendirebilmek için bu kişinin “kusurluluğu”nun yani “manevi unsur”unun ya da başka bir deyişle “kast”ının öncelikle irdelenmesinin şart olduğunu vurgulamaktadır (Kocaoğlu, s. 189, dn. 561).

³⁹² TCK m. 103 : “(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) **Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.**”

... “(2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. **Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.**”

³⁹³ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 2; Bilgehan Savaşçı, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Şubat 2012, s. 15; Doğan Nışancı, “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında

ilgilendiren çocuk cinsel istismarı, karmaşık nedenleri ve trajik sonuçları olan ciddi bir olgudur³⁹⁴. Söz konusu olgu, pek çok bilim dalını ilgilendiren bir konu olup, belirtildiği üzere sosyolojik ve antropolojik temelleri olmakla birlikte hukuk ile desteklenmesi oldukça yenidir. Tarihsel sürece bakıldığında genel olarak özellikle 18. yüzyılda çocuk haklarının gelişimi ile çocukların istismara uğramalarının önüne geçme çalışmalarının hız kazandığı³⁹⁵ görülmektedir³⁹⁶.

Çocukların cinsel istismarı suçunun ayrıntılı olarak incelenmesine geçilmeden önce belirli temel kavramların açıklanması özellikle de cinsel istismarın temel unsuru olan çocuk kavramının ele alınmasının yararlı olacağı düşüncesindeyiz. İlerleyen bölümlerde çocuk kavramı ile birlikte cinsel istismar olgusuna ve bu istismar şeklinin benzer kavramlarla karşılaştırılmasına, farklarının ortaya konulmasına çalışılacaktır.

Çocuk olmak şartıyla; cinsiyet fark etmeksizin herkes bu suçun mağduru olabilir. Mağdur çocuğun hangi cinsten olduğu da suçun oluşumu bakımından önemli

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, **TBBD**, Y: 29, S. 120, Eylül-Ekim 2015, ss. 209-210.

³⁹⁴ Çocuk hakları bakımından çocukların korunmasının ve özgür ve eşit bireyler olarak yetişmelerinin, birbirlerini tamamlayan amaçlar olduğu ifade edilmektedir. Dünya çapında yaşanan gelişmeler gözetildiğinde çocukları koruma kaygısının ağır basması anlaşılabilir bir durum olarak değerlendirilse de, çocuk hakları tartışmalarının bugün evrildiği noktada her iki amacın birlikte gözetilerek yasal düzenlemeler yapılmakta olduğu da vurgulanmaktadır. Çocuk hakları tartışmasının, felsefi, etik, sosyal ve yasal yönleriyle birlikte değerlendirilmesi gereken karmaşık bir sorun olduğu da ayrıca belirtilmektedir (Kıvılcım Turanlı Yücel, “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun Cinsel Sömürüden Korunma Hakkı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, S. 7, 2005, s. 178).

³⁹⁵ Zihinsel, sosyal, duygusal ve ekonomik açıdan güçsüz olan çocuklar aynı zamanda yetişkinlere bağımlı durumdadır. Çocuklar bu anlamda çoğu zaman gereksinim ve çıkarları önemsenmeyen, işgüçleri, duyguları ve cinsellikleri sömürülen, her çeşit şiddete uğrayan ve toplumun en ucundaki kenar mahalleye itilen marjinaler olarak görülmektedir. Üstelik kendilerini yetişkinlerin dünyasından koruyabilecek ekonomik, sosyal ve siyasal güçten de yoksun konumdadırlar (Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Nisan 2005, s. 3). Çocuk haklarını savunmanın ve çocuk hareketi başlatmanın yetişkinlerin tasarrufunda olması bu bağımlılığın açık bir göstergesidir (Savaşçı, s. 39). Gerçekten de, çocuk hakları hareketi, çocuğun bu nesne veya hiç kimse olmama halini sorgulayan ve salt çocuk sayıldıklarından birçok haktan yoksun bırakılmalarına tepki duyan bir yaklaşım sonucu doğmuştur. Ancak, paradoksal bir biçimde, bu hareketin bayrağını taşımak ve söylemini oluşturmak da yine yetişkinlere düşmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla da, Ozansoy’a göre, çocuk hakları konusundaki dil ve yaratılan gündeme, ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir (Cüneyt Ozansoy, “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, **TBBD**, S. 1, Ankara 1999, s. 51).

³⁹⁶ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 5. Rüştü yaşının altında çocukların, yetişkinlerin kirli dünyasından korunması, bu arada eğitilmesi ve yetişkinliğe hazırlanması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Hak sahibi olmak, yaygın anlayışta sorumluluk sahibi olmak, bir takım ödevleri yerine getirmek olarak anlaşılmaktadır. Dolayısıyla çocuklar, hiçbir şartta yetişkinlerle eşit olmayacaktır ve onların dünyasında da yer alamayacaklardır. Bir başka görüşe göre ise, “*rüştü yaşı tamamen yapaydır, çocuklar yetişkinlerle eşit bireylerdir ve özgür olmaları gerekmektedir.*” İşte tam da bu noktada çocuk hakları tartışması çıkmaktadır. Çocukları koruma endişesi ile çocukları eşit ve özgür bireyler olarak görme istekleri bu anlamda çatışmaktadır (Turanlı Yücel, s. 177).

değildir³⁹⁷. Ancak hemen hiçbir alanda herkesin üzerinde anlaştığı bir çocuk tanımına rastlanamamaktadır. Hukuk alanında da çocuk tanımı verilmemekte, çocukluk durumunun yaş ile alakalı olarak süresi belirtilmektedir. TCK'nın 6/1-b maddesi uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk sayılacaktır. Burada aranan şart görüldüğü üzere erginlik değildir³⁹⁸.

Uluslararası hukukta çocukları cinsel istismar³⁹⁹ dan korumayı amaçlayan birçok anlaşma ve metnin bulunduğunu görmekteyiz⁴⁰⁰. Birleşmiş Milletler Çocuk

³⁹⁷ Toroslu, Özel Kısım, s. 67; Tezcan/Önok, Özel Hükümler, s. 395; ayrıca bkz. Y. 14. CD., 29.05.2013 T., 2011/ 8774 E., 2013/ 6770 K. sayılı kararı (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.07.2016).

³⁹⁸ Tuğrul, s. 254; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 311-312.

³⁹⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde cinsel istismar ve cinsel sömürü ayrı maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Cinsel istismar ilgili Sözleşme'nin 19 ve 39. maddelerinde yer alırken cinsel sömürü ise 34. maddede bulunmaktadır. Çocuğun cinsel sömürüden korunma hakkının düzenlendiği ilgili Sözleşme'nin 34. maddesine göre; taraf devletler, çocuğu her türlü cinsel suistimal ve sömürüye karşı korumakla yükümlüdürler. Bu sebeple taraf devletler, özellikle: - Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere (Burada yer alan "yasadışı" deyiminin, çocukların cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşının ne olması gerektiği ve asgari evlilik yaşının ne olması gerektiğine dair tartışmalardan kaynaklandığı vurgulanmaktadır (Aydın, Ağustos 2014, s. 17)) kandırılmasını veya zorlanmasını; -Çocukların fuhuş ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulmasıyla sömürülmesini; -Çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar. Söz konusu Sözleşme'nin 35. maddesine göre, benzer şekilde, taraf devletlere, çocukların hangi şekilde olursa olsun kaçırılması, satılması veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için her türlü ulusal ve uluslararası önlemi alma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, cinsel sömürü, yetişkinlerin cinsel tatmin amacıyla çocukla ilişki kurması, onu fuhuşa ve pornografiye yöneltmesi olarak tanımlanmaktadır. Yalnızca şiddeti ya da diğer zor kullanma biçimlerini değil, çocuğun rızası olup olmadığına bakılmaksızın belirli bir yaşın altındaki çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışı kapsamaktadır. Böylece çocukların cinsel sömürüsü rızaya dayanmayan ilişkilerin de ötesine geçmekte; rıza gösterme yaşının altındaki çocuklarla cinsel ilişki kuranların da suçlanabilmesine imkan sağlamaktadır (Turanlı Yücel, s. 181).

⁴⁰⁰ Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahşeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, Lanzarote Sözleşmesi'nde Çocukların Cinsel İstismarı (Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Savaşçı, ss. 39-44; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 69-90). Bu özel düzenlemelerin yanı sıra genel olarak insan hak ve özgürlüklerini öngören metinlerde de çocuklara özgü düzenlemelerin olduğu görmekteyiz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde aile ve özel hayata müdahale etmeme, onur ve saygınlığına saldırıda bulunmama düzenlenmiş; 25. maddesinde annelerin ve çocukların özel bakım ve yardım ihtiyaçları belirtilerek; 26. maddesi ile eğitim hakkından bahsedilmiştir (Oktay Erdoğan, **Çocuk Hakları**, İstanbul 2011, ss. 169-171). Bununla birlikte BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme gibi uluslararası sözleşmelerde de çocuklara yönelik korumalardan bahsedilmektedir. Metinlerin ruhundan ortaya çıkanın ise, çocuğun tıpkı yetişkin bir kişi gibi özel hayatına, cinsel kimliğine ve her türlü şiddete karşı korunma hakkı olduğu belirtilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 70).

Haklarına Dair Sözleşme⁴⁰¹, 1989 yılında hazırlanıp 1990’da yürürlüğe girmiş olup, bu konudaki temel uluslararası belgedir⁴⁰². Birleşmiş Milletler⁴⁰³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁴⁰⁴’nin 1. Maddesine göre; “sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır”. Görüldüğü üzere, söz konusu sözleşmeyle on sekiz yaşını doldurmayan bir kişinin, reşit olması halinde çocukluktan çıkabileceği

⁴⁰¹ Sözleşme 20 Kasım 1989 tarihli olup, bu nedenle her sene 20 Kasım “Dünya Çocuk Hakları Günü” olarak kutlanmaktadır. Türkiye Sözleşme’yi, 29-30 Eylül tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Merkezi’nde toplanan “Çocuklar İçin Dünya Zirve” sinde, 17, 29 ve 30. ömaddelerine çekince koyarak imzalamış bulunmaktadır (Turanlı Yücel, ss. 178-179). Ancak Ozansoy, Türkiye’de çocukların korunması ve yararlarının gözetilmesi bakımından uluslararası bir Sözleşme’nin ve devletin taahhüdünün gerekli olmadığı kanısının yaygın olduğunu vurgulamaktadır. Bu düşüncenin, çocukların her şeyden önemli olduğu, ülkenin geleceği oldukları gibi sloganlarla pekişmekte olduğu, hukuki metinlere genellikle ironi ile bakıldığı şeklinde gerekçelerle açıklandığı görülmektedir (Ozansoy, s. 39).

⁴⁰² Bu sözleşme, çocuk haklarına ilişkin evrensel standartları belirleyen ve hukuki olarak bağlayıcı olan ilk uluslararası sözleşmedir. Sözleşme, tüm çocukların bireysel olarak yaşama koşullarının geliştirilmesi ve topluma sağlıklı ve aktif biçimde katılabilmesi için ayrılan kaynaklardan yararlanma hakları olduğu temel fikrine dayanmaktadır. Gerçekten de ilgili Sözleşme, çocuk haklarına ilişkin evrensel standartları belirleyerek, bağlayıcı bir hukuki belgede toplayan ilk sözleşme olması bakımından dünya çocuklarının Magna Charta’sı ya da insan hakları yasası olarak kabul görmektedir (Emine Akyüz, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara 2000, s. 19; Savaşçı, s. 41).

⁴⁰³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Türkiye tarafından da imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece iç hukukumuzun bir parçası olan ilgili Sözleşme, onsekiz yaşın altındaki insanlar “çocuk” olarak tanımlanmaktadır. İlgili yaş grubu içinde yer alanlara yönelik kamusal ya da özel kuruluşlarca gerçekleştirilen tüm faaliyetlerde çocuğun yararının gözetileceği ilkesini de ayrıca bir dizi hak ile birlikte düzenlemektedir (Ozansoy, s. 39).

⁴⁰⁴ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ülkemiz tarafından ihtirazi kayıtla 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı RG.’de yayımlanarak kabul edilmiştir (Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, **AÜHFD**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 766). Bu sözleşmede internet vasıtasıyla çocuk pornografisiyle mücadeleyle yönelik düzenlemeler, internetle alakalı gelişmelerin tarihsel olarak yeni başladığı dönem olması sebebiyle öngörülmemiştir. Bu nedenle BM Genel Kurulu 25 Mayıs 2000 tarihinde Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolü kabul edilerek Sözleşme tamamlanmıştır. Türkiye bu protokolü, 28.06.2002 tarih ve 24799 sayılı RG.’de yayımlayarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir (Bu konuda bkz. Aydın İpek, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açısından Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, C. 20, S. 1., 2012, s. 159; Ayşe Aslıhan Erbaşı, “Çocuk Pornografisi”, **İBD**, C. 81, S. 4, 2007, s. 1616) .

benimsenmektedir⁴⁰⁵. Buna göre çocuk denilince, on sekiz yaşını doldurmadan ergin olanlar dışında kalan küçükler anlaşılmalıdır⁴⁰⁶.

Medeni hukukta çocuk, “hısımlık” olgusunu ifade eden ve belli bir ana babadan olan evlat şeklinde tanımlanan kişidir⁴⁰⁷. Çocuk tanımı soybağı bakımından yapılmış, “ana-baba ile hısımlık ilişkisi içinde bulunup onlara soybağı ile bağlı bulunan kişiyi ifade” ettiği vurgulanmıştır⁴⁰⁸.

Çocuk, TCK m. 6/1-b gereğince 18 yaşını doldurmamış kişidir. Çocukla ilgili bir başka düzenleme de 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁴⁰⁹nun (ÇKK) Tanımlar başlıklı 3. maddesinin a bendinde düzenlenmiş olup, buna göre daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmıştır⁴¹⁰. Bu iki tanıma

⁴⁰⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 19. maddesine göre; -Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. -Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir (İlgili Sözleşme’nin tam metni için bkz. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2016; https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

⁴⁰⁶ Yazar, ülkemizde yürürlükte olan kanun hükümlerinin, bu düzenlemeden daha ileri bir düzeyde olduğunu belirtmektedir (Aydın, Ağustos 2014, s. 23). Sözleşmedeki bu ifadenin kanun hükmünde ve hatta kanunun üstünde olduğu da belirtilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 6). Sözleşme’de, çocukların hakları ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Çocukların her türlü ihmal, istismar, kötü muamele ve sömürüden korunmaları ve bağımsız bireyler olarak toplumsal hayata dahil olmalarının sağlanması hedeflenmektedir. Sözleşme, devletlerin sorumluluğunun artırılması ve çocuk haklarının korunması için ortak bir hukuki çerçeve oluşturmakta ve bu anlamda da uluslararası işbirliğine çağrıda bulunmaktadır. Sözleşme’de cinsel ilişkiye rıza yaşı hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olduğunu, bu yetkinin taraf devletlere bırakıldığını belirtmek gerekmektedir (Turanlı Yücel, ss. 179, 182).

⁴⁰⁷ Serozan, s. 3. Çocukların korunmasına dair düzenlemelerin, gerek iç hukukumuzda ve gerekse de uluslararası hukuk düzenlemelerinde karşımıza çıkmakta olduğunu görmekteyiz. Genel olarak çocukların korunmasına ve özel olarak da çocukların cinsel istismara karşı korunmasına ilişkin düzenlemeler son dönemde daha da fazla bir alaka görmektedir. Anayasa’nın 41/2 maddesine göre, Devlet “çocukların korunması” ile alakalı tedbirleri almak durumundadır. Yine Anayasa’nın 10/3 maddesi gereğince, çocukların korunmasına dair alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacaktır (Aydın, Ağustos 2014, s. 17).

⁴⁰⁸ Özlem Çakmut Yenerer, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul 2008, s. 30.

⁴⁰⁹ RG., 15.07.2005/ 25876.

⁴¹⁰ Maddenin devamında ayrıca “1. 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, 2. 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 şeklinde tanımlara yer verilmiştir. ÇKK’nun dayanak

birlikte bakıldığında; 18 yaşını doldurmamış her insan çocuk sayıldığı ve kişinin 18 yaşından önce ergin olsa da çocuk sayılmaya devam edeceği sonucu çıkmaktadır⁴¹¹. Kanun koyucu herhangi bir şekilde erginlik kazanmış olsa bile kendisine yönelik haksız fiil halinde 18 yaşını doldurmamış kişiyi çocuk kabul ederek, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de yer alan hükme göre daha yerinde bir düzenleme getirmiştir⁴¹².

Mevzuatımızda çocuk onsekiz yaşından küçük kişi olarak tanımlanmış olmakla birlikte TCK m. 103 anlamında çocuk daha farklı değerlendirilmeye muhtaçtır. TCK m. 104’teki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde 18 yaşından küçük her kişi doğrudan TCK m. 103 kapsamına girmemektedir. Ancak burada bir kez daha TCK’da çocuk kavramının yaş ile tanımlandığını ve kazai yahut evlenme yoluyla kazanılan erginlikten etkilenmediğini ifade edelim. Bu anlamda 15 yaşını bitirip henüz 18 yaşını bitirmemiş çocukların hukuken reşit sayıldığı hallerde, örneğin evlilikle rüştünü kazanan bir çocuğun eşi tarafından cinsel saldırıya uğraması gibi bir durumda, evlilik için reşit görülen çocuğun, kocası tarafından cinsel saldırıya uğradığı zaman çocuk

olduğu Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte (RG., 24.12.2006/ 26386) de ÇKK’na paralel düzenleme getirilmiş ve 4. maddesinde çocuk tanımı aynen Kanun’da yer alan şekliyle tekrarlanmıştır.

⁴¹¹ Bu anlamda; 4721 sayılı TMK’nın 11. maddesinde erginlik yaşı 18 olarak kabul edilmiş, 12. Maddesinde 15 yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkemenin onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş, aynı zamanda 16 yaşını doldurmuş kişinin hakim kararı ile, 17 yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği kabul edilerek evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirlenmiş ise de, bu durumlarda dahi ergin kılınan kişinin çocuk olma hali devam edecektir. Bu görüşe göre, 16 yaşında evlenmiş ve bu nedenle ergin sayılmış kişi ile 15 yaşında yargısal karar ile ergin kılınmış kişi TCK ve ÇÇK bakımından çocuk olmaya devam edecektir (Aydın, Ağustos 2014, ss. 22-23).

⁴¹² Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 9. Çocuğun cinselliği hangi şekilde sömürülürse sömürülsün burada asıl olarak sömürülenin çocuğun kendisi olduğu belirtilmektedir. Söz konusu çocukların Sözleşme ile güvence altına alınmış başta yaşama hakları olmak üzere tüm hakları yadsınmakta ve sistematik biçimde ihlal edilmektedir. Her şeyden önce belirtilmesi gereken çocukların cinsel yolla bulaşan hastalıklara yakalanma ve bunlar nedeniyle ölme olasılığı yetişkinlerden daha fazladır. Çocuklar cinsel ilişki hususunda bilinçsiz olmaları, korunamamaları veya karşı tarafı korunmaya ikna edememeleri gibi sebeplerle hastalık kapabilmekte, genellikle hasta olduklarını anlamamakta ve anlasalar da hastaneye yetişmemektedirler. Söz konusu çocukların çoğu okula gidememekte, yaşamının hiçbir kısmı üzerinde söz sahibi olamamaktadırlar. Yalnızca fiziksel değil ruhsal travmalar yaşamakta olan bu çocuklar geleceğe ve insanlara güven duymamakta ve topluma katılabilme şanslarını yitirmektedirler. Bu çocuklar yetişkinler ve içinde yaşadıkları toplumlar tarafından suçlu ilan edilmekte ve aynı zamanda ötekileştirilmektedirler. Çocuklara dair diğer hak ihlallerinde olduğu gibi, cinsel sömürünün de önlenbilmesi bakımından öncelikle mevcut ekonomik ve sosyal yapının sorugulanması, önce ilgili bu yapının değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yalnızca okullaşma için dahi güçlü sosyal politikaları olan ve bunları izleyen, toplumun güçsüz kesimleri için sorumluluk duyan bir devlet ve toplum anlayışının gerekte olduğu ifade edilmektedir (Turanlı Yücel, ss. 189-190).

olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışma TCK m. 103 bağlamında mağduru incelerken ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Çocuk kavramına ilişkin bir diğer konu da yaş küçüklüğüdür. 5237 sayılı TCK m. 31’de suça sürüklenen çocukların ceza sorumluluğu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁴¹³. TCK m. 31 çocuk kavramına münhasır bir düzenleme olmasa da çocuklara ilişkindir. Çeşitli yaş gruplarındaki çocukların ceza sorumluluğu bu hükümde düzenlenmiştir.

Mağdur çocuk ancak çocuğun mağdur olarak kabul edildiği suç tiplerinde ya suçun nitelikli halini oluşturması bakımından ya da mahsus suç olarak düzenlendiği durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Suça sürüklenmiş çocuklarda olduğu gibi mağdur çocuklar için ayrıntılı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Özellikle cinsel suç mağduru çocukların rehabilitasyonu, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması açısından profesyonel ve işinin ehli uzmanlardan oluşturulması öngörülen birtakım düzenlemelerin varlığına ihtiyaç vardır⁴¹⁴.

Dünya Sağlık Örgütü’nün cinsel suç mağduru çocuklar açısından yaptığı araştırmada çocukların reşit olmadan ve iradesi ifsat edilmeksizin cinsel ilişkiye rıza

⁴¹³ Yaş küçüklüğü Madde 31- “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. 8972 (2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz”. Bu hüküm küçük failler bakımından uygulanan bir hükümdür. Yaş küçüklüğünün tespiti itiraz durumunda bilirkişi tarafından yapılacaktır. Burada yapılacak tespit de Adli Tıp tarafından yapılır zira yaş küçüklüğü tıbbi mülahazalarla ilgilidir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 9, dn. 11).

⁴¹⁴ Cinsel suça yönelen çocuklara ilişkin sınıflandırma ve modeller, söz konusu çocukların bireysel, sosyal ve çevresel özellikleri ile çocuklukta istismar geçmişi, ruh sağlığı ve madde bağımlılığı durumları, aile ilişkileri, sosyal beceri ve ilişkileri ve bu çocuklara yönelik tretman modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Baykara Acar, **İstisnai Öyküler Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri**, Ankara Mayıs 2011, ss. 5-75; Yüksel Baykara Acar, A. Beril Tufan, “Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Bireysel Özellikleri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005, ss. 74-84. Çocuklara karşı işlenen suçlar bakımından önleyici eğitim çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Kır, “Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, ss. 785-800.

yaşının 14 ila 18 olarak değiştiğini tespit etmiş olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede çocuk tanımı 18 yaşından küçük olan birey olarak kabul edilmekle birlikte, çocuğun cinsel ilişkiye girme hususundaki rızasının kabul edileceği yaşın ülkeden ülkeye değişen bir kavram olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁵. Uluslararası hukukta bir takım tanımlar verilmeye çalışılmış ve tüm dünyanın çocuklar açısından referans metin olarak kabul ettiği BM Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde daha önce de belirttiğimiz üzere “*Kendisine uygulanan hukuk ile başka şekillerde reşit olmamış on sekiz yaşından küçük birey*” olarak kabul edilmiştir. Söz konusu sözleşmenin amacı çocuk tanımı vermek değil çocuk istismarı teşkil edebilecek fiilleri göstererek bunları her türlü istismardan korumak ve devletlere de buna uyma zorunluluğu yüklemektir. Sözleşmede öngörülen düzenleme kimlerin çocuk kabul edileceğini açıklamak bakımından bir referans olup tanım kaygısı taşımamaktadır. Bu amacın Türk hukukundaki düzenlemelerdeki amaçla aynı olduğu vurgulanmaktadır. TCK’nın 6. maddesinde, ÇKK’da ya da TCK m. 103 ve 104’te ifade edilen yaş ayrımlarında mağdur çocuğun tanımından ziyade kimlerin mağdur çocuk olabileceği belirtilmiştir⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Uluslararası metinlerde verilen çocuk kavramı çocuğun isnat yeteneği ile ilgili herhangi bir açıklama getirmemektedir. Avrupa Birliği’nin çocukların insan ticaretinin konusu olmasına karşı düzenlediği 2002 tarihli çerçeve kararında ve 2003 tarihli çocukların fuhuş ve çocuk pornografisinde kullanılmasına karşı çerçeve kararında çocuk ile ilgili olarak 18 yaşından küçük herkesin çocuk olduğu ifade edilmiş ve taraf devletlere ergenlik yaşını belirlemeleri bakımından serbesti tanınmıştır. Bkz. Official Journal of the European Communities (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi) 1 Ağustos 2002, L. 203, s. 1 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2002:203:TOC>., Erişim Tarihi: 08.08.2016); 20 Ocak 2004, L. 13, s. 45 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2004:013:TOC>., Erişim Tarihi: 08.08.2016).

⁴¹⁶ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 10-11. Fransız hukukunda da mağdur çocuk bakımından 0-15 yaş ve 15-18 yaş ayrımı kabul edilmektedir. Buradaki ayrım Türk hukukunda olduğu gibi çocuğun rızasının kabul edilebileceği yaşı ortaya koyabilmek için yapılmış bir ayrımdır. Fransız hukukunda ergenlik yaşı, bir başka deyişle cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşının tespiti konusunda bir takım tartışmalar yaşanmış ve çocuğun çaresizliği dikkate alınarak yaş tespiti yoluna gidilmiştir. Ergenlik yaşı 15 olarak kabul edilene kadar 18 Nisan 1832 tarihli Kanunda 11; 13 Mayıs 1863 tarihli Kanunda 13 olarak belirlenmişti. Kanun koyucu 11 ya da 13 yaşına kadar çocuğun cinselliğe rıza göstermesinin mümkün olmadığını, fakat bu yaşlardan sonra kendisine teklif edilen fiilin ne olduğunu kavrayabileceğini kabul etmekteydi. Ancak yapılan Meclis tartışmalarında 11 yaşın ergenlik başlama yaşı olarak kabul edilebileceği ifade edilse de çocuğun hala çaresiz ve etki altında kalmaya müsait olduğundan bahisle yaş çitasının 15 olması gereği ifade edilmiş ve 1945 Talimatı ile 15 yaş ergenlik, cinsel ilişkiye rıza yaşı olarak kabul edilmiştir. 2004 yılında yaş sınırının 13’e çekilmesi teklif edilmiş ve bunun da sebebini çocuğun 13 yaşından itibaren cinsel ilişki teklifini, sonuçlarını anlayıp kavrayabileceği ve mağdur çocuk ile yetişkin fail arasındaki yaş aralığının beş yaş olmasını sağlaması bakımından 15 yaşına göre daha yerinde bir düzenleme olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu teklif çocuğun menfaatleri dikkate alınarak kabul edilmemiştir. Fransız hukukunda yer alan söz konusu düzenlemeler hakkında bkz. Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 11-12.

765 sayılı TCK'da da cinsel suç mağduru çocuk⁴¹⁷ için ergenlik yaşı 15 olarak kabul edilmekte ve her halükarda 18 yaşından küçüklerin de çocuk olduğu belirtilmekteydi. Türk kanun koyucusunun bu yaklaşımı 5237 sayılı TCK'da da değişmemiştir. Aynen BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde olduğu gibi mağdur çocuk tanımı vermek yerine kimlerin mağdur çocuk⁴¹⁸ olabileceğinin belirtilmesi ile yetinilmiş ve 18 yaşından küçükler çocuk kabul edilmiştir⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Özellikle küçük çocuklar, en fazla istismar mağduru olan grup olup, bunun en başta gelen nedeni çocukların yetişkinlere olan bağımlılıklarıdır. Üzücü olan da, bu çocukları mağdur edenlerin yabancı değil daha çok kendi anne babaları ya da diğer yakınları olmasıdır. Araştırmalar çocukların yüksek oranlarda istismara uğradıklarını ortaya koysalar da, çocuk istismarının daha büyük bir bölümünün siyah sayı olarak, bilinmeyen suçluluk olarak kaldığı da ayrıca ifade edilmektedir. Çocuk istismarının ölçülmesi son derece zordur, zira çoğunlukla gözlerden uzak cereyan eder. Komşular dahi görmeyebilirler; çocuk anlamayacak kadar küçük olabilir. Amerika'da her gün iki ya da üç çocuğun istismar sonucu öldüğü iddia edilmekte ise de örneğin ülkemizde buna ilişkin bir istatistik maalesef bulunmamaktadır. Yapılmış olan araştırmalar bu alandaki siyah sayıların çok fazla olduğunu ve gerçek suçluluğun aysbergin su içinde kalan bölümü gibi olduğunu ortaya koymaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ertan Beşe, "Suç İstatistiklerinde Karanlık Alan ve Mağdurun Rolü", **Suç Mağdurları**, Editör: Halil İbrahim Bahar, Ankara 2006, ss. 77-82; Füsün Sokullu Akıncı, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 2. Bası, Mayıs 2008, ss. 80, 91; Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 6. Baskı, Ağustos 2016, ss. 91-98).

⁴¹⁸ Alman Hukukunda 21 yaşını tamamlamamış olanlar için şu kavramlar kullanılmaktadır: § 180, 235 StGB: Minderjähriger / küçük (0-17, 18 yaşını tamamlamamış olanlar, § 2 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB / Medeni Kanun); § 5, 19, 174, 176, 176a, 176b, 184b, 219, 232, 233a, 235 StGB: Kind / çocuk (14 yaşını tamamlamamış olanlar); § 1 (2) Jugendgerichtsgesetz – JGG / Çocuk Mahkemeleri Kanunu: Jugendlicher / genç (15-17 / 14 yaşını tamamlamış ve 18 yaşını tamamlamamış olanlar); Heranwachsender / genç erişkin (18-20 / 18 yaşını tamamlamış ve 21 yaşını tamamlamamış olanlar). 18 yaşını tamamlamayanlar için TMK'da "küçük" (Minderjährige) (TMK m. 11, 12, 14) terimi kullanılmışken, TCK (m. 6/1-b) ve ÇKK'da (m. 3/1) "çocuk" kavramı kullanılmaktadır. Başka yaş grupları için ayrı bir kavram yoktur. Alman Ceza Kanununda çocuk kavramı bazı maddelerde (§ 77, 77d, 169, 221, 236) bir yaş grubuna mensup olan bir kişiyi değil, akrabalık ilişkisini ifade etmek üzere de kullanılmıştır (Alman hukukundaki yaş grupları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Klaus Laubenthal, Helmut Baier, Nina Nestler, **Jugendstrafrecht**, 2. Aufl., 2010; ayrıca bkz. Yenisey/Plagemann, ss. 512, 548-549, 553; Kindhaeuser, s. 180).

⁴¹⁹ Yazara göre, burada yapılacak tespit, mağdur çocuğun tanımının kanunen verilmesinin herhangi bir amaca hizmet etmemesi olabilir. Nitekim cinsel suç mağduru çocuk için verilecek bir tanım çocuk tanımı bakımından da karışıklığa sebebiyet verebilecektir. Tüm dünyada da eğilim bu yönde olup, pek çok ülke cinsel suç mağduru çocukların tanımını vermek yerine kimlerin bu suçun mağduru olabileceğini belirtme yolunu tercih etmiştir. Burada önemli olan cinsel suç mağduru çocuk tanımından ziyade çocuğa yönelik istismarın önüne geçmek ve yaptırımları uygulayarak caydırıcılığı sağlamak olabilecektir. Kanunen bir tanım vermek karışıklığa neden olabilir. Çünkü zaten kanun koyucu cinsel istismara uğrayan çocuğun yaş aralıklarını belirtmiştir. Cinsel suç mağduru çocuk bakımından hukuken daha özellikli bir tanım verilecekse bu sadece hukuki metinleri referans kabul ederek değil tıp ve psikoloji alanlarından da çıkarımlar yaparak olabilecektir. Çünkü bu yönde verilecek bir tanım, cinsel suç mağduru çocukların rehabilitasyonu bakımından belirlenecek kuralları bakımından önem taşıyabilecektir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 12-13).

Cinsel istismar, bir çocuğun rızası olmadan ya da fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılması olarak tanımlanmaktadır⁴²⁰.

Çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin fiiller, 765 sayılı TCK'nın 414, 415, 416, 417 ve 418. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK m. 102'de maddede cinsel saldırı olarak nitelendirilen fiiller tür olarak aynı olmakla birlikte, m. 103'te çocukların cinsel istismarı suçu olarak kabul edilmiştir. Madde metninde söz konusu fiillerin nelerden ibaret olduğu tek tek sayılırken bu tür fiillerden ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde esasen madde gerekçesinde düzenlenmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçu mağdurun yaşına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. İlk olarak, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklar; ikinci olarak da on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklardan bahsedilmektedir.

Hükme göre; *cinsel istismar* deyiminden⁴²¹;

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

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır⁴²² demek suretiyle çocukları iki gruba ayırmış görülmektedir.

⁴²⁰ Bu anlamda daha sonra değinilecek olmakla birlikte, çocukların cinsel yönden istismarı ile çocuk pornografisi kavramlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Çocuk pornografisi, çocuğun pornografik bir üründe kullanılması anlamına gelirken, çocukların cinsel istismarı, kişinin (çocuğun) kendi rızası dışında cinsel bir eyleme hedef olması veya buna kalkışılmasıdır (Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Müstehcenlik, s. 118; ayrıca bkz. Erbaşı, ss. 1626-1627).

⁴²¹ Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan '*...tamamlamamış...*' sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26.05.2016 tarihli ve 2015/108 E., 2016/ 46 K. sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 13.07.2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

⁴²² TCK m. 103/2'de ise, "*vücuda organ veya sair cisim sokulması*"na nitelikli hal şeklinde yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş bir çocuktan bahsediyorsak, TCK m. 103'e başvurabilmek için cebir, tehdit gibi bazı araçlara başvurulmuş olması aranmaktadır. Buna karşılık, böyle bir çocuğun cinsel davranışa rızası varsa, davranışın niteliğine göre, m. 104'e başvurulabilmesi mümkündür. 6545 sayılı kanun ile yapılan değişikliklere bakıldığında, cezaların artırılmış olduğunu görmekteyiz. Bununla birlikte, m. 103/1'e eklenen iki cümleyle, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda daha az ceza öngörülmüş; bu durumda, suçun failinin de çocuk olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır. Burada yazarlar, şüpheli, sanık ve hükümlünün lehine sonuç doğmaması amacıyla, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarın cezasının, 6545

Bu çerçevede kanun koyucunun ilk gruba giren çocuklar bakımından, kendilerine yönelik gerçekleşen cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, cinsel davranışlara ilişkin rızalarına itibar etmemiş olduğu görülmektedir⁴²³. Görüldüğü gibi, bu çocuklara karşı işlenen cinsel istismar eylemlerinin rızaları hilafına işlendiği kabul edilmiştir⁴²⁴. 15-18 yaş arası çocuklardan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olanların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri hususu da mutlak olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, 15-18 yaş arasındaki çocuklar bakımından, ileride de ayrıca değinecek olduğumuz üzere, cinsel istismar suçunun oluşması için, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmasının gerekli görülmesi eleştirilmektedir⁴²⁵. Mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak bakımından bu kıstasa yer verildiği açık olsa da, doktrinde haklı olarak, suçun varlığının kabul edilebilmesi için mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değil yalnızca fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin aranmasının yeterli olacağı

sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce TCK m. 103/1 için öngörülen ceza ile eşit (3-8 yıl hapis) tutulduğunu belirtmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 393-394).

“Mağdurenin yargılamanın tüm aşamalarında sanığın anal yoldan parmağını ve cinsel organını soktuğunu iddia etmesine rağmen Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünün raporunda; akut ve kronik fiili livatanın maddi delillerine rastlanmadığının, ancak anal yolla ırza geçme sonrası görülmesi beklenen ekimoz, mukoza veya sfinkter yırtığı gibi travmatik değişimlerin olaydan kısa bir süre sonra iz bırakmaksızın kaybolabileceği gibi, mağdurenin yaşı, fizik gelişimi, olay sırasında penis girişini kolaylaştırıcı kaygan madde kullanımı ile hile, tehdit ya da rıza gibi sebeplerle direncinin kırıldığı durumlarda anal sfinkterin çok büyük travmatik değişim olmaksızın penisin girişine müsait olacak şekilde genişleme yeteneğinin bulunmasının da tıbben mümkün olduğu dikkate alındığında muayenede herhangi bir özellik görülmemesinin doğal olduğunun belirttiği, özellikle mağdurenin vajinal yoldan da sanığın cinsel organını soktuğu iddiasına rağmen aynı raporda mağdurenin bakire olduğunun ve erişkin bir erkeğin ereksiyon halindeki bir penisinin duhulüne müsait olmadığının belirtilmesi karşısında mağdurenin, sanığın sürtünme şeklindeki eylemlerini yaşı itibarıyla organ sokma şeklinde değerlendirebileceği gözetilerek sanığın mağdureye anal yoldan parmağını veya cinsel organını sokup sokmadığı hususunda şüphe olduğu, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediğinin kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır. Sanık hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulmalıdır.” (Y. 14. CD., 30.10.2014 T., 5664/ 11861) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.07.2016).

⁴²³ Suat Çalışkan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu**, Ocak 2013, s. 86; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 270; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 145; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Ankara 2008, s. 166; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 348.

⁴²⁴ Tuğrul, s. 255; Parlar/Hatipoğlu, Asliye Ceza Davaları, s. 168.

⁴²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 396; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 348-349; Denizhan Horozgil, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)”, **TBBT**, Yıl: 23, S. 93, Mart-Nisan 2011, s. 124.

ifade edilmektedir⁴²⁶. Yargıtay bazı kararlarında kanunda yazıldığı gibi “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*”⁴²⁷ kavramını kanundaki şekliyle aynen aktarmış; bazı kararlarında ise bu kavram yerine “*fiilin (ahlaki) kötülüğünü idrak edemeyecek durumda olma*”⁴²⁸ ya da “*fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması*”⁴²⁹ ifadelerini kullanmaktadır. Bu ayrı ifadelerin aynı suç tipine ait kararlarda kullanılıyor olması Yargıtay’ın bu konuda netlik kazanmış bir içtihat yeknesaklığı olmadığını ortaya koymaktadır⁴³⁰.

TCK m. 103/1-b’de, 15 yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³¹.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

5237 sayılı TCK ile çocukların cinsel istismarı suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığında düzenlenmiştir. Bu kısım da kişilere karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak korunan hukuki yararın,

⁴²⁶ Şen, s. 398.

⁴²⁷ Y. 5. CD., 16.03.2009 T., 463/ 3140; Y. 5. CD., 06.04.2009 T., 2006/ 9273 E., 2009/ 4239 K. sayılı kararlar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 271, dn. 38; Y. 14. CD., 05.07.2012 T., 3900/ 7731 sayılı karar için bkz. Tuğrul, s. 347.

⁴²⁸ Y. 5. CD., 23.03.2009 T., 2008/ 14544 E., 2009/ 3539 K. sayılı karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.05.2015.

⁴²⁹ Y. 5. CD., 05.02.2007 T., 11527/ 592 sayılı karar için bkz. Gündel, s. 119.

⁴³⁰ Nişancı, s. 217.

⁴³¹ Kanunun ifadesinden, fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilen 15-18 yaş arasındaki çocukların rızalarının yokluğunun yeterli olmadığı; cebre, hileye, tehdide ve iradeyi etkileyen diğer hallere maruz kalmalarının zorunlu olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi karşısında, 15-18 yaş arasında, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından; cebir, tehdit ve hilenin suçun unsuru olduğu (aynı yönde bkz. Y. 14. CD., 13.01.2014 T., 2013/ 7436 E., 2014/ 18 K. sayılı karar için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 03.09.2016), 15 yaşın altında ya da 15 yaşın üstünde olsa da fiilin hukuki anlamını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar için ise suçu ağırlaştıran bir neden olduğunu kabul etmek zorunlu olmaktadır. Ortaya çıkan bu sorunların önüne geçmek bakımından doktrinde bir görüş, m. 103/1-b bendinde yer alan ifadenin “*diğer çocuklara karşı rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar*” ifadesiyle değiştirilmesini önermektedir (bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 282; Nişancı, ss. 217-218).

genel adap⁴³² ya da aile düzeni⁴³³ ya da toplumsal ahlaki değerler değil, aksine bizzat çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi ile yararı olduğu konusu hükmüne bağlanmıştır⁴³⁴. Bu suçla çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri⁴³⁵ de⁴³⁶ korunmaktadır. Mağdur kendisine yönelen davranışların cinsel içerikli olduğunun farkında bile olmayabilir. Bu sebeple kanun koyucu, bir bakıma çocuğun iradi olarak bile pasif, aciz ve çaresiz kaldığı varsayımı ile bu tür fiillerin istismar niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁴³⁷.

Sonuç olarak, söz konusu suç tipinde, “*çocuğun cinsel dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü*”,⁴³⁸ “*cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri*”⁴³⁹ ile

⁴³² Genel adap, belirsiz bir kavram olmasının yanı sıra, “*Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*” hükümlerine aykırı olan ve kadına karşı ayrımcılığı meşrulaştıran değer yargılarının da ifadesidir (Bu konuda bkz. Centel, s. 271).

⁴³³ “*Genel Adap ve Aile Düzeni*” gibi bir başlık altında toplanan suçlarda korunan hukuki yarar; kuşkusuz ki, cinsel özgürlüğe yönelik suçlarla korunması gereken hukuki yararlar aynı olmayacaktır. Cinsel yaşam kişi açısından ruhsal ve fiziksel bir bütün olarak değerlendirilmelidir. “*Genel Adap*” ise, belirsiz bir kavram olup, yasa koyucu, bu anlayış ile bireyin cinsel özgürlüğünün yok edilmesini değil, genel adap ve aile düzeni gibi kavramları ön plana almış görünmekte idi (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 93; ayrıca bkz. Nur Centel, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul 1997, ss. 61-62; Nuhoğlu, ss. 609-610).

⁴³⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 347; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3385; Taneri, s. 109.

⁴³⁵ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 311 vd..

⁴³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 394. Artuk/Gökcan/Yenidünya ise çocukların cinsel istismarı suçu ile öncelikle mağdur olan çocuğun yararı, ikinci olarak da cinsel dokunulmazlığının korunduğunu ileri sürmektedir. Çocuk cinsel davranışlara muhatap olmaması için hem kendine hem de başkasına karşı korunmaktadır (Artuk/Gökcan/Yenidünya, Özel, s. 307; benzer yönde ayrıca bkz. Yenidünya, s. 3302, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 269). Şen’e göre, kanun koyucu “*cinsel istismar*” ifadesine yer vererek, çocuğun cinsel hürriyetinin özel ve geniş şekilde korunmasını istemiş ve yetişkinlere oranla kendilerini koruma olanaklarının daha az olacağına işaret etmeyi hedeflemiştir (Şen, s. 395). Yine mağdurun ruhsal ve bedensel bütünlüğünün korunduğu da ayrıca belirtilmektedir (Selcen Ataç, “Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu” **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013, s. 114).

⁴³⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 348. Çocukların cinsel istismarı suçu ile çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunmasının yanı sıra, çocuğu erken cinsel deneyimden uzak tutarak cinsel gelişiminin engelsiz bir şekilde tamamlanmasının da sağlanmak istendiği belirtilmektedir. Buna göre çocuk, erken ya da zorla cinsel deneyim yaşamaktan korunmuş olacaktır. Kanunun “*cinsel saldırı*” yerine “*cinsel istismar*” deyimini tercih etmesi de bunun göstergesidir. Çünkü yaş ya da içinde bulunduğu durum itibarıyla mağdur kendisine yönelik davranışın cinsel içerikli olduğunu bile genellikle algılayabilecek halde bulunmamaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 394; aynı yönde bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 19; Ataç, s. 114; Savaşçı, s. 56).

⁴³⁸ Artuk/Gökcan/Yenidünya, Özel, s. 307; aynı yönde bkz. Ataç, s. 114.

⁴³⁹ Bkz. Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 311 vd; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 394; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 347.

“*çocuğun kendisine rağmen cinsel özgürlüğü*”⁴⁴⁰ korunmakta olan hukuki değerler olarak sıralanabilir⁴⁴¹.

Özellikle Alman Ceza Kanunu’nun 13. bölümünde bulunan gençleri korumaya yönelik hükümlerle, henüz cinsel gelişimini tamamlamamış olan genç insanlar, cinsel eylemler yoluyla kendi genel gelişimlerinin olumsuz etkilenmesinden korunmaktadırlar⁴⁴². Ceza hukukunun müdahalesi, sorunsuz bir cinsel gelişim açısından, küçüklerin cinsel özgürlüğünü en azından dolaylı bir şekilde tehdit eden tüm davranış şekillerini kapsamaktadır. Cinsel alanda başka bir etkene tabi olmadan, cinsel konularda karar verme yeteneği gibi kişisel haklar, bir bireyin belirli bir yerde belirli bir zamanda cinsel ilişkiye dahil olmak isteyip istemediğine karar verme yeteneğini gerektirir. Ancak çocuklarda ve kısmen gençlerde bu tür bir karar verme yeteneği, cinsel ve fiziksel gelişimleri henüz olgunlaşmadığı için, yoktur veya yeteri kadar mevcut değildir. Buna istinaden tüm gençlerin cinsel konularda karar vermekten aciz oldukları da aynı zamanda kabul edilemez⁴⁴³.

Alman Ceza Kanunu’nda da son zamanlarda cinsel suçlar alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişikliğin en önemli kısmını çocukların ve gençlerin korunması oluşturur. Özellikle dava zamanaşımının durması konusunda yaş değişikliği ve çocuk ve genç pornografisi ile ilgili maddelerde değişiklikler yapılmış ve yeni bir madde (m. 184e) ile bazı yeni suç tipleri (genç pornografisi içeren yazılar yayma, edinme ve bunları bulundurma (m. 184c), zorla evlendirme (m. 237), kadının cinsel organlarının sakatlanması (m. 226a) gibi) eklenmiştir. Bununla birlikte son yıllarda yapılan kapsamlı değişikliklerden ve bunun sonucunda maddelerde sıkça diğer maddelere, fıkralara ve bentlere yapılan göndermelerden dolayı düzenlemelerin oldukça karışık olduğunu söylemek mümkündür⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 40.

⁴⁴¹ Kocaoğlu’na göre, öğretilerdeki tüm görüşlerin benzer şekilde gösterdiği gibi, sistematik ve gai yorumla bu düzenlemede korunulacak en anlamlı hukuki değer “*çocuğun cinsel dokunulmazlığı*”dır (Kocaoğlu, s. 264).

⁴⁴² BT-Drs. 6/ 3521, s. 34 (Laubenthal, s. 170, dn. 7; ayrıca bkz. Kindhaeuser, s. 180).

⁴⁴³ Laubenthal, s. 170.

⁴⁴⁴ Alman Ceza Kanunu’nda cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere yönelik değişiklik trendi 1970’lerde başlamıştır. Yukarıda Alman Hukuku’nda eski dönemde mevcut düzenlemelerden söz edilmiş idi. Özellikle feminizmin etkisi düzenlemelerin değişmesinde önemli bir rol oynamıştır (Schroeder, JZ, s. 829; Schroeder, Reform, ss. 10 vd.). Bu değişikliklerle birlikte Alman Hukuku’nda cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin liberalleştiği ifade edilmektedir. Özellikle temas içermeyen cinsel suçlar bu değişiklikler neticesinde kanuna girmiştir (Eduard Dreher, “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?”, JR, Heft 2, S. 45, Februar 1974, ss. 48 vd.). Bu değişiklik ceza hukukunun

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Hukuki Konusu

Cinsel istismar suçunun konusu, üzerinde cinsel saldırı gerçekleştirilen çocuğun⁴⁴⁵ vücududur⁴⁴⁶.

müdahale alanını çok genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Jürgen Baumann, “”Glücklichere Menschen” durch Strafrecht?”, Heft 9, **JR**, 1974, s. 371).

Alman Ceza Kanunu’nda cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin çok ahlakçı bulunması karşısında 1992-1998 yılları arasında ikinci bir değişim dalgası yaşanmıştır. Bu konuda yapılan değişiklikler için ayrıca bkz. Yenisey/Plagemann, ss. 294, 297, 335, 347.

⁴⁴⁵ Tanımlar Madde 6- (1) *Ceza kanunlarının uygulanmasında; ...b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, anlaşılır.* Görüldüğü üzere bu suçta mağdur (erkek ya da kız) herhangi bir cinsiyet ayrımı yapılmadan çocuktur (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 309; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 311; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 348. Çocuk ise, henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır (Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1; Lanzarote Sözleşmesi m. 3/1-a; TCK m. 6/1-b; Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1-a) (Kocaoğlu, s. 271).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi uyarınca; daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılacaktır. İlgili hüküm, görüldüğü gibi 18 yaşını doldurmayan bir kişinin, reşit olması halinde çocukluktan çıkabileceğini düzenlemektedir. Ülkemizde yürürlükte olan kanun hükümleri ise, Aydın’a göre, bu düzenlemiden daha ileri bir düzeydedir. 5237 sayılı TCK’nın 6/1-b maddesi uyarınca 18 yaşını doldurmayan kişi çocuktur. ÇKK’nun 3/1-a maddesi gereğince daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Söz konusu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; 18 yaşını doldurmamış her insanın çocuk sayıldığını görmekteyiz. Kişi 18 yaşından önce ergin (reşit) olsa bile çocuk sayılmaya devam edecektir. Türk Medeni Kanunu’nun 11. maddesinde erginlik (reşitlik) yaşı 18 olarak kabul edilmiş, 12. maddesinde 15 yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkemenin onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş, yine 16 yaşını doldurmuş kişinin hakim kararı ile 17 yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği düzenlenerek evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirlenmiş olsa da, bu hallerde dahi ergin kılınan kişinin çocuk olma halinin devam edeceği belirtilmektedir. Bu durumda, 16 yaşında evlenmiş ve bu nedenle ergin sayılmış kişi ile 15 yaşında yargısal karar ile ergin kılınmış kişi TCK ve ÇKK bakımından çocuk olmaya devam edecektir (Aydın, Ağustos 2014, ss. 22-23).

⁴⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 313. Suçun konusunun saldırıya uğrayan “*çocuğun vücudu*” ve “*cinsel dokunulmazlığı*” olduğu konusunda bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 309; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3712; Kocaoğlu, s. 264; aynı yönde. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 348; Aydın, Ağustos 2014, s. 19.

B. Fail-Mağdur

1. Fail

Suçun faili herkes olabilir⁴⁴⁷. Bu manada failin kadın ya da erkek olması önemli değildir⁴⁴⁸. Çocuğun cinsel istismarı suçları farklı cinsler arasında olabileceği gibi, aynı cinsler arasında da işlenebilir. Bir kadın bu suçu bir erkeğe veya kadına karşı işleyebileceği gibi bir erkeğin de bir erkeğe veya bir kadına karşı işlemesi mümkündür. Failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliği bulunmamaktadır⁴⁴⁹. Kanun metninde veya madde gerekçesinde kısıtlayıcı bir düzenleme ya da açıklama getirilmediği için bu suçun faili ceza hukuku anlamında (*TCK m. 6*) çocuk olarak kabul edilen bir kişi de olabilir⁴⁵⁰. Örneğin 17 yaşındaki çocuk zorla 13 yaşındaki çocuğa karşı, yahut 13 yaşındaki bir çocuk 14 ya da 16 yaşındaki bir başka çocuğa karşı cinsel istismar fiilinde bulunabilir⁴⁵¹.

6545 sayılı kanun ile⁴⁵², sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin ya da vasisinin

⁴⁴⁷ Çocukların cinsel istismarı suçunun faillerinin çok büyük bir kısmı erkektir. Bu failler genellikle suçu planlayarak işler; failer yöntem olarak çocuğu manipüle etmeyi, çocuğu yaptıklarının oyun olduğuna inandırmayı seçerler. Bunu sağlayamayan failer ise tehdide ve bedensel şiddete başvururlar. Burada öne çıkan, çocuğun bu fiilleri gizli tutmaz ise toplum içinde yaftalanacağı şeklinde korkutulmasıdır (Waltraud Falardeau, **Kontexte und Hintergründe sexueller Gewalt an Kindern**, Marburg 2001, ss. 65-67).

⁴⁴⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 348; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel*, s. 309; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Şerh*, s. 3711; Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 394; Arslan/Azizağaoğlu, s. 468, Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 311, Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 277; Gerçekler, s. 2083; Gündüz/Gültaş, s. 126; Taneri, s. 110; Parlar/Banko, s. 97; Gündüz, s. 69; Ayşe Nuhoğlu, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. I, 2010, s. 289.

⁴⁴⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3385; Gerçekler, s. 2084.

⁴⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, s. 394.

⁴⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 348.

⁴⁵² Aydın’a göre, çocuklar arasındaki cinsel davranışlarda suçun mağduru ile faili birbirine karışmaktadır. Özellikle erken yaşta bazı cinsel davranışların çocuklar arasında bir oyun olarak ortaya çıkması karşısında bu durum daha da vahim hale gelmektedir. Örneğin, 13 yaşındaki bir erkek ile 14 yaşındaki bir kız çocuğunun öpüşmeleri halinde her ikisi de TCK’nın 103/1 maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunun hem faili hem de mağduru olabilmektedir. Bu durumda, her iki çocuğa hem TCK’nın 103/1 maddesi gereğince ceza vermek ve hem de bu suçun mağduru olduklarını söylemek gerekir ki, bu durum hem ceza hukukunun genel ilkelerine ve hem de çocukların korunması esaslarına aykırılık oluşturacaktır. Bu durum özellikle ileride ayrıntılı olarak değineceğimiz on beş yaşını doldurmuş iki çocuk arasındaki cinsel ilişki fiilinin hukuki değerlendirilmesinde kendisini göstermektedir. On beş yaşını doldurmuş bir çocuk ile yine on beş yaşını doldurmuş bir diğer çocuk arasındaki rızaya dayanan cinsel ilişkinin suç oluşturup oluşturmayacağı, suç oluşturacak ise, kimin fail, kimin mağdur olacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Yazar ileride ayrıntısıyla değineceğimiz bu görüşlerden, on beş

şikayetine tabi kılınmıştır⁴⁵³. Ancak cezada özel bir indirimle gidilmemiştir. Söz konusu düzenlemenin birçok yönden sorun yaratmaya aday olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu düzenleme cinsel istismarın “*sarkıntılık düzeyinde kalması*” halinde uygulama alanı bulacağından, bu düzeyi aşan istismarın soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olacaktır. Burada şikayet hakkı sahibinin failin yaşını bilip bilmediği hususunda uygulamada sorun yaşanabilecektir. Yine Tezcan/Erdem/Önok’a göre, şikayet hakkı sahibinin, cinsel istismarın ulaştığı düzeyin “*sarkıntılık*” olduğunu bilmesinin kendisinden beklenebilmesi ayrıca üzerinde durulması icap eden bir meseledir. İstismara uğrayan çocuk ile velayet ya da vesayet hakkı sahibinin fiilin şikayet edilmesi yönündeki iradesi çelişirse, hangisinin iradesine itibar edileceği de belirsiz kalmaktadır. Böyle bir durumda, istismara uğrayan çocuğun iradesinin üstün tutulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵⁴. Çocuk ile yetişkinlerin iştirak halinde işlediği suçlarda ne olacağı hususunun da üzerinde durmak gerekmektedir. Şayet fail çocuk, azmettiren veya yardım eden yetişkin ise, fiil hakkında şikayette bulunulmadıkça, hiçbir hakkında takibat

yaşından büyük çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki eylemlerinin ceza hukuku alanının dışında tutulması gerektiği görüşünü savunmaktadır. TCK’nın 103/1 ve 103/2 maddesinde bulunan suç işleyen failin kendisinin de 15 yaşından küçük olması halinde ise, yazara göre, özel olarak belirlenmiş ve seçenek yaptırımlara çevrilmeye elverişli düşük miktarda cezaya hükmedilmesi yerinde olacaktır. 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra; çocuğun cinsel istismarı suçu, üç şekilde işlenebilir hale getirildi. Suçun en ağır işlenme biçimi, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması (TCK m. 103/2), daha hafif hali çocuğun cinsel istismarı (TCK m. 103/1-1. cümle) ve en hafif hali ise, cinsel istismarın sarkıntılık seviyesinde kalmasıdır. Yazar, cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması durumunda, özel bir düzenleme yapılması gereğinin açık olduğunu belirtmektedir. Çocuklar arasında meydana gelen cinsel davranışların ağır ceza yaptırımlarına tabi kılınması hem mağdur hem de fail çocuk açısından gelişimlerini ve geleceklerini olumsuz etkileyecek olan bir haldir. Ancak söz konusu değişiklik cinsel davranışın her iki tarafının da çocuk olması durumunda ortaya çıkan meselelere çözüm getirememiştir (Aydın, Ağustos 2014, ss. 20-22).

⁴⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 319; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 394; Aydın, Ağustos 2014, s. 21.

⁴⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395. Bu düzenleme bakımından, 5237 sayılı kanunun cinsel suçlara bakış açısı ile 6545 sayılı kanunun çelişki göstermekte olduğu belirtilmektedir. Yazara göre, 5237 sayılı kanun cinsel suçları, kişinin vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik suçlar olarak düzenlemiş ve bunun doğal sonucu olarak da şikayet hakkını suçun mağduruna vermiştir. Suçun mağdurunun 15 yaşından küçük çocuk olması durumunda şikayet hakkını kanuni temsilcisinin kullanacağı açıktır. Oysa, 6545 sayılı kanun ile getirilen değişiklikte, cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun failinin çocuk olması (18 yaşından küçük olması) durumunda, suç şikayete bağlanmış, şikayet hakkı da mağdurun velisine ya da vasisine verilmiştir. Bu düzenleme ile ortaya çıkan bir çelişkiye işaret etmek gerekirse, örneğin 16 yaşındaki bir çocuk, kendi rızası ile 16 yaşındaki bir erkek ile cinsel ilişkiye girdiğinde eylem TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen suç oluşturacaktır. Böyle bir durumda şikayet hakkı ilişkinin tarafı olan kişiye ait olacaktır. Oysa aynı yaştaki çocuk yolda giderken, yine 16 yaşındaki bir erkek çocuğun elle sarkıntılık fiiline maruz kaldığında, şikayet hakkı bu örnekte mağdur çocuğun velisine yanı anne ve babasına ait olacaktır. Yazara göre, bu farklı düzenlemenin hukuki bir açıklaması kanun değişikliğinin gerekçesinde de bulunamamaktadır (Aydın, Ağustos 2014, s. 22).

yapılamayacak; fail yetişkin, azmettiren ya da yardım eden çocuk ise, şikayet şartı aranmaksızın hepsi hakkında takibat yapılabilecektir⁴⁵⁵.

6545 sayılı Kanun ile (m. 59) TCK m. 103/3 değişmiş ve daha önce sayılmış olan kişilere ek olarak, “üvey ana, üvey kardeş” - “koruyucu aile hizmeti veren kişiler” – “bakım yükümlülüğü altında bulunan kişiler” tarafından işlenmesi durumunu da cezayı artıran bir hal olarak düzenlemiştir. Burada üçüncü fıkradaki özel faillik ilişkisine yeni faillik sıfatları eklenerek özgü faillik hallerinin genişletildiği görülmektedir⁴⁵⁶.

2. Mağdur

Suçun mağduru ancak bir çocuk olabilir. “Çocuk” kavramı TCK m.6’ya göre⁴⁵⁷ belirlenecektir. Cinsel istismar suçları ancak yaşayan insana karşı işlenebilir. Mağdur sağ değil de ölü ise, bu suç değil TCK m. 130/2’de düzenlenen “*Ölünün Hatırasına Hakaret Suçu*” oluşabilir. Ayrıca bu suç hayvana karşı işlenirse, 5199 sayılı “*Hayvanları Koruma Kanunu*” m. 14 (j) bendi yollamasıyla m. 28 (k) bendindeki idari para cezasını gerektiren kabahat fiilini oluşturur⁴⁵⁸.

Alman kanun koyucu, Ceza Kanununun 13. bölümünde yer alan gençleri korumaya yönelik hükümleri, soyut tehlike suçları olarak düzenlemiştir. Hükümlerde sözü geçen olaylarda, küçüklerin cinsel gelişimini tehdit eden ve genel anlamda işlenen olası eylemler tespit edilmiştir. Bu nedenle ceza hukuku hükümleri her bir mağdurun somut cinsel gelişimine bağlı değildir. Yasalar daha çok kişilerin yaşlarını belirleyici bir kriter olarak düzenlerler. Ceza hükümleriyle birlikte, kişilerin yaşlarına göre sınıflandırılan ve ilave kriterlerle daraltılan, bir “*Gençlik Koruma Alanı*” yaratılmıştır. Yaş sınırları on dört yaş, on altı yaş ve on sekiz yaş olarak belirlenmiştir. On dört yaşın altındaki çocuklar için cinsel eylemlere karşı en kapsamlı koruma sağlanmıştır. Öte

⁴⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395.

⁴⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 348; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 395, 401.

⁴⁵⁷ Tanımlar Madde 6- (1) *Ceza kanunlarının uygulanmasında;...b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, anlaşılır.*

⁴⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3388; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 349.

yandan on altı veya on sekiz yaşın altındaki gençler için belirli ek ceza koşullarının yerine getirilmesi gerekmektedir⁴⁵⁹.

a) Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Kavrayamayacak Durumda Olan Çocuk

Suçun mağduru, cinsiyeti fark etmeksizin ancak bir “*çocuk*” olabilecektir. Bir kişi evlenme ya da mahkeme kararıyla ergin kılınmış olsa da, 18 yaşından küçük ise, söz konusu suçun mağduru olabilecektir⁴⁶⁰. Çocuk, TCK m. 6-b’de “*18 yaşını doldurmamış kişi*” şeklinde tanımlanmış olsa da; TCK m. 103 cinsel istismar suçunun oluşabilmesi açısından yaş gruplarına göre bir ayrıma yer vermektedir. Burada mağdur çocuğun cinsiyetinin de bir önemi bulunmamakta olup, getirilen ayırımın çocuğun yaşı bakımından olduğunu görmek mümkündür. Maddeye göre, 15 yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ona yönelik her türlü cinsel davranış (*gerek rıza ile olsun gerekse cebir, şiddet, hile veya tehdit ile olsun*) cinsel istismar şeklinde değerlendirilebilecektir. Bu halde suçun asıl mağdurunun 15 yaşını henüz doldurmamış olan çocuklar olduğu söylenebilecektir. 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte kendisine yönelik yapılan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar da aynı şekilde suçun mağduru kabul edileceklerdir⁴⁶¹.

Buna göre, 0-15 yaş grubu içerisinde yer alan veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar*”a (m. 103/1-a) yönelik her türlü cinsel davranış bu suçu meydana getirecektir. Buna karşılık 15-18 yaş arasında olan çocuklara karşı ise, ancak “*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*” gerçekleştirilen cinsel davranışlar söz konusu olduğunda yine bu suçtan söz edilebilecektir (m. 103/1-b). Görüldüğü gibi 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel davranışa gösterdikleri rıza geçerli kabul edilmiş ve bunların fiile gösterdikleri rızanın bu suçun oluşmasını engelleyeceği öngörülmüştür⁴⁶². Ancak cinsel ilişki düzeyine varan bir fiilin varlığı

⁴⁵⁹ Laubenthal, ss. 170-171; ayrıca bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, s. 219.

⁴⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395; Tuğrul, s. 63; Ataç, s. 115; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 311-312.

⁴⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 349.

⁴⁶² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 395-396; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 311-312; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3389.

halinde, ileride ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere TCK m. 104 hükmünün uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁶³.

Burada üzerinde durulması gereken soru ise şudur: 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte çocuğun; “kendisine yönelik yapılan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş” olması hali ne anlama gelmektedir? Mağdurun akıl zayıflığı, bilgi ya da görgü geriliği veya zekasal gelişim düzeyinin eksik kalması gibi durumlar⁴⁶⁴, algılama yeteneğinin gelişmemiş olması hallerine örnek olarak verilmektedir. Doktrinde,

⁴⁶³ 15-18 yaş arasındaki mağdurun nitelikli cinsel istismarına vermiş olduğu rızanın eylemi hukuka uygun hale getireceği, böylece bu suçun değil, TCK m. 104'teki suçun oluşacağı ileri sürülmektedir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 312). Ancak Tezcan/Erdem/Önok, TCK m. 104'ün uygulama alanı sadece “cinsel ilişki” ile sınırlı olduğundan ve vücuda her organ ya da cisim sokulması TCK m. 104'ün uygulanmasını gerektirmediğinden bu görüşe katılmamaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 396).

Nitekim Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: “Mahkemece, sanığın mağdur Mehmet'i ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlendiği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağdurunu kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmedeği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun “gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu”nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykut'a basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmet'e para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 23.05.2011 T., 2970/ 4134) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 396, dn. 260).

⁴⁶⁴ Soyaslan, s. 250.

mağdurun kendi iradesiyle gösterdiği rıza sonucu yapılan fiilin tam anlamıyla hukuki olarak ne anlam ifade ettiğini, ne gibi bir hukuki normla nitelendirildiğini bilmesine gerek olmayıp, mağdurun faille yaşadığı cinsel nitelikli davranışların vücudu üzerinde ne önem arzettiğini yani ne anlam ifade ettiğini bilmesinin yeterli olacağı belirtilmektedir⁴⁶⁵. Aksini düşünürsek mağdura fiilin hukuki niteliğini ve sonuçlarını bilmesi zorunluluğu gibi bir yükümlülük getirmiş oluruz. Kanun koyucu, 15 yaşını doldurmamış küçüklerin, üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını daha en baştan kabul etmiştir⁴⁶⁶. Bunun aksini ileri sürme olanağı yoktur. Bu halde mağdur çocuğun yaşadığı cinsel nitelikli davranışların anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı hususu araştırmaya açık değildir. 15 yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşından küçük kişinin faille yaşadığı cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığı hususu ise mahkeme tarafından belirlenecektir. Söz konusu yeteneğin var olup olmadığı uyumsuzluk halinde mahkeme tarafından (*gerekirse bilirkişi yardımından da yararlanmak suretiyle*) tespit edilecektir⁴⁶⁷. Cinsel davranışlara rıza gösterilse de, çocuğun bu rıza üzerine yapılacak fiillerin anlamını ve doğuracağı sonuçları algılayabilmesi rızanın geçerliliği için bir koşuldur⁴⁶⁸.

15 yaşını doldurmuş ve fakat henüz 18 yaşını doldurmamış ve yaptığı fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan çocuklar ise ancak kendilerine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka neden kullanılması halinde söz konusu suçun mağduru olabileceklerdir. Bir başka deyişle 15-18 yaş arası çocukların rızası dahilinde onlara yönelik olarak yapılan cinsel nitelikli davranışlar açısından cinsel istismar suçu meydana gelmeyecektir⁴⁶⁹. Burada bahse konu davranışların cinsel ilişki boyutuna varmaması gerektiğini de belirtmek gerekmektedir. Rızaen yapılan bu davranışların cinsel ilişki boyutuna varması durumunda ise cinsel istismar suçu yine

⁴⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 349; aynı yönde bkz. Ataç, s. 115; Şen, s. 398; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 315. Tezcan/Erdem/Önok burada, 15 yaşını doldurmuş mağdur bakımından neden fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması şartının arandığını anlayanın güç olduğunu belirtmektedirler. Failin sorumlu tutulabilmesi için şart kılınan isnad yeteneği açısından, işlediği davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması gerektiği ortadayken, yazarlara göre suçun mağduru açısından aynı kıstası aramanın yerindeliği hususu tartışmaya açıktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 396).

⁴⁶⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 397; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 349.

⁴⁶⁷ Soyaslan, s. 250.

⁴⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 350.

⁴⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 397 vd.; ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 308-309.

oluşmayacak olsa da 15-18 yaş arasında olan çocuk “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçunun mağduru olabilecektir⁴⁷⁰.

b) Evlenme Yoluyla Erginliğini Kazanmış Çocukların Durumu

Burada üzerinde durulması gereken diğer önemli bir sorun da, çocukların cinsel istismarı suçunun *eşler arasında* işlenip işlenemeyeceği konusudur⁴⁷¹. İlk bakışta bu yaş grubu içerisinde yer alan çocuklar açısından evlenme söz konusu olmayacağından, böyle bir sorunun da gündeme gelmeyeceği düşünülebilir. Oysa Türk Medeni Kanunu’nun 124. maddesine göre göre kişilerin evlenme yaşı 17 olup, bazı olağanüstü hallerde bu yaş 16’ya

⁴⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 350; ayrıca bkz. Gündel, ss. 72 vd. Kanunda suçta kullanılan araçlar olarak “*cebiri, tehdit, hile*” yanında yer verilen “*iradeyi etkileyen başka nedenler*”in ne olduğu konusunda bir netlik yoktur. Yazarlara göre burada anlatılmak istenen, “*geçici bir nedenle*” ya da “*alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle*” mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması ya da azalması halidir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3391). Görüldüğü gibi, bu nedenlerin, çocuğun direncini tümüyle kaldıracak ölçüde olması aranmamış, bunların iradeyi etkilemesi hali yeterli sayılmıştır (Ataç, s. 119; Artuk/Gökcan/Yenidünya, Özel, s. 309). Gerekçede de aynı hususun vurgulandığı görülmektedir. Ancak “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” ibaresinin kapsamı muğlak görünmektedir. Gerekçede, mağdurun aksi yöndeki iradesini kırmaya, bertaraf etmeye; diğer bir ifadeyle, mağdurun iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir etkinin varlığı aranmamaktadır. Bu halde, örneğin, cebir, tehdit ya da hile niteliği taşımaksızın, algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğu cinsel davranışa girişmesi hususunda ikna etmeye yönelik hareketler (örneğin, para teklif edilmesi) de bu kapsamda sayılacak hareketler midir? Doktrinde, ikna da, bu anlamda iradeyi etkileyen bir sebep olarak değerlendirilmektedir (Şen, s. 397). Yazarlar ise, kanun metni bu yoruma açık olarak gözükse de, bu olasılığın kabulü durumunda suç tipinin uygulama alanı tehlikeli biçimde genişleyeceğinden ve belirsiz hale geleceğinden, “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” ibaresini, sayılan durumlarla sınırlı tutmak gereğini ifade etmektedirler. Bu nedenlerin bizzat fail tarafından yaratılmış olmasına gerek bulunmamaktadır; cinsel istismar için mağdurun bu halinden yararlanmak suçun oluşması için yeterli olacaktır. Zaten bu tür durumların fail tarafından yaratılması, örneğin mağdurun içtiği içkiye uyuşturucu karıştırılması halinde, çoğunlukla cebir veya hileden söz etmek gerekecektir (Tezcan/Erdem/Önök, Özel Hükümler, ss. 397-398; aynı yönde bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3390).

⁴⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin verdiği yeni tarihli bir karara göre (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 T., 2015/ 43 E., 2015/ 101 K. sayılı kararı. RG. / 29559), “*Türk Medeni Kanunu’nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, Türk Ceza Kanunu’nda benimsenen ve henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak tanımlanması yolundaki yaklaşımın bir benzerinin kabul edildiği ve onsekiz yaşını dolduran her kişinin ergin sayıldığı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına hükme bağlandığı görülmektedir. Yine, Türk Medeni Kanunu’nda, erkek veya kadının onyedinci yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hakimnin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu’nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kurulda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür*”. Bu demek oluyor ki, Anayasa Mahkemesi’ne göre TMK’ya uygun olarak yapılan bir evlilikte, eşlerden birisinin çocuk olması halinde cinsel istismar suçunun işlenebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü söz konusu görüş temel alınrsa, resmi nikaha dayanan evliliklerde cinsel istismar suçunun oluşması mümkün olmayacaktır (Kocaoğlu, s. 285).

da inebilmektedir. O halde 16-18 yaş grubu içerisinde olan ve evli olan çocuklar açısından da cinsel istismar suçu söz konusu olabilecektir⁴⁷². Bir kimse evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olsa da, 18 yaşından küçük ise, kendisine karşı işlenen eylemler bakımından çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olabileceği söylenebilecektir⁴⁷³.

Evlenme yoluyla erginliğini kazanmış olmakla birlikte hali hazırda henüz 18 yaşından küçük mağdura karşı eşi tarafından *rıza dışı yapılan* cinsel davranışların hangi suçu oluşturacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre⁴⁷⁴; evlilik ile kişiler ergin sayılacağından, evlilik içinde bulunan çocuğa yönelik olarak cebir, şiddet ya da tehdide dayalı yapılan cinsel davranışlar da TCK m. 102 anlamında cinsel saldırı suçunu meydana getirecektir. Bir diğer görüşe göre ise⁴⁷⁵ evlilik nedeniyle ergin olan mağdura karşı -17 ya da bazı hallerde 16 yaşını doldurmuş olmakla birlikte- evlilik içerisinde eşi tarafından rızası dışında yapılan cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Buna göre evlilik kişiyi reşit kılarırsa da sonuçta yaşını değiştirmeyecektir. Kanun koyucu TCK m. 103'teki çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun yaşını kıstas alarak bazı hukuki sonuçlara varmayı amaçladığına göre bahsi geçen fiiller bakımından failin sorumluluğu da TCK m. 103'teki cinsel istismar suçundan dolayı olacaktır.

⁴⁷² Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden farklı olarak (TCK m. 102/2), eşler arasında cinsel istismar suçu açısından ayrı bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Bununla birlikte bu suçla korunan değer cinsel özgürlük olduğu, TCK m. 102'nin gerekçesinde yer verilen açıklamalara rağmen, 18 yaşından küçük eş bakımından, cinsel istismar suçunun oluşabileceğinin düşünülebileceğini belirtmek gerekir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3387). Ancak bu durumda, bu görüşe göre, cinsel saldırı suçunda (TCK m. 102), eşler açısından yalnızca vücuda organ veya cisim sokma suç sayıldığı halde, çocuklara dönük olan cinsel istismar suçunda her türlü cinsel davranışın suç sayılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında işlendiğinde suç şikayete bağlı olarak kovuşturulurken, cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halinde kovuşturmanın re'sen yapılacağını da belirtmek gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 398). Yazara göre, onsekiz yaşını bitirmemiş, ancak evli kişinin cinsel davranışa maruz kalması halinde, fail m. 102'deki suç tipinden sorumlu olacaktır. Uygulamada henüz bir içtihat söz konusu olmayan bu tür fiillerin yeni TCK'da benimsenen cinsel özgürlük anlayışına rağmen, m. 103'ten ziyade, TCK m. 102 kapsamında çözümlenmesi olasılığının gözden uzak tutulmaması gerektiği de belirtilmektedir (Soyaslan, s. 251).

⁴⁷³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3387; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 312; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 350-351.

⁴⁷⁴ Soyaslan, s. 251.

⁴⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 398; aynı yönde bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3387.

Öğretide, bu durumda ikili bir ayrım yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁶:

- cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmişse: Bu halde çocuk yaşta yapılan evlilikler sırasında gerçekleştirilen istismar eylemleri de çocukların cinsel istismarını oluşturacaktır. Nitekim TCK m. 6'da yapılan tanımlama kişinin evli veya bekar olmasına bakılmaksızın 18 yaşının altındaki kişileri çocuk olarak tanımlamaktadır. Hatta Çocuk Koruma Kanunu m. 3 çocuğu açıkça daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamıştır⁴⁷⁷.

- cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleştirilmişse: Bu halde ise, evlenmenin varlığı durumunda rıza zaten varsayılacağından evlilik adeta hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracaktır. Kişinin yaşı kaç olursa olsun **cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden yoksa** evliliğin varlığı durumunda gerçekleştirilen cinsel ilişki, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmayacağı gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da meydana gelmeyecektir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 351; ayrıca bkz. Aydın, Ağustos 2014, ss. 25-27. Çocukların cinsel istismarı suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği, ilk bakışta bu yaş grubu içerisinde yer alan çocuklar bakımından evlenme söz konusu olamayacağından bir sorun olarak görülmeyecektir. Oysa TMK m. 124'ün evlenme yaşını 17 olarak belirlediği ve hatta olağanüstü hallerde 16 yaşındaki bir "çocuğun" da evlenmesine olanak sağladığından, 16-18 yaş grubu içerisinde yer alan ve evli olan çocuklar açısından da cinsel istismar suçu söz konusu olabilecektir. TCK uygulaması açısından "çocuk" kavramının anlamı 6. maddede belirlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple evlenme veya başka yolla çocuğun ergin kılınmış olması suçun oluşması açısından önem taşımamalıdır. Ne var ki, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden farklı olarak (TCK m. 102/2), eşler arasında cinsel istismar suçu açısından ayrı bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Bununla beraber bu suçla korunan değer cinsel özgürlük olduğu, TCK m. 102'nin gerekçesinde yer verilen açıklamalara rağmen, evlenmekle eş diğer eşe cinsel özgürlüğünü "terk etmiş" sayılamayacağından, kanunda bu yönde bir açıklık olmamasına rağmen, 18 yaşından küçük eş açısından, cinsel istismar suçunun oluşabileceğinin düşünülebileceği ifade edilmektedir. Ancak, bu durumda, cinsel saldırı suçunda (TCK m. 102), eşler bakımından sadece vücuda organ ya da cisim sokma suç sayıldığı halde, çocuklara yönelik olan cinsel istismar suçunda her türlü cinsel davranışın suç sayılması gerektiği neticesi ortaya çıkacaktır. Öte yandan cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında işlendiğinde suç şikayete bağlı olarak kovuşturulurken, cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi durumunda kovuşturmanın re'sen yapılacağını da ifade etmek gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 398; ayrıca bkz. Kocaoğlu, ss. 284-285).

⁴⁷⁷ Aynı yönde bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 23.

⁴⁷⁸ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 40. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine yapılan yeniden düzenleme (24.11.2016-6763/ 13. m.) ile cinsel istismar suçunda mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması durumunda verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacaktır. Cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacaktır. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması durumunda verilecek ceza on sekiz yıldan az olamayacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 351).

Burada bahsi geçen evliliğin Türk Medeni Kanunu gereğince yapılan resmi nikaha dayalı olması gerektiğini belirtmek gerekmektedir. Kanaatimizce Türk Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapılarak evlenme yaşının mutlaka 18 yaşın doldurulması şeklinde yenilenmesi zorunludur⁴⁷⁹.

C. Eylem

1. Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi unsurunu çocuğun cinsel davranışla istismar edilmesi oluşturmaktadır. Bahsi geçen istismar cinsel içerikli olmak kaydıyla her şekilde olabilecektir. Cinsel istismarın ne olduğu 103. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilmiştir. Buna göre; “*Cinsel İstismar*”⁴⁸⁰” deyiminden;

⁴⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 351. Kocaoğlu, bu görüşe katılmadığını belirtmektedir. Zira, yazara göre, söz konusu teklif sosyolojik gerçeğimize, özellikle de kırsal kesimdeki insanımızın evliliğe bakış açısına tamamen ters bir tekliftir. Bu görüşe göre, resmi evlilik yaşının bu düzeye çekilmesi, hiçbir sorunu çözmeyecektir. Aksine, yazar bu durumun, zaten kanun zoruyla uygulanan resmi nikaha dayalı evlilik yüzdesini düşüreceğini, gayri resmi olarak insanları imam nikahı tabir edilen fiili evlilikler kurmaya teşvik edeceğini ifade etmektedir (Kocaoğlu, s. 285). Kanaatimizce, çocukların cinsel istismarının önüne geçebilmek için dini nikahın yeniden suç olarak düzenlenmesi ve Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen evlenme yaşının istisnasız 18 olması gerekmektedir.

⁴⁸⁰ Alman Hukuku'nda konuya ilişkin şu değerlendirme yapılmaktadır: İçinde bulunduğumuz sosyal yapılarda yetişkinler ve çocuklar arasındaki cinsel ilişkiye yer yoktur. Suç kapsamında çocuklara yönelik cinsel arzu içerisinde olmak ve bu tür cinsel tercihleri fiilen gerçekleştirmek veya buna ek olarak çocuklar ile başka türlü cinsel temaslar kurmak, en çok kabul görmeyen ve aşağılanan davranış biçimleri arasındadır (Chris Jenks, “Kindheitsbilder und der Diskurs über den sexuellen Mißbrauch”, *Zeitschrift für Sexualforschung*, Heft 3, 1997, ss. 208-209; ayrıca bkz. Laubenthal, s. 171). Mağdur çocuklara yönelik işlenen cinsel suçlar söz konusu olduğunda, kamuoyu her defasında çocuk tacizcilerine daha ağır cezaların verilmesini talep etmektedir. Son yıllarda, çocuklara yönelik cinsel istismarla ilgili ceza hükümlerinde geniş kapsamlı değişiklikler yapılmıştır ve ciddi cezalar getirilmiştir (Bkz. Laubenthal, ss. 19-21, 27-29, 31-32). Daha önce sadece Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin eski halinde yer alan düzenlemeler bugün üç kurala ayrılmıştır:

- Ceza Kanunu'nun 176. maddesi: Çocuklara yönelik cinsel istismarın temel açıdan suç durumu;
- Ceza Kanunu'nun 176a maddesi: Çocuklara yönelik ağır cinsel istismarın yeterlilik açısından suç durumu;
- Ceza Kanunu'nun 176b maddesi: Ölümle sonuçlanan çocuklara yönelik cinsel istismarın suç durumu.

Ceza Kanunu'nun 176. maddesinde yer alan suçun temel şeklinde, 14 yaşından küçük kişilerle (*çocuklarla*) fiziksel temaslı cinsel eylemde bulunmak veya bir çocuğu suçlu üzerinde bu tür eylemlerde bulunmaya teşvik etmenin cezası, ilgili maddenin 1. fıkrasında 6 ay ile 10 yıl arası hapis olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin 2. fıkrası, çocuğun üçüncü bir şahıs için fiziksel temaslı cinsel eylemde bulunmasını veya üçüncü bir şahsın çocuğun üzerinde fiziksel temaslı cinsel eylemde bulunmasını sağlamayı eş değerde görmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen olayların ağır halleri söz konusuysa 1 yıldan düşük hapis cezaları öngörülmez. Bağımsız bir olayın düzenlendiği ceza kanununun 176. maddesinin 4. fıkrasında ise, doğrudan fiziksel temasın gerçekleşmediği davranış biçimleri için 3 ay ile 5 yıl arası hapis cezası öngörülmüştür (- çocuğun önünde cinsel eylemlerde bulunursa, - bir çocuğu cinsel eylemde bulunmaya

- a. Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen *her türlü cinsel davranış*,
- b. Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen *cinsel davranışlar*⁴⁸¹,
- anlaşılmalıdır. Burada vurgulanması gereken husus maddenin hem (a) ve hem de (b) bendinde belirtilen davranışların çocuğun vücuduna *“organ veya sair cisim sokulması”*⁴⁸² şeklinde gerçekleşmemesi gerektiği hususudur. Çünkü bu tür cinsel

sevk ederse, - çocuğu yazılar veya bilişim veya iletişim teknolojisi vasıtasıyla belirli cinsel eylemlerde bulunma konusunda etkilerse, - bir çocuğu, ona pornografik resim veya tasvir göstermek, pornografik ses kaydı dinletmek suretiyle, bilişim veya iletişim teknolojisi vasıtasıyla pornografi içerikleri ulaşılabilir hale getirerek veya benzer konuşmalarla etkilerse). Ceza Kanunu’nun 176. maddesinin 5. fıkrasında istismar eylemlerinin öncesinde gerçekleştirilen hazırlık eylemleri düzenlenmiştir. Buna göre ceza kanununun 176. maddesinin 1 ila 4. fıkrası arasındaki hükümler uyarınca her kim bir çocuğa böyle bir suç teklif ederse veya böyle bir suç için vaatlerde bulunduğu kanıtlanırsa veya başka bir kişiyle böyle bir suç için anlaşılırsa, üç ay ile 5 yıl arası hapis cezasına çarptırılacaktır (Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, 59. Aufl., München 2012, § 176 Rdn. 8; ayrıca bkz. Laubenthal, s. 171; Klaus Laubenthal, *Sexualstraftaten Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, 2000, ss. 103-118; Yenisey/Plagemann, ss. 271-276).

⁴⁸¹ Kanunun 15-18 yaş arasında bulunan kişiler açısından suçun oluşması için *“davranışlar”* şeklinde çoğul bir anlatım tercih etmesinin sebebinin anlaşılamadığı belirtilmektedir. Kanunun lafzından hareket edildiğinde, m. 103/1-a bendi kapsamına giren çocuklara yönelik tek bir davranış dahi suç oluştururken; b bendi kapsamına giren çocuklar açısından ise, birden çok cinsel davranışın bir araya gelmesi halinde bu suçu oluşacağı sonucuna varılacaktır. Yasa koyucunun amacının, çocuklara yönelik cinsel istismar bakımından böyle bir ayırım yapmak olmadığı ifade edilebilir. Bu farklılığa rağmen, cinsel istismar için her iki alternatif açısından da tek bir cinsel davranışın suçu oluşturmak açısından yeterli olduğunu vurgulanmaktadır. Uygulamanın da bu yönde olduğunu belirtmek gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, *Özel Hükümler*, ss. 398-399).

Koca/ Üzülmüş ise, kanun koyucunun bu ayrımı bilinçli yaptığını vurgulamaktadırlar. Yazarlara göre, kanun koyucu, onbeş yaşını tamamlamış ve kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışların cinsel istismarı oluşturacağını; buna karşılık, onbeş yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, bu davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmediğinden bağımsız olarak, cinsel istismarı oluşturacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Örneğin, söz atma, bu yaş grubunda bulunan çocuklara yönelik ise, cinsel istismar kapsamında değerlendirilecektir (Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, ss. 311-312; ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3398-3402).

⁴⁸² “...çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanık hakkındaki yargılamada, mağdurenin kollukta verdiği “Sanık cinsel organımı elbiselerimin üzerinden okşadı” şeklindeki beyanı ve Kartal Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün; “Mağdurenin hymen geniş kenarlı, kenarları ince tırtıklı, küçük delikli olup kenarlarında eski veya yeni yırtık izine rastlanılmadığı, halen bakire” olduğuna dair raporu karşısında sanığın eyleminin, çocuğun basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi bozma nedenidir.” (Y. 14. CD., 25.02.2014 T., 2013/11330, 2014/2256) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.09.2016). “Maddede vücuda organ veya sair cisim sokulmasından bahsedilmiş, ancak bundan ne anlaşılması gerektiği, hangi organ veya cismin vücudun hangi bölgesine sokulmasının suçun nitelikli halini oluşturacağı açıklanmamıştır. Madde gerekçesinde;...biçiminde açıklamalara yer verilmiştir. Maddede “organ” tabiri kullanıldığından cinsel organ dışındaki vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması suçun nitelikli halini oluşturabilecektir. Bu organın sahibinin kadın veya erkek olmasının bir önemi yoktur. Sokma fiili bizzat fail tarafından yapılabileceği gibi 3. bir

davranışlar TCK m. 103/2'de⁴⁸³ mağdur çocuğun yaşı ne olursa olsun ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır⁴⁸⁴.

kişinin veya bizzat mağdurun araç olarak kullanılması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte sadece oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ ya da sair bir cisim sokma eylemlerinin suçun nitelikli halini oluşturabileceği kabul edilmelidir. Böyle bir kabul madde gerekçesi de gözetildiğinde kanun koyucunun amacına daha uygun olacaktır. Vücudun bu bölgelerine organ veya sair bir cismin az da olsa girmesi bu nitelikli halin uygulanması açısından yeterlidir. Cinsel istismarın vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda failin suçun temel şekli için öngörülen cezanın en üst sınırı taban kabul edilerek çok daha ağır bir cezayla cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sebeple vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli cinsel istismar eylemlerinin suçun temel şekline göre mağdurun cinsel özgürlüğünü daha ağır bir biçimde ihlal eden eylemler olması gerekir. Bu itibarla, her somut olayda hangi organ veya cismin vücuda hangi bölgesine sokulmaya çalışıldığı, sokulmak istenen organ veya cisimle içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunup bulunmadığı, yapılan davranışın oljektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelik taşıyıp taşımadığı, mağdurun cinsel özgürlüğünün suçun temel şekline göre daha ağır bir biçimde ihlal edilip edilmediği belirlenmeli ve sonucuna göre uygulama yapılmalıdır. Bu bakımdan, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde ise de ağza parmak sokulması veya somut olayda olduğu gibi öperken dilin ağza sokulması vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyecektir.” (YCGK., 17.12.2013 T., 14-294/ 615) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).

⁴⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 400. Çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun ağır hali, 6. ceza kanunu reform yasası tarafından yürürlüğe girmiştir. Cinsel suçlar konusunda değişiklik getiren 2003 tarihli kanun ile ceza kanununun 176a maddesi yeniden düzenlenmiştir. Burada özellikle suç sınırları keskinleştirilmiştir (Laubenthal, 2012, ss. 23-25, 27-29). Ceza kanununun 176a maddesinde öngörülen suçlar: - Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına yönelik tekrar işlenen suçlar (fıkra 1), - Cinsel ilişki veya cinsel ilişkiye benzer suçlar, ortaklaşa işlenen suçlar ve ağır sağlık ve gelişim zararları (fıkra 2/ 1-3), - Pornografik amaçlarla çocuklara yönelik cinsel istismar (fıkra 3), - Ağır fiziksel şiddet veya bedensel temaslı cinsel istismarda hayati tehlikenin mevcut olması (fıkra 5). Ceza kanununun 176a maddesi uyarınca suç işlemenin neticesi: Çocuklara yönelik cinsel istismarın ağır haline teşebbüs etmek suç sayılır, burada herhangi bir yasal hükme bağlı olması gerekmez (Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrası). Bu bağlamda Ceza Kanunu'nun 30. maddesi uygulanır (Suça katılma teşebbüsü). Buna göre suçu işlemeye yönelik bir sözleşme veya bununla ilgili teşvik teşebbüsü bile suç sayılır (Fischer, Strafgesetzbuch, § 176a Rdn. 23; Adolf Schönke, Horst Schröder, **Strafgesetzbuch**, 28. Aufl., München 2010, § 176a Rdn. 16; ayrıca bkz. Laubenthal, 2012, s. 198; karşılaştırınız Laubenthal, Sexualstraftaten, ss. 111-118). Ancak bedenine girilmesine bağlı olarak cinsel ilişki veya buna benzer eylemler gerçekleştirildiğinde, bağımsız başka cinsel içerikli manipülasyonlar gerçekleştirilirse, Ceza Kanunu'nun 176. maddesi ile 176a/2-2 maddesi arasında kavramsal bir rekabet söz konusu olacaktır. Tamamlanmış temel suç ve suça teşebbüs durumunda suç işlenmiş olacaktır (BGH, NStZ-RR 2003, s. 354; Laubenthal, 2012, s. 198; ayrıca bkz. Karl Heinz Gössel, **Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis**, Berlin, 2005, ss. 176 vd.).

⁴⁸⁴ Görüldüğü gibi fıkranın (a) bendindeki cinsel istismar suçunun oluşması için cebir, şiddet, tehdit, hile vb. vasıtaların kullanılmasına gerek bulunmamakta olup, ilgili vasıtalar kullanılsa da bu fiiller suç oluşturacaktır. Ancak bu tür vasıtaların kullanılması, maddenin 4. fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Aynı şekilde 6545 sayılı kanun değişikliği ile fıkranın (b) bendinde yer alan çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hali de dördüncü fıkra ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 352; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 315-316).

2. Suçun Maddi Unsuru İçerisinde Bulunan Bazı Kavramların Açıklanması

Sorunu

a. Cinsel Davranış

Daha önce de belirttiğimiz üzere, cinsel davranış belirsizliği ve tanımlanamaması sebebiyle doktrinde tartışmalara sebebiyet veren bir kavram olmuştur. Cinsel davranış, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda maddi unsurun hareket kısmını ifade etmekte olup, cinsel davranışın açıklanabilmesi için cinsel saldırı ile cinsel istismarı birlikte ele almak gerekmektedir. Çünkü her iki fiilde de eylem cinsel davranış olarak nitelendirilmiştir. Cinsel saldırı ve cinsel istismarın basit halleri açısından cinsel davranış ifadesinin maddeler içindeki ele alınış şekli karşılaştırıldığında ise, cinsel saldırıyı öngören TCK m. 102’de fiilin basit hali için belirtilen cinsel davranış vücut dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikteki cinsel hareketler olarak tanımlanmış iken; TCK m. 103’te “*her türlü cinsel davranış*” ifadesi yer almıştır. Her iki suçun nitelikli halleri ise aynı şekilde düzenlenmiş ve eylem de vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle meydana getirilen cinsel nitelikli hareketler şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸⁵.

Cinsel saldırının gerçekleşebilmesi için kanun, vücut dokunulmazlığının ihlalini aramaktadır. Vücut dokunulmazlığının ihlali için de fail tarafından meydana getirilen hareketlerin vücuda teması gerekmekte olup, cinsel istismarda cinsel saldırıdan farklı olarak vücut dokunulmazlığının ihlali cinsel davranışın sınırını oluşturmamaktadır. Vücut temasının arandığına ilişkin bir ifade TCK m. 103’ün ne hükmünde ne de gerekçesinde yer almamaktadır. Bu nedenle doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucu TCK m. 103 ile çocuklara yönelik temaslı ya da temas olmadan gerçekleştirilen cinsel nitelik taşıyan tüm

⁴⁸⁵ İlgili suçun maddi unsuru cinsel istismardır. Cinsel istismardan ne anlaşılacağı hususu 103. maddede ifade edilmiştir. TCK m. 103’e göre cinsel istismar iki türlü olup, bunlardan ilki, TCK m.103/1’de öngörülen basit cinsel istismar; ikincisi ise TCK m. 103/2’de düzenlenen nitelikli cinsel istismardır. Suçun temel şeklinde; on beş yaşını doldurmamış ya da doldurmuş olmakla birlikte on beş ila on sekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış ve on beş on sekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir nedene daylı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış olarak belirtilmiştir. Bu tanımlamalar cinsel istismarı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Hatta her türlü cinsel davranış ifadesi cinsel istismarın ne şekilde gerçekleşebileceği yönünde akıl karışıklığına neden olmaktadır. Cinsel istismarı tanımlamak için kullanılan cinsel davranış ifadesi uygulamacılar yönünden de sıkıntı yaratacak niteliktedir. Çünkü her türlü cinsel davranış ifadesi belirsiz ve genişletilmeye müsait bir kavram olup, bunun da failin davranışını nitelendirirken adaletsiz ve haksız sonuçlara sebebiyet verebileceği üzerinde durulmaktadır (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 160-161).

hareketleri cinsel istismar kavramı⁴⁸⁶ içinde değerlendirmiştir⁴⁸⁷. Çocukların cinsel istismarının her türlü cinsel davranış ile gerçekleşmesi, doktrindeki bu görüşe göre eylemi açıklamaktadır. Burada cinsel saldırıdan farklı olarak vücuda temas olsun ya da olmasın fail tarafından gerçekleştirilen objektif olarak cinsel nitelik taşıyan hareketlerin cinsel davranış olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yorumla, cinsel tacizin çocuklara yönelik olması halinde artık TCK m. 105 değil, TCK m. 103'ün uygulanacağı vurgulanmakta idi. Ancak bu konuda da görüş ayrılıklarından bahsetmek mümkündür. Cinsel istismarın kanunda çocuğa yönelik tüm cinsel davranışlar olarak ifade edilmesi nedeniyle ortaya çıkan bu tartışmada cinsel tacizin çocuklar bakımından da uygulanması

⁴⁸⁶ Cinsel davranış, bir kişinin cinsel bütünlüğünü bozacak, cinsel özgürlüğünü, cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikte ve dışarıdan bakıldığında cinsellikle alakalı olarak değerlendirilebilecek davranışlar olarak algılamak gerektiği belirtilmektedir. Bunun için de failin hareketi olaydan olaya farklı değerlendirilebilmelidir. Kardeşinin çocuğunu sevmek için kucağına oturtan amcanın fiili ile komşusunun cinsel dürtülerini gidermek amacıyla kucağına oturtan kişinin eylemi aynı görünmekle birlikte amaç aynı olmadığı için, farklı nitelendirilebilecektir. Elbette kardeşinin çocuğunu istismar etmek de mümkündür ve bu da suç teşkil etmektedir. Ancak bu durum ispat hukuku ile alakalı olup, cinsel davranış tanımlanamadığından ötürü sorunun çözümsüz olduğunu söylemek hatalı olacaktır. Gerçekten de basit cinsel istismarda cinsel davranış tanımlamak ve her olay açısından bu tanıma sokmak hatalı sonuçlar verebilecek, bazı suçluların cezazas, bazı masumların da suçlu olarak nitelendirilip damgalanmasına neden olabilecektir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 162-163). Cinsel davranış açıklanması zor bir kavram olması nedeniyle doktrinde tartışılmıştır. Bunlar içerisinde en ayrıntılı açıklama daha önce de bahsettiğimiz üzere Taner tarafından yapılmış ve cinsel davranış objektif ve sübjektif teoriler olmak üzere ikili bir ayrım içerisinde değerlendirmiştir. Kavramın objektif teori çerçevesinde ele alınıp sübjektif teori ile tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir. Cinsel davranış faildeki cinsel duyguları tatmin amacına yönelik hareketler olarak kabul eden ve kavramı failden yola çıkarak açıkladığı ifade edilen sübjektif görüş olarak nitelendiren görüşe göre, “*failin davranışlarını gerçekleştirmesinde cinsel davranışta bulunma kastı aranır*”. Faildeki şehvi hisleri giderme amacı ile davranışın cinsel olup olmadığını tespit etmeye çalışan bu görüş davranış ahlak temelli bir ölçüte oturtmaya çalıştığı, sübjektif değerlendirmelere açık olduğu, cinsel davranış tanımını vermekteki yetersizliği nedenleri ileri sürülerek eleştirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 92-112).

Kartal Memiş'e göre, cinsel davranış sadece objektif ya da sadece sübjektif olarak nitelendirmek yeterli değildir. Cinsel davranış her zaman cinsel dürtüleri gidermek amacıyla olmayacağı gibi çoğunlukla da bu amaçla gerçekleştirilmektedir. Faildeki intikam duygusu, tehdit, şantaj ya da yaralama amacıyla da gerçekleştirilebilecek bu eylem bakımından hukukun yetersiz kaldığı belirtilmektedir. Kaldı ki hukuk da bu aczini bildiğinden teknik bilirkişi yoluyla sorunu çözme yoluna gidilmekte ve tıbbi mülahazalarla cinsel davranış açıklanmaya çalışılmaktadır (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 164).

⁴⁸⁷ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 161-162. Gerçekten de cinsel davranış açıklayan görüşlerden bir kısmı cinsel davranış açıklarken, cinsel saldırıdan farklı olarak yalnızca vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel içerikli hareketler değil, her türlü cinsellik niteliği taşıyan hareketlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir (Bu konuda bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 352; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 399). Bir diğer görüş, çocuklar bakımından cinsel tacizin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, cinsel istismardan anlaşılması gereken cinsel saldırıda olduğu gibi vücuda teması gerektiren cinsel nitelikteki hareketlerdir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 308; Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **HPD**, S. 7, Temmuz 2006, s. 73; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 300; Yenidünya, s. 3303; Baytemir, s. 196; Şen, s. 378).

gerektiği, cinsel saldırı bakımından yapılan değerlendirmenin burada da geçerli olduğu ifade edilmekte idi⁴⁸⁸. Bu görüşlerin hukuk mantığı ve ceza adaleti ruhu açısından doğru olduğu söylenebilirse de, kanun koyucunun cinsel saldırı ve cinsel istismar fiillerini düzenlerken farklı bir dil kullandığı ve tercih edilen bu düzenlemenin sakıncalarının olduğu, belirtmiş olduğumuz cinsel istismar kavramının belirsizliği sebebiyle doğrudur. Çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunması, yetişkinlerin cinsel özgürlüklerinin korunmasına göre daha büyük bir hassasiyet gerektirmekte olduğundan, kanun koyucunun cinsel istismarı düzenlerken kullandığı “*her türlü cinsel davranış*” ifadesinin, bilinçli bir tercih olduğu söylenmiştir⁴⁸⁹. Bu nedenle 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, cinsel taciz eyleminin kendisinden daha ağır bir menfaati ihlal eden cinsel istismar içerisinde değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak için yeni bir düzenleme yapılmasının gerektiği vurgulanmakta idi. Burada iki ihtimalin önerildiğini belirtmek gerekmektedir. Bu öneriler; cinsel taciz niteliğinde olabilecek eylemler açısından TCK m. 103 içerisinde ayrı bir düzenleme yapılması ya da TCK m. 105 içerisinde çocuğa karşı gerçekleştirilen hallerin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi şeklinde idi⁴⁹⁰.

Neticede, 6545 sayılı kanun ile cinsel tacizi düzenleyen m. 105’te “*filin çocuğa karşı işlenmesi halinde*” ceza artırımı öngörülmüştür. Böylece cinsel taciz suçunun “*çocuğa karşı da*” işlenebileceğinin kabul edilmesi ile birlikte, artık yerleşik hale gelen Yargıtay uygulaması⁴⁹¹ yasal bir dayanak kazanmıştır. Ayrıca, 6545 sayılı Kanunun madde gerekçesinde, m. 103 bakımından “*fiziksel temas*”⁴⁹² gerektiği de belirtilmiştir. Böylece,

⁴⁸⁸ Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **CHD**, Yıl: 3, S. 6, Nisan 2008, s. 11, Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 312-314; Yenidünya, s. 3303; Şen, ss. 395, 409; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 287. Belirtilen görüşler içerisinde cinsel davranışın kavram olarak belirsizliği, mağdurun çocuk olmasından dolayı cinsel tacizin cinsel istismar kavramı içerisinde değerlendirmenin hukuk mantığı ile bağdaşmadığı, tutarsız uygulama ve kararların hukuki olarak ciddi sakıncalara neden olabileceği ifade edilmiştir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 314; Handan Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005, s. 283).

⁴⁸⁹ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 165.

⁴⁹⁰ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 166.

⁴⁹¹ Yargıtay uygulamasında, 6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde de, çocuğa karşı gerçekleştirilen ve beden dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlar çocukların cinsel istismarı kapsamında görülmemiş ve TCK m. 105’e göre cezalandırılmışlardır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 399).

⁴⁹² “*Sanığın evde yalnız kaldıkları esnada, yatağında uyumakta olan mağdurenin yanına gidip sarılarak üzerini çıkartmaya çalışırken, mağdurenin kendisine karşı koyup durumu babasına anlatacağını söylemesi üzerine bıraktığının mahkemece kabul edilmesi karşısında, nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmaksızın vazgeçen sanığın eyleminin çocuğun nitelikli cinsel*

Yargıtay'ın gerek m. 102/1 ve gerekse m. 103/1 açısından “*bedensel temas*”ı yeterli gördüğünü, herhangi bir niteliksel kriter (*davranışın normatif önemi, temasın yoğunluğu gibi*) öngörmediğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından, suçun “*sarkıntılık düzeyinde*” kalması, TCK m. 103/1 bakımından cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁹³. Zira önceki hukuki durumda, çocuklara karşı işlenen bu tür fiiller için son derece yüksek cezalara hükmedilebilmekte idi. Söz konusu düzenleme bir karışıklığı gidermiş olması açısından yerinde olsa da kanımızca içerik olarak isabetli değildir. Çocuklara yönelik cinsel içerikli fiiller çocuklara daha büyük zarar verdikleri ve haksızlık içerikleri daha yoğun olduğu için daha ağır cezalandırılır ve müstakil hükümlerde düzenlenirler. Bu bağlamda cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenen hali için öngörülen hukuki düzenlemenin fiilin haksızlık içeriğini karşılamadığını düşünmekteyiz. Öte yandan uygulamada çocuklara karşı işlenen fiillerin sadece temas kriterinden yola çıkılarak sınıflandırılması bu sakıncayı pekiştirmektedir. Zira öyle bazı fiiller vardır ki fail mağdura dokunmasa da mağdurda ciddi travmaya yol açabilir. Bu nedenle bizce yapılması gereken gerekli görülüyorsa sarkıntılık hali için öngörülen cezanın alt sınırının indirilmesi ve fakat çocuklara karşı işlenen cinsel içerikli her fiilin madde 103 kapsamında değerlendirilmesidir. Bu anlamda mevcut düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

b. İstismar Kavramı

Bu noktada istismar kavramından da bahsetmek gerekmektedir. Sözlük anlamı itibariyle **istismar** birinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme, sömürü anlamlarına gelmektedir⁴⁹⁴.

istismarı suçuna teşebbüs niteliğinde olmadığı, mağdurenin beyanlarında sanığın vücuduna temas ettiğine dair anlatımının bulunmaması yalnızca Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde sanığın kendisine sarıldığını söylediği gözetilip mağdurenin mahkemece tanık sıfatıyla yeniden dinlenerek sanığın gerçekleştirdiği eyleminde vücuduna temasta bulunup bulunmadığı sorulup beyanları arasındaki çelişkinin giderilmesinin ardından tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.” (Y. 14. CD., 28.01.2015 T., 2014/ 10446, 2015/ 706) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2016).

⁴⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 400.

⁴⁹⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56c72bf43f6103.56686646, Erişim Tarihi: 01.12.2015. İstismar kavramı sözlük tanımıyla, kötüye kullanma, yararlanma, sömürme anlamındadır (Şener, s. 378). Bir başka tanıma göre istismar, “*sömürme; kötüye kullanma; yararlanma; işletme*” dir (Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 1992, s. 437). Çocuk istismarı, karmaşık nedenleri ve tarjik sonuçları olan tıbbi, hukuki, gelişimsel ve psiko-

TCK m. 103 ile cezalandırılmak istenen eylemin cinsel saldırı ya da cinsel ilişki değil, **cinsel istismar** olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Gerçekten TCK m. 103/1’de bu hususun “**çocuğu cinsel yönden istismar eden**” şeklinde formüle edildiği görülmektedir. Cinsel istismar niteliğindeki eylemler arasında cinsel ilişki de bulunuyorsa bu fiil suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir (TCK m. 103/2). TCK m. 102’de cezalandırılan eylemin cinsel saldırı şeklinde ifade edilmesi, eylemin bir saldırı olarak nitelenmesi zorunluluğundandır ve bu nedenle rıza var ise artık saldırı yoktur. Ancak istismarda bir saldırı bulunmak zorunda değildir ve bu yönüyle rıza mevcut olsa bile (a) ve (b) bentleri çerçevesinde çocuğun yaşı ve durumuna göre eylem istismar niteliği taşıyabilmektedir⁴⁹⁵.

sosyal yönleri olan son derece önemli bir meseledir. Cinsel istismar, “*çocuğun bir yetişkin tarafından; cinsel uyarı ve doyum için kullanılması*” olarak da tanımlanmaktadır. (Nimet Ovayolu, Özlem Uçan, Selver Serindağ, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, **Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi**, C. 2, S. 4, 2007, s. 14). Bir başka tanım, “*bir yetişkin tarafından bilerek veya bilmeyerek gerçekleştirilen ve çocuğun sağlığını, maddi ve manevi gelişimini olumsuz etkileyen davranışlar*” şeklindedir (Savaşçı, s. 21). “*Bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılmasıdır*” şeklinde de tanımlanmaktadır (Özbek, Müstehcenlik, s. 118).

Doktrinde bir görüş ise, çocuğun sadece cinsel istismarını değil hemen her türlü çocuk istismarını içeren geniş tanımlardan uzak durulması gerektiğini ve cinsel istismar için daha belirli bir tanım verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi halde kötü muamele teşkil edebilecek pek çok eylem cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilecektir ki bu da cinsel istismarı diğer istismar biçimlerinden ayırmakta zorluk yaratabilecektir. Özellikle ceza hukuku bakımından kavramın netleştirilmesi de güçleşmiş olacaktır. Nitekim çocuklara yönelik cinsel tacizden anlaşılması gerekenin, teşhircilik, müstehcenlik, çocuk çıplak bedenini izlemek, fotoğraf çekmek, cinsel organlarını ellemek, cinsel ilişki ifade edildiği gibi, cinsel istismarın daha dar ele alınması gerektiği ve yalnızca cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bu da görüldüğü üzere cinsel istismar kavramının karmaşıklığını ortaya koymaktadır (Turan Akbaş, İsmail Sanberk, **Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim Çocuklarımızı Cinsel Tacizlerden Nasıl Koruyabiliriz?**, Ocak 2011, s. 2; ayrıca bkz. Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 14).

⁴⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 352. Çocuk istismarı ve ihmali; anne, baba ya da bakıcı gibi erişkinler tarafından çocuğa yöneltilen, toplumsal kurallar ve profesyonel kişilerce uygunsuz veya hasar verici olarak tanımlanan, çocuğun gelişimini engelleyen veya kısıtlayan eylem ve eylemsizliklerin bütünü olarak tanımlanmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO), UNICEF ve Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne göre; 18 yaşını tamamlamamış her bireyin çocuk olduğu, korunması ve her türlü temel gereksiniminin karşılanması gerektiği vurgulanmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü, “*Çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek yapılan tüm davranışları*” çocuğa kötü muamele ya da çocuk istismarı olarak tanımlamış bulunmaktadır. Tanım aynı zamanda çocuğun istismar ve şiddet olarak algılanmadığı veya yetişkinlerin istismar olarak kabul etmediği davranışları da içermektedir. Davranışın mutlaka çocuk tarafından algılanmasının ya da yetişkin tarafından bilinçli olarak yapılmasının şart olmadığı ifade edilmektedir. Çocuk istismarı genel olarak; fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar, ekonomik istismar ve çocuk ihmali şeklinde ayrılmaktadır (Akça Toprak Ergönen, “Çocuk İhmal ve İstismarına Adli Tıbbi Yaklaşım”, **Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp**, Editör: Prof. Dr. Erdem Özkara, Ekim 2015, s. 351; ayrıca bkz. Nezhil Ahmet Kök, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, 2006, s. 3). Biz sadece konumuz olan cinsel istismar üzerinde duracağız.

Bu durumda cinsel istismar nedir? Bir çocuk ne zaman cinsel yönden istismar edilmiş sayılacaktır? Cinsel yönden istismarın çocuk üzerindeki etkileri nasıl sıralanabilir?⁴⁹⁶ Söz konusu istismarın ortaya çıkarılmasındaki zorluklar nelerdir? Ne gibi bulgular ile istismar olgusu ortaya konulabilir? Bu konulara değinmenin şu aşamada yararlı olacağı düşünülmektedir.

Cinsel istismar; *“bir çocuğun rızası olmadan veya hileyle yani fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz bırakılarak cinsel uyarı veya tatmin gibi cinsel amaçlar için kullanılmasıdır”*. Görüldüğü gibi birey burada adeta istismarcı tarafından **bir cinsel obje** haline

⁴⁹⁶ İstismarın klinik özelliklerinin ve çocuk üzerindeki etkilerinin; çocuğun istismarcı ile olan ilişkisine, istismarın şekline, süresine, istismarda şiddet kullanılıp kullanılmamasına, fiziksel zararın varlığına, çocuğun yaşı ve gelişim basamağına, ruhsal özelliklerine ve travma öncesi psikolojik gelişimine bağlı olarak değişmekte olduğu belirtilmektedir. Cinsel istismara uğramış çocukların cinsel duygu ve tutumlarının normal gelişimlerinden sapabileceği ve uygun olmayan biçimlere dönüşebileceği de ifade edilmektedir. Yine cinsel istismar öyküsü olan çocukların, yaşından daha erken cinsel aktivitelerde bulunabileceği, ergenlik çağında gebe kalabildiği, sürekli cinsel partner değiştirebildiği ve dolayısıyla daha fazla cinsel istismara uğrayabildikleri vurgulanmaktadır.

Çocuğun istismar edilerek yaşamak zorunda bırakıldığı travmatik cinsellik çocukta ihanete uğramışık, güçsüzlük/ çaresizlik ve damgalanma gibi duygulara neden olmaktadır. Söz konusu çocuklarda tekrarlayıcı, rahatsız edici düşünceler, olayla ilgili kabuslar, uykuya dalma ve konsantrasyon güçlüğü ve öfke patlamaları görülebileceği de belirtilmektedir. İstismara uğrayan çocuklarda travma sonrası stres bozukluğu, depresyon, disosiyatif bozukluklar, alkol ve madde kullanımında artış gibi farklı belirtiler ve bozukluklar ortaya çıkabilmektedir (Çocuk istismar ve ihmalinin klinik özellikleri ve çocuk üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sunay Fırat, Yiğit İltaş, Ş. Berfin Işık Yılmaz, **Ruhsal ve Hukuki Yönleriyle Çocuk İstismarı Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara 2016, ss. 40-52).

Öte yandan cinsel istismara uğramış çocuklarda cinsellik veya seks konularına anormal ilgi gösterme veya tamamen ilgisiz kalma, uyku sorunları veya kabus görme, depresyon veya aile fertlerinden arkadaşlarından uzaklaşma, vücutlarının kirli olduğu veya cinsel organları bölgesinde bir sorun olduğu gibi düşüncelere sahip olma, okula gitmeyi istememe, normalin dışında yaramazlık yapma söz dinlememe, yaptığı çizimlerde, oynadığı oyunlarda cinsel tacizi andıran resimler oyunlar, anormal bir şekilde agresif olma gibi belirtiler de görülebilmektedir (Gülümser Gültekin, Canan Ruban, Barış Akduman, İrfan Korkusuz, “Çocuk ve Cinsel İstismar”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, Ocak 2006, C. 3, S. 1, s. 10; bu konuda ayrıca bkz. Berndt Scholz, Johann Endres, “Aufgaben des psychologischen Sachverständigen beim Verdacht des sexuellen Kindesmissbrauchs - Befunde, Diagnostik, Begutachtung-”, **NStZ**, Heft 1, 1995, s. 7).

getirilmektedir⁴⁹⁷. **Cinsel istismar**⁴⁹⁸ çocuk istismarı şekilleri içerisinde⁴⁹⁹ saptanması en zor olanı olup, çoğunlukla da ne yazık ki gizli kalmaktadır. Genital bölgeleri elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanımdan ırza geçmeye kadar çok geniş bir yelpazedeki tüm davranışları kapsamayan cinsel istismardan söz etmek için eylemlerin şiddet içermesi de gerekmemektedir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 353. Cinsel istismar, çocuğa bir başkası tarafından uygulanan, cinsel haz amacıyla yapılan her türlü eylem olarak tanımlanmaktadır. Çocuk İstismarını Önleme Derneği (Child Abuse Prevention Association, 2000) tarafından; rıza yaşının altında olan bir çocuğun, cinsel açıdan olgun bir yetişkinin cinsel doyumuna neden olacak bir edim içerisinde bulunması ya da bu duruma göz yumulması şeklinde tanımlanmaktadır. Cinsel istismarın; sözel istismar, açık saçık telefon konuşmaları, teşhircilik, röntgencilik, cinsel ilişkiye tanık edilme/ olma, bedenine cinsel amaçla dokunma, müstehcen yayınlara konu etme, fuhşa itme, ırza geçme, ensest (aile içi cinsel istismar) biçiminde ortaya çıkabildiği belirtilmektedir (Ergöner, s. 352). Bir başka tanıma göre “Çocuk istismarı, çok geniş anlamda, belli bir zaman dilimi içerisinde, bir yetişkin tarafından çocuğa o kültürde kabul edilmeyen bir davranışın uygulanmasıdır. Başka bir söyleyişle, çocuğun büyüme ve gelişmesini olumsuz yönde engelleyen her türlü davranış çocuk istismarıdır.” (Oğuz Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1 Tanımlar**, Ankara 2007, s. 27). Çocukların cinsel istismarı Alman hukukunda bir üst kavram olarak görülmektedir. Bu kapsamda pedofili, çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve ensest, çocukların cinsel istismarının alt türleri olarak değerlendirilmektedir (Falardeau, ss. 49-53).

⁴⁹⁸ Cinsel istismar, “psiko-sosyal gelişimini tamamlamamış çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimulasyon (uyarılma) için kullanılması” olarak da tanımlanmaktadır. Bir başka tanım ise, “Bir yetişkin tarafından çocuğun cinsel haz almak için kullanılması” şeklindedir. Toplumca kabul edilmesi zor olduğu için belirlenmesi ve ortaya çıkarılması çoğu zaman zor olan cinsel istismar olgusunda, cinsel istismara uğradığı iddia edilen çocuktan; doktora başvurduktan sonra alınacak bilginin son derece önemli olduğu vurgulanmaktadır. Yapılacak görüşmenin önyargıdan uzak olması ve yönlendirici olmaması gerekmektedir. Yetersiz bilgi yasal karar verilmesini, bir başka deyişle çocuğun korunmasını engellerken, yönlendirici bir görüşme ise suçsuz bir kişinin zarar görmesine neden olabilecektir. Eğitimciler, çocuk bakım kurum çalışanları, hukukçular, emniyet mensupları, psikologlar, sosyal hizmet uzmanları, hastanede çalışan tüm sağlık personeli istismarın önlenmesi için eğitilmiş olmalıdırlar. Aslında mesleki yaşantısında çocukla temas eden her birey çocuk örselenmesinden kuşkulandırmayı ve görünce ne yapması gerektiğini bilmek durumunda olmalıdır.

Cinsel istismar olgularında yoğun bireysel terapiye ek olarak, gerekli görülen bazı hallerde grup ve aile terapisi de uygulanmalıdır. Olayın yeni olduğu dönemde çocuğa destek mutlaka elzemdir. Özellikle aile içi istismar vakalarında hekimle hasta arasındaki ilişki, çocuğun kurduğu ilk sağlıklı ilişki olabilmektedir. Bu çocuklar kendilerini yalnız, terk edilmiş ve suçlu hissettiklerinden bu olgularda destekleyici yaklaşılmasının önemi büyüktür. Cinsel istismarı ortadan kaldırmanın en etkin yolu oluşmasını önlemektir, buna yönelik programlar geliştirilmelidir. Bu programlar, olası istismar durumlarını tanımlarını, uygun bir yolla tepki göstermelerini ve böyle bir durumda güvendikleri bir erişkine olayı anlatmalarını hedeflemelidir (Gültekin/Ruban/Akduman/Korkusuz, ss. 9, 13).

⁴⁹⁹ Çocuk istismarının çeşitli şekillerde ortaya çıktığı belirtilmektedir (Sokullu Akıncı, s. 81). Doktrine bakıldığında genel olarak çocuk istismarının dört ayrı şekilde ortaya çıktığından bahsedildiğini görmekteyiz. Bunlar; fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar ve çocuk ihmali şeklinde sıralanabilir (Polat, s. 27; Savaşçı, s. 21; Fırat/ İltaş/ Işık Yılmaz, ss. 14-39; Bülent Kara, Ümit Biçer, Ayşe Sevim Gökalp, “Çocuk İstismarı”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, C. 47, S. 2, Nisan - Haziran 2004, ss. 142-144; Saliha Altıparmak, “Çocuk İstismarı ve İhmalinin Çocuk Bedeni Üzerine Etkileri”, **Çocuk Dergisi**, Yıl: 1, S. 8, 2008, ss. 9-10). Biz burada sadece konumuz olan cinsel istismar üzerinde duracağız.

⁵⁰⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 353. Çocuğa yönelik şiddetin, pek çok nedenleri bulunan, karmaşık bir sosyal sorun olarak birçok bilim dalının da çalışma alanını oluşturmakta olduğu belirtilmektedir. Tek bir bilim dalının bakış açısından sorunlara yaklaşmanın, örneğin sorunu

Cinsel istismar diğer istismar türlerinden sıklığı ve karmaşıklığı açısından farklılıklar taşımaktadır. Cinsel istismar; bedensel temas içeren ve bedensel temas içermeyen davranışlar⁵⁰¹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Bedensel temas içermeyen cinsel istismara teşhircilik, röntgencilik, cinsel ilişkinin çocuklara izletilmesi gibi davranışlar örnek olarak verilmektedir. Bedensel temas içeren cinsel istismara örnek olarak ise; vajinal, oral ve anal cinsel ilişkiler, ırza geçme, ensest ve fuhuş verilmektedir⁵⁰².

Hiçbir çocuğun bu tür suçlarla psikolojik açıdan başa çıkabilmek açısından hazır olduğundan behsedebilmek mümkün değildir⁵⁰³. Söz konusu iki üç yaşındaki bir çocuk dahi olsa, her ne kadar böyle bir olayın yanlış olduğunu bilmesede, ilerideki yaşlarında yaşadığı bu olaydan dolayı olumsuz bir şekilde etkilenebilecektir. Cinsel istismara maruz kalan çocukların genellikle bu tarz cinselliğin yanlış olduğunu bildikleri, ancak **cinsel eylemi gerçekleştiren kişiye olan sevgi ve bağımlılıklarından**

yalnızca hukuksal olarak görüp ekonomik sebepleri göz ardı etmenin veya yalnızca psikolojik sebeplerle açıklamaya çalışmanın ancak sosyal sebepleri görmezden gelmenin sağlıklı çözümlere gitmeyi engelleyeceği belirtilmektedir. Tüm bilim dallarının verilerinin aynı titizlikle ele alınması ve şiddetin her bir biçiminin veya her şiddet olgusunun, farklı dinamiklerinin olduğunun kabul edilmesinin gerektiği vurgulanmaktadır. Şiddetin her türünde olduğu gibi, yasaların ya da kurumların varlığı tek başına önleyici olmayacaktır ancak bu husustaki eksikliklerin de mutlaka giderilmesi ve sağlıklı “suç ve ceza politikaları”nın üretilmesinin gereği ifade edilmektedir. İlgili politikaların üretilmesinin ve hayata geçirilmesinin en önemli araçlarından birinin, elbette ki ceza kanunları olduğu belirtilmektedir (Türkan Sancar Yalçın, “Çocuk İstismarı” ve Türk Ceza Kanunu”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, S. 52, Nisan 2008, s. 12).

⁵⁰¹ Bedensel temas ve şiddet içermeyen cinsel davranışlar hakkında bkz. Falardeau, s. 34.

⁵⁰² Özbek, Müstehcenlik, s. 110.

⁵⁰³ Çocukların, cinsel istismar suçunun mağduru olmalarını engellemek bakımından dışarıdan bedenlerine kendi iradelerine aykırı herhangi bir müdahale söz konusu olduğunda ebeveynlerine ya da kendi bakımlarıyla yakından ilgilenenlere haber vermeleri gerektiği konusunda telkinlerde bulunulmasının önemi vurgulanmaktadır. Öte yandan, çocukların kendilerine en yakın olan bireylerden sır saklamamaları ve dış dünyada maruz kaldıkları her ne içerikte olursa olsun sözselsel ya da davranışsal eylemleri bu kişilere anlatmaları konusunda bilinçlendirilmeleri gerektiği de ifade edilmektedir. Dolayısıyla, cinsel dokunulmazlık hakkını ihlal eden cinsel nitelikli eylemlerle karşılaşan çocukların, bu durumu güvendikleri yakınlarına ihbar ederek, faillerin yargılanması için gerekli hukuksal sürecin başlatılması konusunda etkin rol oynayabilecek ve devamlılık arz edecek nitelikteki eylemlere karşı kendilerini korumuş olacakları da belirtilmektedir (Fırat/İltaş/Işık Yılmaz, s. 164). Bu noktada ayrıca, ebeveynleri veya bakımlarıyla ilgilenen kişiler tarafından, çocuklara cinsel istismar suçu ile mücadelede etkili olabilecek önlemlerden olan ve “iç çamaşırlarına ve iç çamaşırlarının içerisindeki bedenlerine başkaları tarafından dokunulamayacağı ve aynı şekilde kendilerinin de başkalarının; iç çamaşırlarına ve iç çamaşırlarının içerisindeki bedenlerine dokunamayacakları” anlamına gelen iç çamaşırı kuralının öğretilmesi gerektiği ve bu kuralı ihlal eden herhangi bir davranışla karşılaşmaları halinde derhal kendilerine haber vermeleri konusunda gerekli eğitimin verilmesinin önemi de ifade edilmektedir. Avrupa Konseyi’ne göre, “İç Çamaşırı Kuralı”, anne, baba ve bakıcıların çocuklarıyla diyalog kurmalarına yardımcı olmak amacıyla oluşturulmuş bir kuraldır ve söz konusu bu kural, cinsel istismarı önlemeye yönelik çok etkili bir araç durumundadır. (Avrupa Konseyi “Çocuğunuza İç Çamaşırı Kuralını Öğretin” başlıklı konuyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.underwearrule.org/howto_tr.asp, Erişim Tarihi: 20.10.2016).

dolayı uğradıkları istismarı kimseye anlatmadıkları belirtilmektedir⁵⁰⁴. Bazen cinsel istismarın fiziksel belirtileri varken, bazı olaylarda böyle bir belirti dahi ortaya çıkmaz. Ancak fiziksel belirtiler olmasa da bazı hallerde muayenede bir takım belirtilere rastlanabilmektedir⁵⁰⁵.

Fiziksel, cinsel ya da duygusal olsun çocuk istismarının çeşitli sağlık sorunlarına neden olduğu belirtilmektedir⁵⁰⁶. Bunlar arasında en sık görülenler; yaralanmalar, yanıklar, kırıklar,

⁵⁰⁴ Cinsel istismarın eylem/ eylemlerden hemen sonra ihbar/ şikayet edilmemesi istismara uğrayanın buna rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir. Gerçekten uzmanlara göre çocuklar sayılan şu sebeplerden dolayı istismara uğradıklarından söz etmezler: - Kendilerine inanılmayacağını düşünürler. - Başlarının belaya gireceğinden korkarlar. - İstismarcının tehdidinden korkarlar. - İstismarcıyı korumak isteyebilirler, istismarcıyı sevebilir ama yaptıklarını sevmezler. - Nasıl anlatılacağını bilmeyebilirler. - Cinsel davranışların yanlış olduğunu bilmeyebilirler. - Arkadaşları tarafından dışlanacağından korkabilirler. - Homoseksüel olarak adlandırılacaklarından korkabilirler. - Büyükleriyle (otorite ifade edenlerle) cinsel konuları konuşmaktan utanabilirler. - Gammaz olarak adlandırılmak istemezler. - İyi çocukların cinsellikle ilgili sözcükleri kullanmamaları gerektiği söylenmiş olabilir. İstismara uğrayan çocuk şu hallerde ise istismara uğradığını söylemektedir: - İstismarın derecesi, sıklığı artar ve çocuğu korkutursa, - Cinsel istismardan korunmayla ilgili bilgi alırsa ve kendisine yapılanın doğru olmadığını fark ederse ve söylemesi gerektiğini öğrenirse, - Çocuklar sırlarını en yakın arkadaşları ile paylaşmak isteyebilirler, - Kardeşleri kendisinin ilk istismar edildiği yaşa gelmişse onları korumak maksadıyla, - Ergenliğe gelmişse hamilelikten korkar ya da istismarcının baskısından kurtulmak için, - Çocuk güvenebileceği ve kendisi ile yakından ilgilenen bir yetişkinle karşılaştığı zaman, - Fiziksel bir yakınma (üriner enfeksiyon vb.) sonrası doktora gittiğinde. Bu nedenlerle çocukların, cinsel istismarı tanımlama veya gösterme yeteneğinde olduklarına inanmak ve onları mutlaka ciddiye almak gerekmektedir. Çünkü çocukların, böyle bir hikaye uydurmak için gereken entelektüel ve cinsel deneyime sahip olmadıklarını vurgulamak gerekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 354-355)

⁵⁰⁵ Çocuk istismar ve ihmalinin tespitinde, istismar ve/ veya ihmal olduğu iddia edilen olguların değerlendirilmesinden tedavilerine kadar her aşamada farklı uzmanlık alanlarından multidisipliner bir ekip ile birlikte çalışılmasının önemine vurgu yapılmaktadır. Çocuk istismarını tespit etmek için çalışacak multidisipliner ekipte, birinci basamakta sağlık hizmetlerinde çalışan sağlık çalışanlarının rolü, öğretmenlerin rolü (Öğretmenlerin çocuğun korunmasındaki en önemli rollerinden birisinin çocuk istismarı şüphesinin yetkili kurum ve kuruluşlara bildirilmesi olduğu belirtilmektedir), sosyal hizmet uzmanlarının rolü ve son olarak adli kurumların rolüne değinilmektedir. Özellikle sosyal hizmet uzmanının rolü oldukça önemlidir. Zira ilgili uzman istismar şüphesi olan ya da istismara maruz kalan çocuk ve ailesi ile görüşme yapar ve kapsamlı bir sosyal inceleme raporu hazırlar. Bu raporda; çocuğun ailesinin ve yaşadığı çevrenin durumu, çocuğun uğradığı istismarın niteliği ve süresi, çocuğun ve ailenin içinde bulunduğu psikolojik durum ile çocuğa, ailesine ve yakın çevresine ne tür hizmetlerin ne kadar süreyle verilebileceği, çocuğun gelişimi bakımından uygun görülen müdahale yöntemleri, tavsiye edilen görüş ve yaklaşımlara yer verilecektir. Çocuk ve aile hakkında hazırlanan bu rapor, ilgili komisyona sunulacaktır. Sosyal hizmet uzmanı aynı zamanda, çocuğun ailesi ve yakınları ile gerekli mesleki çalışmaları yapmak; merkezden ayrılacak çocuğu yeni yaşantısına hazırlamak ve yeni yaşantısının izlenmesinde görev almak, çocuğun (gerekli görüldüğü hallerde) korunma altına alınması için gerekli işlemleri takip etmek, çocuğun hukuki ve sağlık sorunlarının çözülmesi amacıyla hastane, baro, savcılık, emniyet ve benzeri birimlerde ilişkiye geçerek vaka takibini yapmak, vakalara yönelik alınacak kararlarla ilgili olarak oluşturulacak komisyonlarda görev almakla sorumlu olacaktır (Bkz. Fırat/İltaş/Işık Yılmaz, ss. 70-73; ayrıca bkz. Derya Kurtay, “Çocuk İhmal ve İstismarının Önlenmesi”, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/deryakurtay.htm>, Erişim Tarihi, 10.12.2016).

⁵⁰⁶ Bu konuda çeşitli örnekler için ayrıca bkz. Falardeau, ss. 84 vd.; Tajana Griessmann-Gehrt, **Entwicklung und Evaluation eines Programms zur Gewaltprävention für Kinder mit den Schwerpunkten, Häusliche Gewalt und, Sexueller Missbrauch**, 2012, s. 49. Cinsel travmaya

zehirlenmeler, asfiksi, santral sinir sistemi hastalıkları, istenmeyen gebelikler, düşükler ve bebek ölümleri, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar, AIDS, üreme ve cinsel yaşamını etkileyen hastalıklar, zayıf benlik algısı, hiperaktivite, kendine zarar verme davranışları, intihar, zayıf insan ilişkileri, utanma ve suçluluk duygusu, okul başarısında düşme, depresyon, anksiyete, alkol ve/veya ilaç suistimali, evden kaçma, suça itilme, fuhuşa zorlanma ve gelecekte istismarcı olma vb. şeklinde sayılmaktadır⁵⁰⁷.

Çocukların bu kadar yüksek oranda⁵⁰⁸ cinsel şiddet eylemine maruz kalması değerlendirildiğinde, failin bakış açısından çocuklar, kendilerini ideal mağdur

uğramış bireyler, hukuk açısından “mağdur” olarak ifade edilmekle birlikte, fiziksel ve/veya ruhsal bakımdan “sağlıklı birey” özelliklerini yitirdikleri için tıpta “hasta” olarak nitelendirilmektedirler. Oluşan sağlık etkileri göz önüne alındığında Ergöner/ Özkara, hukukçuların da bu terminolojinin sebebini kavramakta zorlanmayacaklarını belirtmektedirler (Ergöner/Özkara, s. 222).

⁵⁰⁷ İstismara uğramış çocukların ortak duygu durum özellikleri bulunmaktadır. Sağlık kuruluşuna gelmek ve hekim muayenesinden geçmek bile başlı başına çocuk için ürkütücü niteliktedir. Yalnız kalmak istemezler ve aile bireyleri için kaygılanırlar. Ailenin dağılmasından korktukları söylenebilir. Yoksulluk, şiddet, korunma altında olmak gibi birden çok örseleyici yaşantıları söz konusu olabilmektedir. İstismara uğrayan çocukların muayene ve adli tıbbi değerlendirmesini yapacak olan hekimlerin bu hususta özel eğitim almış olan uzman hekimlerden olmaları önemli ve gerekli bulunmaktadır (Ergöner, s. 354). İstismara uğrayan çocukların ruh sağlıklarının bozulduğu ve bu çocuklarda en sık rastlanan tanının da travma sonrası stres bozukluğu olduğu belirtilmektedir. Cinsel istismar yalnızca çocukları değil bu çocukların ailelerini de olumsuz etkilemektedir. Bu çocukların anne ve babalarında, böyle bir olaya maruz kalmamış çocukların anne ve babalarına göre hem daha fazla hem de daha şiddetli seviyede travma sonrası stres bozukluğu belirtileri sergiledikleri, bu halin de bütün aileyi olumsuz etkilediği görülmektedir. Cinsel istismara uğrayan çocuklar değerlendirilirken, anne ve babalarının da ayrı ayrı ele alınarak, varsa ruhsal bozukluklarının da tedavi edilmesi bu anlamda yararlı olacaktır. Gerçekten de cinsel istismar önemli bir sosyal sorun olduğu kadar aynı zamanda ardından gelişen travma sonrası stres bozukluğu nedeniyle de çocuğun ruhsal ve cinsel gelişimini, kişilik organizasyonunu ciddi biçimde etkileyebilecek önemli bir sağlık sorunudur. Anne babanın da dahil edileceği bir tedavi programı yürütülmeli ve bu amaçla adli kurumlarla da işbirliğine gidilmelidir (Bkz. Şeref Şimşek, E. Çıgıl Fettahoğlu, Esin Özatalay, “Cinsel İstismara Uğramış Çocuklarda ve Ebeveynlerinde Travma Sonrası Stres Bozukluğu”, **Dicle Tıp Dergisi**, Yıl: 3, S. 38, 2011, s. 323).

⁵⁰⁸ Cinsel şiddetin sıklığı hususunda güvenilir verilerin sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Toplum temelli çalışmalarda; cinsel şiddete uğrayanların %20-50’sinin çocuk olduğu ve kız çocuklarının erkeklerden 1.5-3 kat daha fazla istismara uğradığı ifade edilmektedir. Cinsel şiddetin sonuçları özellikle çocuklarda çok ağırdır. Burada yüzeysel yaralanmalardan, genital bölgede yırtıklara, organ yitimlerine ve hatta ölüme kadar giden çok geniş bir yelpazeden bahsetmek gerekmektedir (Ergöner/Özkara, s. 222). Yaşanan şiddet, mağdur başta olmak üzere mağdurun ailesini ve elbette mensubu olduğu toplumu da derinden etkilemektedir. Bireysel bakımdan baktığımızda uygulanan şiddet, mağdurun kendi vücudu ve hayatı üzerindeki kontrol duygusunu tahrip etmekte, mağdur kiminle ne zaman cinsel ilişkiye gireceğine kendisi karar verecek iken, iradesi dışında verilen bu karara uymaya zorlanmaktadır. Mağdurun hayatının geri kalanını bir bütün olarak etkileyen ilgili şiddet, mağdurun toplumsal ve özel hayata normal bir şekilde devam etmesini engelleyecek derecede fiziki ve psikolojik travma yaşamasına sebep olabilmektedir. Özellikle cinsel şiddete maruz kalan mağdurların hissettiği kızgınlık, korku, kendinden nefret etme ve utanç duygusu onlar için psikolojik bir yıkım niteliğinde olmaktadır. Cinsel şiddetin bir diğer sonucu, çocuk doğurma yeteneğinin kaybı ya da mağdurda ortaya çıkan cinsel isteksizlik duygusu da olabilmektedir. Mağdurlar, tıbbi ve psikolojik sıkıntıların yanı sıra sosyal bakımdan da birçok olumsuzlukla karşılaşabilmektedir. Çoğu zaman, yaşadığı cinsel şiddetin mağdur bakımından utanılacak, toplumdan dışlanmasına neden olacak damgalayıcı bir olay biçiminde algılandığı ve mağduru hem

konumuna iten belli başlı özellikler taşımaktadırlar. Bunlar⁵⁰⁹: 1) Merak, 2) İlgi ve sevgi ihtiyacı, 3) Erişkinler tarafından kolayca yönlendirilebilmeleri ve savunmasız olmaları, 4) Olayı gizleme eğilimleri, 5) Çocukların genellikle kötü şahit olarak kabul edilmeleri ve anlattıklarına inanılmaması olarak sıralanmaktadır⁵¹⁰. Belirtmek gerekir ki, yaşı veya içinde bulunduğu durum itibarıyla mağdur çocuğun, kendisine yöneltilen

ailesinden hem de mansubu olduğu toplumdan uzaklaştırdığına da rastlanmaktadır. (Cinsel şiddetin bireysel ve toplumsal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Topal, ss. 45-52).

⁵⁰⁹ Çocukların çevrelerindeki dünyaya yönelik doğal ve yoğun bir merak duygusu bulunmaktadır. Büyüdükçe meraklarının yoğunlaştığı konuların başında da cinsellikleri gelir ve cinselliğe yönelik meraklarının yoğunluğu, cinselliğin toplumda halen bir tabu olmasından dolayı çocuğun merakını giderecek bilgileri yakın çevresinden öğrenememesi sonucu gittikçe artar. Çocuk çevresinde (aile, televizyon, basın, çeşitli konuşmalar) kendisinin dışlandığı ve kendisine hiç veya çok az bilgi verilen bir şeylerin olduğunun farkına varmaktadır ve çocuğun doğal merakı ve bu merakı giderecek bilgilerin verilmemesi, fail tarafından kolayca çocuğun kullanılmasını sağlayabilmektedir. Çocukları cinsel saldırı için yüksek risk konumuna iten belki de en önemli özellik ise, çocuğun ilgiye ve sevgiye olan ihtiyacıdır. Tüm çocuklar ilgi ve sevgiye gereksinimleri olduğundan, cinsel suçlar bakımından risk altında olmakla birlikte, bu risk özellikle ailesinden yeterli ilgi ve sevgiyi görmeyen veya ailesinden uzakta olan çocuklarda daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Çoğu anne baba çocuklarının eğitiminde özellikle büyükleri saymanın ve dediklerini yapmanın önemi üzerinde durmaktadırlar. Bu spesifik mesaj verilmesi de, çocuklar çok geçmeden çevrelerindeki dünyada gücün erişkinlerde olduğunun farkına varırlar ve yaşamlarının bu güçlü erişkinlere bağlı olduğunu öğrenirler. 25 yıl ve öncesinde çocukların kötü şahit olduğu fikri geniş çapta kabul görmekteydi. Çocukların gerçeklikleri ayıramadıkları bir fantezi dünyasında yaşadıkları düşünüldü ve özellikle cinsel istismar hususunda söylediklerine inanılmazdı. Ancak son yıllarda çocuk cinsel istismarında hakim görüş, çocukların maruz kaldıkları cinsel istismar konusunda yalan söylemedikleri ve söylediklerinin doğru olduğu şeklinde değişmiştir. “Çocuklar bir sorundan kurtulmak için yalan söyler, bir sorunun içine girmek için değil” ve “eğer çocuk tarif ediyorsa, mutlaka olmuştur” biçimindeki fikirler birçok kişi tarafından kabul edilmekteydi ve bu görüşe göre de çocuk ideal bir şahitti. Ancak bu görüşün de, çocukların güvenilirmez olduğunu savunan eski görüş kadar hatalı olduğu belirtilmelidir. Çocuklar kötü şahit değildir, ancak ideal şahit de değildirler. Farklı bir şahit oldukları söylenebilir. Bu farklılık çocuklara daha profesyonel bir yaklaşımı gerektirmektedir. Çocuklar cinsel istismar olayında saklama amacı dışında nadiren yalan söylerler, ancak olayları yanlış değerlendirebilmeleri mümkündür.

Günümüzde çok küçük çocuklar televizyon, basın ya da yakın çevrelerden cinsellik hakkında birçok şey öğrenmektedirler. Ancak yetersiz ve eksik olan bu bilgi sebebiyle mağdur çocuk, soruşturma veya tedavi aşamasında eğitimsiz veya aşırı gayretli görevlilerden yanlış olarak etkilenebilecektir. Ayrıca özellikle mağdur küçük çocuklarda; fiziksel temas ve okşama, sevgi amaçlı mı, yoksa cinsel amaçlı mı gibi sorularla karşımıza çıkan cinsel içerikli eylemin tanımındaki zorluklar ve çocuğun olayı anlatabilmesinde görülen zorluklar, yine çocukların bu eylemin mağduru olma riskini artıran unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar (Bkz. Gültekin/Ruban/Akduman/Korkusuz, ss. 10-11).

⁵¹⁰ Çocuk istismarı konusunda yapılan çalışmaların çoğunlukla istismar mağduru çocukların tedavisi, rehabilitasyonu ve korunması gibi hususlara yönelik olduğu ifade edilmektedir. Ancak; mağdur çocuklara ek olarak şiddeti uygulayan istismarcıların da tedavi ve rehabilitasyonunun yapılmasının şiddet vakalarının önlenmesi bakımından şart olduğu vurgulanmalıdır. Çocuk istismarı multidisipliner bir çalışmayı gerektirdiği için, istismarın tespitinde tıp, hukuk, sosyal hizmetler gibi disiplinlerarası iletişim ve işbirliğinin sağlanmasının istismar vakalarının önlenmesi, mağdur çocukların tanısı, tedavisi, takibi ve korunması bakımından önemli olduğu belirtilmektedir. İstismar vakalarına multidisipliner yaklaşımın bu vakaların tıbbi, hukuki ve psikososyal açılardan ayrıntılı değerlendirilmesine hizmet ederek çocukların korunmasını sağlayacağını da ifade etmek gerekir. Dolayısıyla, çocuk istismarının tanı ve tedavisinde etik, ahlaki ve hukuki yükümlülükleri olan multidisipliner ekibin, istismarın tanı kriterlerini, risk faktörlerini, adli görüşme ve hukuki yönlerini, istismar olayı sonrası adli süreci iyi bilmelerinin çocukların korunması açısından önemli olacağını da ayrıca belirtmek gerekmektedir (Fırat/İltaş/Işık Yılmaz, s. 74).

davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayabilecek durumda olmadığını ve mağdurun bu durumunun istismar edilebilmekte olduğu bir gerçektir⁵¹¹. Bu durumu öngören kanun koyucu da, on sekiz yaşından büyüklere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından “*cinsel saldırı*” ifadesini kullanırken, on sekiz yaşından küçükler için TCK m. 103’de yer alan eylemler bakımından “*cinsel istismar*” ifadesini kullanmıştır. Çocukların cinsel istismarı suçu için de cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır müeyyideler getirmiş bulunmaktadır⁵¹².

Çocukların gerçeğe aykırı ifadeleri şu dört grupta toplanmaktadır⁵¹³: 1- Kasıtlı yalan beyanlar, 2- Başkasının etkisiyle verilen yalan beyanlar, 3- Otosansür, 4- Yanlış hatırlama. Bu riski bertaraf edebilmek için çocuğa önce açık uçlu sorular (ne oldu, ne gördün vb.) ardından tanım soruları (saat kaçta oraya gittin, hangi odadaydınız gibi) ardından seçimlik sorular (yataкта mı yoksa kanepede miydiniz) ve en son evet hayır soruları sorularak (babam bir şey söyledi mi?) ifadenin sınanabileceği belirtilmiştir.

Doktrinde, yasakoyucunun yerinde olmayan bir şekilde çocuğun cinsel istismarı bakımından yaş ayrımı⁵¹⁴ yapmış olduğu belirtilmektedir. Buna göre, 15

⁵¹¹ Soyaslan, s. 249.

⁵¹² Yokuş Sevik, Hukuk ve Adalet, ss. 280-281; Gündüz/Gültaş, ss. 122-123; Horozgil, s. 112.

⁵¹³ Günther Deegener, “Befragung von Kindern”, Dirk Bange/ Wilhelm Körner, (Hrsg.), **Handwörterbuch Sexueller Missbrauch**, 2002, ss. 26-28.

⁵¹⁴ Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu da, cinsel istismar suçunda mağdurun yaşının tespitinin suçun niteliğini tespit bakımından önem arz ediyor olmasıdır. Yaşın değerlendirmesinde, mağdurun dışarıya yansıyan görünümü, nüfus kaydı gibi unsurlar bir kannat oluştursa da maddi gerçeği arayan yargı makamı için elbette yeterli olmamalıdır. Nitekim Yargıtay uygulamalarında mağdurun yaşının tespitine önem verildiğini ve bunun mutlak surette bilimsel verilerle desteklenmeye çalışıldığını belirtmek gerekmektedir (Y. 5. CD., 03.04.2006 T., 3565/ 2812; Y. 5. CD., 10.07.2006 T., 6738/ 6514; Y. 5. CD., 30.06.2008 T., 6771/ 7043; Y. 5. CD., 19.11.2009 T., 2008/ 237 E., 2009/ 12994 K.; Y. 5. CD., 02.03.2010 T., 2009/ 5690 E., 2010/ 1713 K. sayılı kararlarında olduğu gibi) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2014). Mağdurun yaşının tespiti için ilk olarak ve mutlaka Nüfus Müdürlüğü’nden onaylı nüfus kaydı istenmesi gerekmektedir. Mağdurun nüfus cüzdanındaki yaşına itiraz var ise ya da hakim mağdurun görünüşü ile nüfus cüzdanı arasında çelişki görüyor ise mahkeme mağdurun yaşının araştırılmasını isteyebilecektir. Ceza mahkemelerinin ek yetkisi başlığını taşıyan 281/2’ye göre; “*Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir*”. Mahkeme buradan hareketle mağdurun doğumunun resmi sağlık kurumunda gerçekleştirildiğine dair doğum tutanağını, doğum sağlık kurumunda değil de evde ya da başka bir yerde gerçekleşmiş ve mağdurun yaşı tespit edilemiyorsa Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden yaş tespitini talep edecektir (Horozgil, s. 119). Mağdurun yaşının daha evvel mahkeme kararıyla düzeltildiği hallerde, yeniden bir düzeltmeye gidilmeyecek ancak düzeltilmeden önceki yaş doğru ise o yaş karara esas alınacaktır (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 329; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 276). Hala tereddütlü bir durum var ise, mahkeme yine Adli Tıp Kurumundan inceleme talep edebilecektir. Mağdurun yaşına itiraz var ise ya da mahkeme yaşın tespitine ihtiyacı duyuyor ve başka hiçbir koşulda yaşın tespit edilemediği durumlarda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi yaş tespitini yapmaktadır. Mahkeme içtihatları incelendiğinde yaş tespitinin belirli ihtisas alanlarında uzmanlaşmış hekimler heyetinden oluşan bir kurul tarafından yapılmakta olduğu görülmekte olup,

yaşını tamamlamamış çocukların her durumda istismara uğrayacağı bu nedenle bu yaş grubuna mensup çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışın cinsel istismar olarak kabul edileceği belirtilmişken; 15 yaşını tamamlamış çocuklara yönelik cinsel davranışların ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmeleri halinde istismar sayılacağı kabul edilmektedir. O halde 15 yaşını tamamlamış bir çocuğa yönelmiş cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmemiş ise TCK m. 103’de yer alan ilgili suç oluşmayacaktır⁵¹⁵.

Gerçekten TCK m. 103/1-b’ye bakıldığında “15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar” oluşturmaktadır. Bu durumda 15

mahkemeler yaş tespiti hususunda kurulda mutlaka bir radyoloji uzmanı olması gerektiğini ifade ederek, kurulda bu ihtisas alanında bir hekim bulunmadığı takdirde yeniden inceleme talep etmekte ya da verilmiş olan karar Yargıtay tarafından bozulmaktadır. “Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/ 148 sayılı esasına kayden mağdurenin yaşının tashihi için dava açıldığının bildirilmesi, İzmir Atatürk Eğitim ve 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 zaman kaldığının anlaşılması karşısında; doğumuna ait tüm kayıt ve tutanakların 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 Kurumundan görüş sorularak, gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 28.10.2008 T., 11080/ 8970). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2014). Bunun haklı sebebi ise yaş tespitinde güçlük çekilen mağdurenin gerçek yaşının tespiti için gerekli kemik ölçümlerinin ancak radyoloji bilimi tarafından gerçekleştirilebiliyor olmasıdır. Yargıtay 5. CD.’nin bir başka kararında radyoloji uzmanının yokluğu nedeniyle bozma gerekçesi yapılması şu şekilde ifade edilmiştir: “Yaşına itiraz edilen mağdurenin Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesinden alınan 19.06.2008 günlü radyoloji uzmanının da iştirak etmediği Sağlık Kurulu raporunda, film çekilme tarihi itibarıyla 15 yaş sonlarında olduğu belirtilmiş ise de, suçun unsuruna önemli etkisi nedeniyle yaş hususunun esaslı bir şekilde araştırılmasının gerekli olduğu gözetilerek yaş tespitine esas olacak kemik grafileri ile anılan sağlık kurulu raporu Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kuruluna gönderilip mağdurenin gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerekirken eksik soruşturmayla yazılı hüküm kurulması” bozma nedeni sayılmıştır (Y. 5. CD., 27.04.2009 T., 2473/ 4841). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.05.2015). Görüldüğü gibi yaş tespiti cinsel istismar suçunun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Yaşın gerçekliği, suçun tasnifini sağlayarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacaktır (Bu konuda bkz. Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 154-155).

⁵¹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre, yasakoyucunun yaptığı bu ayırım cinsel istismar kavramına aykırıdır ve bu yönüyle yapay bir ayırımdır. Zira istismara anlamını veren zaten iradeyi etkileyen bir esasa dayalı olması hususudur. Bu yönüyle 15 yaşını dolduran çocuk ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak istismar edilebilir demek, bu yaş gurubuna dahil olan çocukları adeta “FAHİŞE” olarak nitelenmesi tehlikesi ile karşı karşıya bırakır. Zira çocuğun ERGENLİK DÖNEMİ olarak ifade edilen ve cinselliğe ilgi duymaya başladığı bir yaşta rızası ile ilişkiye girdiğinin kabulü onun cinsel olarak istismar edilmeyeceği anlamına gelmez. Bu onu tam tersine cinsel istismara açık bir hale dönüştürür (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 355; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 315-316).

yaşını tamamlayan çocuklar açısından eylemin cinsel istismar olarak sayılabilmesinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin varlığı son derece kritik bir anlam ve öneme sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği titizlikle ele alınmalıdır⁵¹⁶.

Cinsel istismara uğrayan sayısız mağdur, ancak uzun yıllar sonra ve yaşadıkları asıl travmayla baş ettikten sonra, kendilerinde soruşturma makamlarını bilgilendirme gücü bulabilmektedirler. Bu mağdurlar savcılığın zamanaşımı nedeniyle mevzuata uygun olarak davayı düşürme kararını ikinci bir travma olarak hissetmektedirler. Bu nedenle çocuklara yönelik cinsel istismar suçları söz konusu olduğunda ayrı bir zamanaşımı mevzuatının yürürlüğe girmesi gerektiği belirtilmektedir⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre de, kanun metninde bilinçli bir ayırım yapılmıştır. “*Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen*” her türlü cinsel davranış m. 103 kapsamında görülmüş, diğer çocuklara karşı ise, sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, madde kapsamına alınmış bulunmaktadır. O halde, eylem, onbeş yaşını tamamlayıp fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş bir çocuğa karşı işlenirse, m. 102'ye koşut olarak, cinsel davranışın mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen fiillerin m. 103 kapsamına değerlendirilebilmesi için, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması şart değildir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3334). Görüldüğü gibi, yazarlar, m. 103/1-a bakımından, “her türlü cinsel davranış ifadesi cinsellik içeren herhangi bir hareket”i yeterli görmemekte; “*istismar niteliğinde yoğun olabilecek kadar ağır ve kesik sayılmayacak kadar uzunca süreli ve zor unsuru içeren*” cinsel davranışları bu bent kapsamında görmektedirler. Bu görüş Tezcan/Erdem/Önok'un aksine, bu bendi TCK m. 102/1'e göre daha geniş kapsamlı değil, bazı nitelik kıstasları öngörmek suretiyle daha daraltıcı biçimde yorumlamaktadır. Tezcan/Erdem/Önok, suçun basit halinin oluşması için bile cinsel davranışın belirli yoğunluğa ulaşması aranacak ise, doğrusunun, böyle bir niteliksel asgari eşiğin, mağdurların çocuk olduğu m. 103 bakımından değil, mağdurların reşit olduğu m. 102 açısından yapmak olduğunu belirtmektedirler. TCK m. 102/1 ile m. 103/1 arasında bir ayırım yapılacaksa, yazarlara göre, mağdurun hassasiyeti ve savunmasızlığı gözetildiğinde, m. 103 açısından daha düşük bir eşik aramak daha doğru bir yaklaşım olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 400, dn. 276).

⁵¹⁷ Alman Hukuku'nda zamanaşımına yönelik taleplerde Ceza Kanunu'nun 176. maddesi kapsamında işlenen suçlarda zamanaşımının 20 yıla kadar yükseltilmesi istenmektedir, ayrıca yine tüm çocuk istismarı suçlarında zamanaşımı süresinin 30 yıla kadar yükseltilmesinin de talep edilmekte olduğu ifade edilmektedir (Beate Merk, “Verlängerung der Verjährung bei Kindesmissbrauch?”, **ZRP**, Heft 4, 2010, ss. 135-136; ayrıca bkz. Laubenthal 2012, s. 173). Gerçi ceza kanununda düzenlenmiş olan zamanaşımı hükümlerinde, “*geçen zaman sayesinde yasal barışın yeniden sağlanmış olması temel alınmakta ve mağdurların uzun zaman geçtikten sonra kovuşturmalara karşı ve suçlunun hüküm giymesine karşı ilgi duymadıkları varsayılmaktadır*” (Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 1996, s. 911; Laubenthal, 2012, ss. 173-174). Bunun haricinde suçun işlendiği tarihten itibaren ne kadar çok uzak bir tarihte bulunulursa, soruşturma makamı için olayı çözmek bir o kadar zor olur. Zamanaşımının geçerli olması ihtimali emniyeti, savcılığı ve mahkemeleri hızlı bir ceza kovuşturmasına teşvik etmelidir. Ancak mağdurların, son yıllarda çözülmüş olan cinsel istismar davaları esnasında sergiledikleri davranışları, kendileri için uzun yıllar geçse bile yasal barışın tekrar sağlanmadığını göstermiştir. Genelde maruz kaldıkları suçun sonuçlarına on yıllar sonra bile hala katlanmak durumundadırlar ve suçun ayrıntılarını unutamamaktadırlar. Birçok mağdur olaydan uzun zaman geçmiş olsa bile suçlunun kovuşturulmasını istemektedir. Olayın üzerinden giderek daha fazla zaman geçmiş

c. Cinsel İstismarın Unsuru Olarak İradeyi Etkileyen Nedenler

Cinsel istismarı oluşturan cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka sebeplerle işlenmesi durumunda, belirtilen bu fiiller TCK m. 103/1-b uyarınca suçun unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu nedenlerin suçun unsuru olarak kabul edilmesi, cinsel davranışın on beş ila on sekiz yaş aralığında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilmesi durumudur⁵¹⁸. Suçun unsuru olarak kabul edilen cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen sebepler doktrinde çeşitli tartışmalara sebep olmuşlardır⁵¹⁹. Burada özellikle tartışma konusu edilen iki husus söz konusudur. Bunlardan birincisi bu sebeplerin varlığının cinsel istismarın oluşumu açısından zorunlu olup olmadığı hususu⁵²⁰; diğeri ise “*iradeyi etkileyen diğer nedenler*” ifadesinin belirsizliği ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği hususudur. Bununla birlikte bir başka eleştiri de; on beş on sekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olan çocukların iradelerinin belirtilen sebepler dışında rızalarının yokluğuna sonuç bağlanmamış olmasının önemli bir eksiklik olduğuna ilişkin getirilmiş olan eleştiridir⁵²¹. Bu noktada, on beş on sekiz yaş aralığında olup da fiile rıza göstermeyen küçükler açısından unsur olarak kabul edilen bu haller gerekli olmakla birlikte mağdurun rızasızlığının dikkate alınmamasının eksiklik olduğu vurgulanmaktadır⁵²².

Küçüğün rızasızlığının yanı sıra cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler cinsel istismar suçunun gerçekleşmesini kolaylaştıran sebepler olarak

olmasına ve olayın çözülmesi buna bağlı olarak giderek zorlaşmasına rağmen, uygulamada mağdurların olayın üzerinden on yıllar geçmesine karşın her şeyi çok çok iyi hatırladıkları ve önemsiz detaylar hakkında beyanlarda bulundukları birçok davada gözlemlenmiştir. Buna ek olarak çocuklara yönelik cinsel istismar suçlarında zamanaşımının geçerli olamaması, potansiyel suçlularda caydırıcı bir etki yaratabilir. Ancak bu durumda da suçluların ölene kadar ceza kovuşturmasına tabi tutulabileceklerini hesaba katmak gerekecektir (Laubenthal, 2012, s. 174).

⁵¹⁸ Tuğrul, s. 432; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 166; Aydın, Ağustos 2014, s. 33.

⁵¹⁹ Şen, s. 397; Yokuş Sevik, s. 249.

⁵²⁰ Yokuş Sevik, s. 249; Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 159; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 281.

⁵²¹ İlhan Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, Editör: Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 253; Şen, s. 377; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 115-117.

⁵²² Şen, s. 393. Söz konusu eksikliğin tamamlanmasının zorunlu olmadığı da doktrinde ifade edilmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 117).

sıralanmaktadır. Bunların unsur olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği ise sırasıyla açıklanmaya çalışılacaktır⁵²³.

(1) Cebir

Cinsel istismar suçunda rızasına hukuki sonuç bağlanmış olan on beş - on sekiz yaş aralığındaki, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda bulunan küçükler açısından unsur olarak öngörülmüş bulunan cebir⁵²⁴, küçüğün direncinin kırılmasına⁵²⁵, fiziksel olarak karşı koymasına ve fiili kolaylaştırmasına yardımcı olan bir fiil olmaktadır⁵²⁶. On beş on sekiz yaş aralığında isnat yeteneği gelişmiş bir küçüğün cinsel davranışa müsaadesine olanak tanıyan kanun koyucu bu çocuklar bakımından cinsel istismarı kolaylaştıran cebri, unsur olarak düzenlemektedir. Ancak, kanun koyucunun kendisi bile, suçun işlenmesini cebrin

⁵²³ Mağdurun rızasının olmaması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Mahkemeler, rızaları hilafına cinsel davranışa maruz kalan çocuklar açısından TCK m. 103/1-b’yi uygulayacak olup, on beş on sekiz yaş aralığında bulunan küçüklerin rızalarına hukuki sonuç tanıyan kanun koyucunun rızanın olduğu hallerde fiili, TCK m. 104 ile cezalandırdığı düşünüldüğünde, bu küçüklerin rızaları hilafına cinsel dokunulmazlıklarının ihlal edildiği hallerin özel olarak düzenlenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. TCK m. 103/1-b’de unsur olarak öngörülen bu durumlarla birlikte “rızası hilafına” ifadesinin yer alması zorunluluk olmamakla birlikte sağlayacağı kolaylık düşünülerek önemli bir ihtiyaç olduğu belirtilmektedir. Çünkü baştan itibaren eyleme rıza göstermeyen ancak kendisini savunamayacak halde bulunan küçüğün cinsel istismara uğraması hali ve bununla korunan hukuki değer ile TCK m. 104’te korunan hukuki değer aynı değildir. Ayrıca çocuk, cebir, tehdit, hile ya da iradeyi etkileyen başka bir sebep ile karşılaşmasa da rızasının olmadığını ifade ettiği durumda cinsel istismara uğraması hali kanuni tarifte bulunmamaktadır. Söz konusu durumun mefruz cebir ile açıklanması mümkün olsa da yine de bu durumun ispat gücü yaratacağı ve savunmasız bir küçüğün eylemin şiddeti ile birlikte yargılama sürecinde de mağduriyetine neden olabileceği belirtilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 167).

⁵²⁴ “Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükme dair olarak ise, sanık ile mağdurenin arkadaş oldukları, olay tarihinde mağdurenin sanık ile konuşmak amacı ile sanığın arkadaşının evine gittiği, burada sanık ile daha önce olduğu gibi öpüşmeye başladıkları, ancak devamında sanığın mağdure ile ters ilişkiye girmeyi teklif ettiği, kabul etmemesi üzerine, mağdureye hitaben “aksi takdirde tecavüz ederim” dediği ve kollarından tutarak mağdure ile ters ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında, sanığın ters ilişkiye girmezsen tecavüz ederim şeklindeki sözlerinin ve kollarından tutması şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel istismar suçunun zor unsuru olduğu, mağdurenin suç mahalli olan eve cebir, hile ve tehdit olmaksızın gittiği anlaşılmasına rağmen hüküm kurulması hukuka aykırıdır.” (Y. 14. CD., 29.02.2014 T., 2013/ 9074, 2014/ 5852) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2016).

⁵²⁵ Cebir, mağdurun direncinin kırılmasının ötesine geçmiş, direnci kırılan mağdura uygulanmaya devam edilmiş ise eylemin ayrıca suç teşkil edeceği hususunda bkz. Akçin, s. 106.

⁵²⁶ Yargıtay cinsel istismar eyleminin mağdurun ağzı kapatılarak işlenmesini cebir kabul etmiştir (Y. 5. CD., 18.01.2010 T., 2009/ 12606, 2010/ 93). “Mağduru kollarından tutarak zorla yere yatırıp, annene sakın söyleme seni döverim, rezil ederim demek suretiyle eylemini cebir ve tehditle gerçekleştiren sanık hakkında tayin olunan cezanın 5237 sayılı TCK’nın 103/4 madde ile artırılmasında bir isabetsizlik görülmediği...” (Y. 5. CD., 05.04.2010 T., 2006/ 4493, 2010/ 2666). Kararlar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 33, dn. 35).

gerçekleşmesi koşuluna bağlamış olmasını bir çelişki olarak kabul etmekle birlikte, çocukların etkin korunabilmesi için bu unsurların öngörülmüş olmasını bir zorunluluk olarak getirmiştir. Madde gerekçesinde bu çelişki şöyle kaleme alınmıştır: “*Suçun cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiği aslında bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri bakımından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidildiği...*”. Gerekçede de ifade edilmiş olduğu gibi, küçük mağdurun direncinin kırılması, iradesinin reşit kimseye göre kolay etkilenmesi, belirtilen bu nedenleri unsur olarak görmeyi zorunlu kılmakla beraber maddede ifade edildiği şekli ile “*sadece*” ibaresinin bulunması madde ile korunmak istenen hukuki değerle çelişmektedir. Kanunilik ilkesi bakımından ve on beş - on sekiz yaş arasında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek halde olan çocukların iradelerini etkileyen sebeplerden cebrin unsur olarak⁵²⁷ kabul edilmesi bu görüşe göre yerindedir⁵²⁸.

(2) Tehdit

Cinsel istismarda unsur olarak öngörülen tehdidin⁵²⁹ varlığı için doktrinde bir görüşe göre, failin yapacağı kötülüğün⁵³⁰ cinsel istismardan daha ağır sonuç

⁵²⁷ Şen, s. 389; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 307.

⁵²⁸ Bu unsur, mahkemeye yol gösterici nitelikte olup, belirtilen yaş aralığındaki küçüklerin rızalarına hukuki sonuç tanımamanın da anlamını doğrulamakta olup, burada sıkıntı yaratacak olan husus rızasızlığın yeterli olup olmamasındadır. Nitekim uygulamada bu durum netleştirilerek, rızası olmayan küçükler açısından TCK m. 103/4 uygulanmaktadır (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 169-170).

⁵²⁹ “*Aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıkların, cep telefonuna kaydettikleri çıplak fotoğraflarını ailesine gösterecekleri tehdidiyle direncini kırdıkları mağdureye karşı, aynı zaman ve mekanda birbirini takiben nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştirdiklerinin ve bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine de TCK’nın 37. maddesi anlamında katıldıklarının anlaşılması karşısında, haklarında aynı Kanunun 103/3 maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 27.01.2014 T., 2013/ 8415, 2014/ 835) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2016).

⁵³⁰ Tehdit, cinsel davranışa rıza gösterilmemesi halinde, mağdurun ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içermektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 358). İlgili kötülüğün suçun mağduru üzerinde işleneceğinin söylenmesinin yanı sıra, bu kötülüğün mağdurun sevdiği bir başka kişi üzerinde işleneceğinin söylenmesi durumunda da tehdit söz konusu olacaktır. Bu üçüncü kişinin mutlaka mağdurun yakın akrabası olması da gerekmemektedir. Burada önemli olanın, bu üçüncü kişi ile mağdur arasındaki ilişkinin boyutu ve yöneltilen tehdidin niteliği itibarıyla mağdurun ileri

doğurması aranmaktadır⁵³¹. Diğer bir görüş ise bu fikre katılmanın mümkün olmadığını, hayat tecrübesi olmayan bir küçüğün hukuki değerler arasında bir tercih yapmasını beklemenin, cinsel istismar ile korunmak istenen hukuki menfaati bertaraf etmek anlamına geleceğini belirtmektedir. Her ne kadar on beş on sekiz yaş aralığında bulunan küçüklerin rızaları kabul edilse de tehdide⁵³² maruz kaldıkları anda kendilerinden menfaat dengesi kurması beklenemeyecektir⁵³³.

sürülen sonuca katlanmak yerine kendisine yönelik cinsel istismar fiiline boyun eğmek zorunda kalmış olması olduğu vurgulanmaktadır. Bu bakımdan TCK'nın 106. maddesinin gerekçesinde bulunan *"Tehdit konusu kötülük, mağdura değil de, bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak, bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır."* şeklindeki açıklamanın tehdit fiilinin niteliğine uygun düşmediği belirtilmektedir (Aydın, Ağustos 2014, ss. 33-34).

⁵³¹ Böylece mağdurun maruz kalmak ile korkutulduğu fiil yerine cinsel istismara uğrmayı yeğ tutması ve mağdurun bu tercihinin haklı ve mazur görülmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay'ın eğiliminin de bu yönde olduğu belirtilmiştir. *"Tehdit ise, kendisinin veya yakınlarının ağır bir zarara uğratılacağı hususunda, belli bir boyuta ulaşan, kolayca kurtulma olanağı olmayan, ırza geçme fiilinden daha ağır bir sonuç doğuracak nitelikte olması nedeniyle mağdurun daha hafif nitelikteki ırza geçmek fiilini kabul etmek zorunda kaldığı hallerdir."* (Y. CGK., 17.10.2000 T., 5-196/ 201) (Karar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 34, dn. 39). Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında bu konuyu ırza geçme fiilinden daha ağır sonuçlar doğuracak nitelikte olması, mağdurun (tehdit konusu fiile göre) daha hafif mahiyette olan ırza geçme fiilini mağdurun kabul etmek zorunda kalması olarak ifade etmiş bulunmaktadır (Y. CGK., 26.10.1999 T., 5-248/ 240). Elbette söz konusu tehdit suçun işlenmesinden önce veya suçun işlenişi esnasında yapılmalıdır. Rıza ile yapılan fiilin saklanması, başkasına söylenmemesi için yapılan tehdidin ise cinsel istismar suçunun tehdit ile işlendiği sonucunu doğurmayacağı hakkında bkz. (Aydın, Ağustos 2014, s. 34, dn. 40).

⁵³² *"Sanığın mağdurenin evinin balkonunda ya.kalanması üzerine başlatılan soruşturmada; 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurenin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın ilki suça sürüklenen çocuk ile olmak üzere, suça sürüklenen diğer iki çocuk, adı geçen sanık ve sonrasında hakkında takipsizlik kararı verilen kişi ve adı geçen ile cinsel ilişkiye girdiğinin kendi kabulünde bulunduğu, mağdurenin yaşı, yaşam biçimi, sosyal konumu ve olayın intikal şekli de dikkate alındığında mağdureye yöneldiği iddia olunan suça sürüklenen çocuğun "...ile ilişkiye girmişsin, benimle de gireceksin", suça sürüklenen çocuk ve sanığın "İlişkiye 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, cinsel istismar suçlarından açılan kamu davalarında eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle, sanık yönünden şikayetten vazgeçme, suça sürüklenen çocuklar yönünden ise soruşturmanın başından beri şikayetin bulunmadığı gözetilerek düşme kararı, yasal unsurları oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ise beraatları yerine mahkumiyetlerine hükmolunması hukuka aykırıdır."* (Y. 14. CD., 10.04.2014 T., 2013/ 6701, 2014/ 4837) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2016). Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nın 106. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı gibi; tehdidin objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi, sarf edilen sözler ile gerçekleştirilen davranışların mağdur üzerinde ciddi korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun olması gerektiği konusunda bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 34.

⁵³³ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 170. Nitekim doktrinde de, cinsel saldırı suçu bakımından öngörülen iradeyi etkileyen bu haller iradeyi ortadan kaldırırken, cinsel istismar açısından mağdurun iradesinin etkilenmesi yeterlidir denilmektedir (Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 159). Hürriyete karşı suçlardan olan şantaj, tıpkı tehditte olduğu gibi, bir kimseyi bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya zorlamak şeklinde ifade edilmektedir (Fahri Gökçen Taner, "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu", **TBBD**, S. 92, 2011, s. 119; Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir

(3) Hile

Hilenin,⁵³⁴ on beş - on sekiz yaş aralığındaki küçükler açısından unsur olarak kabul edilmesinin önemli olduğu belirtilmektedir. Çünkü çocuk, bir yetişkine göre kandırılması, aldatılması, şaşırtılması daha kolay bir kişidir ve bu nedenle hileli davranışların, cinsel istismar söz konusu olduğunda unsur olarak ele alınması anlaşılabilir⁵³⁵. Burada önemli olan küçükler için hileli söz ve davranışların değerlendirilmesinde uygulanacak ölçütün ne olduğudur. Gerçekten de evlenme vaadi ile yetişkin bir kişiyi cinsel ilişkiye razı etmek hile olarak kabul edilmeyebilecektir⁵³⁶. Ancak bir görüşe göre, on beş on sekiz yaş aralığında olan bir küçüğü evlenme vaadi ile kandırıp istismar etmek hile olarak değerlendirilebilmelidir⁵³⁷. Aynı biçimde mağdura kendisini farklı bir kişi olarak tanıtip örneğin hekim olduğunu ve genel sağlık taraması yaptığını ifade eden bir kişinin hileli hareket ettiğini söyleyebilmek olasıdır. Burada yetişkin bir kişinin durumu kontrol etmesi ya da karşısındaki kişinin davranışını sorgulaması beklenebilecek iken, bir küçüğün bunu sorgulaması ve muhakeme etmesi yine bu görüşe göre beklenmemelidir. Nihayet bu yaş aralığındaki küçükler açısından özgürlük temelinde cinsel davranışa rızası kabul edilse de saflığı ve tecrübesizliği kandırılmasını kolaylaştıracaktır⁵³⁸.

Kullanma Suçları, s. 131). Cinsel istismar açısından iradeye etki eden sebep olarak tehdit ile birlikte şantaj düzenlenmemiştir. Bu sebeple kanunilik ilkesine uymak ve kıyasa yol açmamak için biz şantajın varlığı durumunda bunun ayrıca değerlendirilmesi ve duruma göre gerçek içtimanın uygulanması gerektiği belirtilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 171).

⁵³⁴ “Değişik tarihlerde işlediği beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında; sanığın sokakta karşılaştığı 13 yaşı içerisindeki mağdura bir şey vereceğini söyleyerek yakında bulunan cami tuvaletine götürmesinin ardından ayrılmak isteyen mağduru zorla tuvalet kabinine sokup altını sıyırdığı ve mağdurun kalçasını yaladıktan sonra cinsel organını makatına sokmak isterken mağdurun ailesine durumu anlatacağını söylemesi üzerine başkaca engel neden olmaksızın eylemine son verip sürtünerek boşaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Sanığın TCK’nın 103/1-4-6, 62/1 maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek CK’nın 103/2-4-6, 35/2, 62/1 maddeleri gereğince mahkumiyetine karar verilmesi, doğru değildir.” (Y. 14. CD., 11.06.2014 T., 3571/ 7943) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 18.09.2016).

⁵³⁵ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 171.

⁵³⁶ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 130-133; ayrıca bkz. Akçin, s. 107.

⁵³⁷ Aydın, burada bu vadin yanı sıra failin tüm davranışlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi ve hilenin ortaya konulması, ortaya konulan hileli davranışların mağdurun rıza beyanı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Aydın, Ağustos 2014, s. 35).

⁵³⁸ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 172.

Hilenin yoruma dayalı ve olaya bağlı bir davranış biçimi olduğunu ifade etmek gerekir. Bu çerçevede mahkemenin hileyi olaya özgü değerlendirmesinin, buna ilişkin objektif bir kıstas vermekten daha önemli olduğu belirtilmektedir. Hileyi tespitte özellikle küçüklere yönelik davranışın hileli olup olmadığı ve bunun mağdur tarafından aldatıcı, kandırıcı nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde mağdurun algısı ile orantılı olarak değerlendirileceğinden belli bir kıstasa bağlanmasının mümkün olmadığı da ayrıca vurgulanmaktadır⁵³⁹.

(4) İradeyi Etkileyen Başka Sebepler

İradeyi etkileyen başka sebeplerin neler olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu kavram belirsizliği dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile eleştirilmektedir⁵⁴⁰. Madde gerekçesinde, iradeye etki eden başka bir neden ifadesi şu şekilde açıklanmıştır: *“On beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır”*⁵⁴¹. Bu gerekçe ile açıklanmak istenen, cinsel saldırı açısından öngörülmeleyen durumların cinsel istismar suçu açısından aranıyor olmasındaki çelişkiyi gidermek isteğidir. Gerçekten de cinsel özgürlük ve buna yönelik suçlar temelinde cinsel saldırı suçu açısından öngörülmeleyen, fakat gerekçeye göre genel hükümler çerçevesinde değerlendirilebilecek olan durumların cinsel istismar bakımından aranıyor olması özellikle kendisini savunma konusunda bir yetişkine göre daha güçsüz, zayıf, aciz olan bir çocuktan direnmesinin beklenmesi

⁵³⁹ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 173.

⁵⁴⁰ Şen, s. 397; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 397.

⁵⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 138.

önemli bir çelişki olarak ifade edilmektedir. İradeye etki eden başka bir sebep ifadesinden anlaşılması gerekenin suç tipinin uygulama alanının genişlemesini önlemek amacıyla TCK m. 34'te belirtilen geçici bir neden ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun iradesinin etkilendiği hallerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴².

İradeyi etkileyen bir başka nedenden anlaşılması gerekenin TCK m. 33'te belirtilen sağır ve dilsizlik ile TCK m. 34'te belirtilen geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma olduğu vurgulanmaktadır⁵⁴³. Burada mağdurun iradesi etkilenmekte ve şuuru yerinde olsaydı vermeyeceği bir karar vermektedir ki, mağdurun alkolü veya uyuşturucuyu kendisinin almasının bir önemi olmadığı gibi geçici nedeni kendisinin yaratmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁵⁴⁴.

Failin mağdurun içkisine uyku ilacı katması durumunda iradeye etki eden başka bir sebebin değil hilenin söz konusu olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁵. Bu halde failin

⁵⁴² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 397; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 283; Fatma Ayrıl, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele**, İstanbul 2010, ss. 63-64; Savaşçı, s. 66. Mağdura uyku ilacı veya uyuşturucu verilerek kendini bilmez duruma getirilmesi, uyku halinden ya da içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan baygınlığından yararlanılması gibi davranışların bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Mağdurun alkol ya da uyuşturucu maddeyi kendi isteği ile almış olması ve bunun neticesinde oluşan sarhoşluğundan yararlanılması halinde de failin suçu iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak işlemiş sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Mağdurun kendi isteği ile alkol ve uyuşturucu maddeyi alıp sarhoş olmasının, onun sarhoş olduğunda kendisine yönelik her türlü cinsel davranışa baştan rızasının olduğu şeklinde yorumlanmasının kabul edilemez olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır (Aydın, Ağustos 2014, s. 35). Doktrinde bir başka görüş ise, iradeye etki eden başka bir nedenin dikkate alınmamasını ifade ederek kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eden bir kavramın uygulama alanı olmadığını belirtmektedir (Şen, s. 89).

⁵⁴³ Horozgil, s. 126; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 174.

⁵⁴⁴ Örnek olarak karşısındaki kişiyi korkutmak amacıyla sara krizi geçirmesini tetikleyen bir ilaç alan küçüğün kriz sırasında kendisine cinsel istismarda bulunulması hali verilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 174).

⁵⁴⁵ Horozgil, s. 126. Yazara göre, kanun koyucu 765 sayılı TCK düzenlemesinde yer alan iradeye etki eden halleri düşünerek bu hükmü ihdas etmiştir. Yürürlükteki düzenleme, eski TCK'nın 414. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ifadenin sadeleştirilmeye çalışılmış hali olması sebebiyle açıklığını yitirmiş ve tartışmalara sebebiyet verir hale gelmiştir. Buna göre: "*Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden sağlığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz*". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere küçüğün iradesine etki eden başka bir neden, akıl veya beden sağlığından ya da failin fiilinden başka bir nedenden dolayı yani alkol, uyuşturucu veya arızı bir sebep olarak anlaşılmalıdır. Burada eski düzenlemeye bakarak yeni hükmü değerlendirmenin sakıncalarının olacağını belirtmek gerekmektedir. Ancak yazar, iradeye etki eden başka bir neden kavramının sınırlandırılmaya ve tanımlanmaya ihtiyacı olduğunu ve bu nedenin yoruma bırakılmasının keyfiyete ve de hükmün anlamının genişlemesine yol açabileceğini belirtmektedir. Böyle bir tehlikenin varlığını kabul etmektense, konuyu sınırlandırmak bakımından eski hükmü göz önünde bulundurmanın ve eski Yargıtay uygulamalarını da dikkate alma yolunun tercih edilmesinin gerektiği belirtilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 174-175).

yarattığı durumlar açısından hile ile iradeyi etkileyen başka bir sebep arasında tereddüt doğabileceği de ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, şayet fail tarafından yaratılan uyuşturucu madde etkisi hali hile olarak değerlendirilirse iradeyi etkileyen halden anlaşılması gerekenin yalnızca mağdur tarafından yaratılan durumlarla sınırlı kaldığının kabul edildiği gibi bir netice ortaya çıkacaktır. Bu durumun yaratacağı tartışma ise sadece doktrin düzeyinde olup, mağdura uyuşturucunun verilmesi hali ne şekilde değerlendirilmiş olursa olsun aynı hükmün konusunu oluşturacaktır⁵⁴⁶.

3. İstismar Fiillerinin Vücuda Temasa Dayalı Olup Olmaması Sorunu

Cinsel istismar fiillerinin vücuda temas içermesi⁵⁴⁷ kıstasına dayalı olup olmayacağı da tartışmalı hususlardandır. Yargıtay'ın vücuda temas içermeyen hareketleri cinsel istismar olarak değerlendirmedeğini söylemek gerekmektedir. 14 yaşındaki bir ortaokul öğrencisi kız çocuğunun okula gitmek için öğrenci servisini beklerken, yolun karşısındaki birisinin bu çocuğa bakarak ve işaret ederek elini pantolonunun içine atıp kendi cinsel organını ellemesi ve kendini tatmine çalışması örneği, Yargıtay uygulamalarına bakılacak olursa⁵⁴⁸ cinsel

⁵⁴⁶ Açıklanan tüm sebepler mağdurun iradesini etkileyen ve karşı koyamayacağı bir hal yaratan nedenlerdir. Burada mağdur çocuk olduğundan, cinsel saldırı bakımından öngörülen rızasızlığın yer almayışının eksikliği dışında madde ile öngörülen hükmün yerinde bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir (Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 175).

⁵⁴⁷ Alman Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin 1. veya 2. fıkrası kapsamında cezalandırılmak için çocuk ile başka bir kişi arasında doğrudan fiziksel temas meydana gelmiş olması gerekir. Bu fiziksel temasın Ceza Kanunu'nun 184g/1 (Gençleri tehdit eden fuhuş) hükümleri kapsamında sadece kanunun ilgili maddelerinde korunan hukuki menfaat açısından önem kazanan cinsel eylem olması gerekir (Laubenthal, 2012, ss. 42-44). Ancak cinsel suçlara maruz kalan yetişkin mağdurlara nazaran çocuklar için eylemin ağır halini belirleyen temas sınırları daraltılmıştır. Sınır kısa ve önemsiz temaslar haricinde, temaslar gerçekleştirildiğinde aşılmış olur. Ceza Kanunu'nun 176. maddesi tarafından korunan çocuğun cinsel gelişimine karşı ağır bir müdahale gerçekleşmiş olmalıdır (Laubenthal, 2012, s. 177). Bu açıdan "kız çocuğuna giysisinin üzerinden göğsüne dokunmak" (BGH, NSTZ 2007, s. 700) veya "cinsel organına dokunmak" suçun gerçekleşmesi için yeterlidir (BGH, NJW 2001, s. 2984). "Fiziksel temaslı ağır cinsel eylemler arasında çocuğu öpmek de mevcuttur" (BGH, NJW 2000, s. 672; Nicolas Alexander Frühsorger, **Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gem. § 176 StGB**, Konstanz, 2011, s. 45-46; Laubenthal, 2012, ss. 177-178).

⁵⁴⁸ Nitekim Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında da bu yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir: "Sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır." (Y. 14. CD., 22.03.2016 T., 2014/ 3380, 2016/ 2793) (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 353, dn. 143).

istismar suçunu değil TCK m. 105 hükmü gereği cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır⁵⁴⁹. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe'ye göre, söz konusu eylem çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır⁵⁵⁰. Bu yönüyle öteden beri cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarını birbirinden ayırmakta bir kriter olarak kullanılan bedensel temas koşulu çocuğun cinsel istismarı suçu açısından artık aranmamalıdır. Zira cinsel istismarın varlığını kabul edebilmek için mutlaka bedensel bir temasın bulunması gerekmemekte olup, bu görüşe göre bir temas bulunsun ya da bulunmasın istismar niteliği taşıyan tüm hareketler çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, kanundaki düzenleme de eksiktir, zira TCK m. 103'de istismardan ne anlaşılması gerektiği kanunilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmeyip üstü kapalı bir şekilde "*her türlü cinsel davranış*" şeklinde ifade edilmiş olmakla, gerek doktrin⁵⁵¹ gerekse uygulamada⁵⁵² temasa dayalı ayırım varlığını korumaya devam etmiştir. Halbuki bu tür karışıklıklara ve farklı yorumlara sebep olmaması bakımından yukarıda belirttiğimiz üzere tıpkı A1.CK. § 176'da olduğu gibi çocuğun cinsel istismarından ne anlaşılması gerektiği tipte açıkça tanımlanmış olmalıydı⁵⁵³. Bu sebeple vurgulanması gereken bir başka konu, temasın

⁵⁴⁹ "Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmelidir." (Y. 5. CD., 18.03.2008 T., 38/ 2115). "Mağdureler Melike ve Neslihan ile müşteki Remziye'nin anlatımlarına göre sanığın kızı Melike'ye yönelik eylemlerini değişik zamanlarda cinsel organ göstermek şeklinde gerçekleştirdiği, dosya içeriğinde sanığın mağdureye yönelik şehevi amaçla bedensel temas içeren eyleminin varlığına dair delil bulunmadığı nazara alındığında sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Y. 14. CD., 25.03.2013 T., 711/ 3193) (Kararlar için. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 356, dn. 144)

⁵⁵⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 356.

⁵⁵¹ Aksi görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 308; Yenidünya, s. 3303, Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 167-169, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 289. Öğretide Tezcan/Erdem/Önok ise mevcut düzenlemenin yorumu ve olması gereken hukuk arasında bir ayrıma gitmekte, mevcut düzenlemenin ilgili görüş doğrultusunda yorumlanabileceğini ancak *olması gereken hukuk açısından* ise cinsel tacizin çocukların cinsel istismarı kapsamından çıkartılması gerektiğini savunmaktaydılar (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 399-400). Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe ise, mevcut düzenlemenin bu şekilde bir ayrıma gitmesinin yerinde olmayacağını, aksi bir uygulamanın çocuğa sağlanması gereken koruma bakımından zafiyet anlamı taşıyacağını belirtmektedirler. TCK m. 103 hem taciz hem saldırıyı kapsayan geniş bir kavramdır. O nedenle ki bu görüşe göre, farklı bir hukuki değeri koruyan m. 103, m. 102 ve 105'den ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 353).

⁵⁵² "Sanığın suç tarihlerinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK'nın 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdurelere **sarılmak ve kalçasına dokunmak** suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerinin TCK'nın 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (Y. 5. CD., 25.11.2009 T., 11390/ 13204). (www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 08.07.2014).

⁵⁵³ Bu hükme göre çocuğa cinsel davranışlarda bulunmak veya çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışlar yaptırmayı, çocuk önünde cinsel davranışta bulunmak, çocuğu kendisi üzerinde cinsel davranışta bulunmaya sevk etmek, çocuğa pornografik resim, tasvir göstermek, pornografik ses kaydı dinletmek veya benzer konuşmalarla onu etkilemek, cinsel istismar olarak kabul edilmekte

belli bir yoğunluğa ulaşıp ulaşmamasının da bir öneminin bulunmadığı konusudur. 19 yaşındaki bir lise öğrencisinin aynı binalarda öğrenim gören 14 yaşındaki⁵⁵⁴ bir ortaokul öğrencisine ders arasında, kantinde yanından geçerken bacağına çok kısa süreliğine dokunması ve elini hızla çekerek oradan uzaklaşması örneği de cinsel istismar kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁵⁵.

Doktrinde, cinsel saldırı suçundan (TCK m. 102) farklı olarak, cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak “*cinsel bir davranış*”ın gerçekleştirilmesinin yeterli görüldüğü belirtilmekteydi, Bunun aynı zamanda “*vücut dokunulmazlığı*”nı da ihlal etmiş olması zorunluluğu aranmadığından hareketle, TCK m. 105 kapsamında “*cinsel taciz*” niteliğindeki davranışların çocuğa karşı işlenmesi halinde bu görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağı vurgulanmaktaydı. Başka bir deyişle, cinsel saldırı suçunun oluşması için cinsel davranış yanında ayrıca vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olması arandığından, failin mağdurla bedensel teması gerekli olduğu halde, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması için cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi zorunluluğu aranmıyor olduğundan, mağdurla bedensel teması gerektirmeyen cinsel davranışların da bu suçu oluşturduğu sonucuna varmak gerektiği ifade edilmekteydi⁵⁵⁶. Ancak tersine olarak, Yargıtay uygulamasında, çocuğa karşı gerçekleştirilen ve beden dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlar çocukların cinsel

olup, TCK’ya baktığımızda ise bu eylemlerin bazılarının yersiz olarak müstehcenlik (TCK m. 226) suçu kapsamında düzenlendiğini de belirtmek gerekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 356; dn. 147).

⁵⁵⁴ Alman Ceza Kanununun 176. maddesi ile 176b maddesi arasındaki tüm hükümler, 14 yaşın altında olan kız ve erkek çocukları her tür cinsel eyleme karşı korurlar. Çocuklarla cinsel temas istisnasız bir şekilde yasaktır. Mutlak bir uzak durma kuralı mevcuttur. Ceza Kanunu’nun 176. maddesi ile 176b maddesi arasındaki hükümlerle çocukların sorunsuz cinsel gelişimleri güvence altına alınmıştır (Fischer, Strafgesetzbuch, § 176 Rdn. 2; Thomas Wilmer, **Sexueller Mißbrauch von Kindern Empirische Grundlagen und kriminalpolitische Überlegungen**, Frankfurt a.M. u.a., 1996, ss. 24-25; Karl Lackner, Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch**, 27. Aufl., München 2011, § 176 Rdn. 1; Barbara Hermann-Kolb, **Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004**, Frankfurt a.M., 2005, s. 106; Elisabeth Ilg, **Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes**, Regensburg, 1997, s. 39; Gabriele Kett-Straub, “Ausweiskontrolle vor dem Urlaubsflirt? – Der einvernehmliche Missbrauch von Kindern durch Jugendliche”, **ZRP** 2007, ss. 261-262; Laubenthal, 2012, s. 174; Bernadette Pape, **Legalverhalten nach Sexualdelinquenz, Eine empirische Analyse der Delinquenzkarriere nach Sexualstraftaten an Kindern**, Frankfurt a. M. u.a., 2007, ss. 27-28; Friedrich K. Barabas, **Sexualität und Recht, Ein Leitfaden für Sozialarbeiter, Pädagogen, Juristen, Jugendliche und Eltern**, Frankfurt a.M., 1998, ss. 50-51; Frühsorger, ss. 15-16).

⁵⁵⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 353.

⁵⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 390; Murat Kaya, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, S. 52, Aralık 2010, s. 108; Ataç, s. 118.

istismarı kapsamında görülmemiş ve TCK m. 105'e göre cezalandırılmışlardır⁵⁵⁷. 6545 sayılı kanun ile⁵⁵⁸, cinsel tacizi düzenleyen m. 105'te "*filin çocuğa karşı işlenmesi halinde*" ceza artırımı öngörülmüştür. Böylece cinsel taciz suçunun "*çocuğa karşı da*" işlenebileceğinin kabul edilmesi ile birlikte, artık yerleşik hale gelen Yargıtay uygulaması yasal bir dayanak kazanmış olmaktadır. Ayrıca, 6545 sayılı Kanunun madde gerekçesinde, m. 103 bakımından "*fiziksel temas*" gerektiği de ayrıca belirtilmektedir⁵⁵⁹.

Bu noktada Yargıtay'ın hukuki olmayan "*Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır*" biçimindeki sanıkları

⁵⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 391. "*Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılgiya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...*" bozmayı gerektirmiştir (Y. 5. CD., 18.03.2008 T., 38/ 2115). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.06.2015). "*Mahkemenin kabulüne göre, mağdureye yönelik fiziki bir temas olmaksızın kendi cep telefonundan mağdurenin kullandığı cep telefonuna "ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin" şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderen sanığın eylemi 5237 Sayılı T.C.K.nın 105. maddesine uyan cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılgiya düşülerek aynı Kanunun 103/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması...*" bozmayı gerektirmiştir (Y. 14. CD., 04.05.2012 T., 5627/ 5110). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.06.2015). "*Sanığın yolda gördüğü mağdureye cinsel içerikli sözler söyledikten sonra kolundan tutup motosiklete bindirmek istediği, yürümeye devam eden mağdureyi tacizli sözlerle takip ettiği olayda, cinsel taciz içerikli sözlerle birlikte bedensel temas bulunması nedeniyle sanığın eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı...*" (Y. 14. CD. 29.03.2012 T., 2011/ 9056 E., 2012/ 3661 K.). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.06.2015). "*Sanığın olay günü kendisinden uzaklaşmak isteyen mağdureyi ısrarla takip ederek sırnaşıkça sözler sarfetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin vücut dokunulmazlığını ihlal etmemesi sebebiyle cinsel istismar niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma veya cinsel taciz suçunu oluşturup oluşturmayacağı da karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...*" bozmayı gerektirmiştir (Y. 14. CD., 27.04.2011 T., 2804/ 3503) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.06.2015). Bazı yazarlar Yargıtay'ın bu yorumunu desteklemiş; "*cinsel davranışlarla istismar*"ı, TCK m. 103'ün metninde bu yönde bir belirleme olmamasına rağmen, TCK m. 102/1'de olduğu gibi "*vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranış*" olarak ele almışlardır (Şen, s. 395; Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 169-170; Yenidünya, s. 3303; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 300, 313; Yokuş Sevrük, Hukuk ve Adalet, s. 284).

⁵⁵⁸ Yazarlara göre, vücuda temasın söz konusu olduğu, cinsel tatmin amaçlı davranışlar açısından m. 103 uygulanacağı gibi, bedensel temas olmamasına rağmen, çocuğu istismar amacıyla hareket edilen, yani çocuğun cinsel yönden sömürüldüğü durumlarda da bu hükme başvurmak mümkün olabilecektir. Buna örnek olarak, çocuğun soyunmaya zorlanarak seyretilmesi verilmektedir. Ancak, Koca/Üzülmez, 6545 sayılı Kanundan sonra bu görüşlerini terk ederek bedensel temasın mutlaka aranacağı görüşüne ulaşmışlardır (Bu konuda bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 313-314).

⁵⁵⁹ Sonuç olarak, Yargıtay'ın gerek m. 102/1 ve gerekse m. 103/1 açısından "*bedensel temas*"ı yeterli gördüğünü, herhangi bir niteliksel kriter (*davranışın normatif önemi, temasın yoğunluğu gibi*) öngörmediğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından, suçun "*sarkıntılık düzeyinde*" kalması, TCK m. 103/1 bakımından cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 391-392).

korumaya yönelik hususları gerekçe göstererek⁵⁶⁰ çocuğun rızasının varlığını kabul etmesi ise çocuğun cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki değer ile bağdaşmayan bir tutumdur. Zira çocuk ilgili suç ile sadece bedensel olarak değil, ruhsal yönden de koruma altına alınmakta ve bu suretle ileride dengeli ve mutlu bir birey olma hakkı korunmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle her ne kadar aşağıda yeniden ele alınacak ise de çocuğun devlet korumasında olduğu bu yönüyle uygulamada çocuk yanında anne-babanın da beyanına başvurularak şikayetçi olup olmadığı yönündeki görüşünün alınması kanımızca isabetli değildir. Bu tür davalara Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı mutlaka müdahil olmalı ve bu yaştaki çocuğu koruma altına alarak bir an evvel kendi sosyal çevresinin etkisi dışında tutmalıdır⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ “Mahkemece, sanığın mağdur Mehmet'i ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlediği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalının 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğunun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykut'a basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmet'e para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. **15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdite maruz kalanın iki seçenektan kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir.** Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. **Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından,** mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK'nın 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK'nın 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden re'sen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y. 5. CD., 23.05.2011 T., 2970/ 4134) (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 357, dn. 148).

⁵⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 357-358.

Uygulamada bazı illerde çocuğun beden muayenesini yapan adli tabipler raporlarını bir sosyal hizmetler uzmanının dikkatine sunulmak üzere kaleme almakta böylece çocuğun ve bazı hallerde ailesinin sosyal yardım ihtiyacının kısa sürede karşılanmasını sağlamaktadırlar. Bu uygulamanın yaygınlaşmasını temenni etmekteyiz.

4. Basit Cinsel İstismar (TCK m. 103/1 – Birinci Cümle)

TCK m. 103/1-c. 1, çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası⁵⁶² ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu durumda on beş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı⁵⁶³ gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır (TCK m. 103/1-a)⁵⁶⁴.

⁵⁶² Suçun mağduru çocuklar olduğundan, cinsel istismar suçunun cezası, cinsel saldırı suçunun cezasından daha ağır olarak düzenlenmiştir (Hafızoğulları/Özen, s. 167).

⁵⁶³ “Adli Tıp Niğde Şube Müdürlüğü’nün 18.08.2008 tarih ve 2008/384 Sayılı raporunda mağdurun akut livataya maruz kaldığının maddi delillerinin bulunmadığının bildirilmesi, mağdurun annesinin savcı huzurunda verdiği ve mağdurun ağzından aktardığı ifadesindeki “anne babam beni inşaata götürdü, inşaatin 1. katında kendi donunu indirdi, benimkini de indirdi, odanın içinde banyo vardı daha sonra arkama geçti. Bana süründü” ve mahkeme huzurundaki “bana sadece Beni yaptı” dedi, o kadar dedi, ben ayrıntısını sormadım, oğlum başka ayrıntısını da anlatmadı, oğlum bana babam bana süründü demedi “Beni yaptı” dedi” şeklindeki aşamalarındaki değişen ve çelişen anlatımları, sanığın mahkeme huzurunda “Bir cahillik yaptım, oğlum olan E. A. ’ı inşaata götürdüğüm doğrudur, orada pantolonunu indirdim, kendi cinsel organımı oğlumun poposuna sürerek tatmin oldum, iddia edildiği gibi cinsel organımı oğlumun poposuna sokmadım, yine hortum gibi herhangi bir cisim sokmadım” şeklindeki adli tıp raporunu ve mağdurun annesinin olayın akabinde savcılıkta alınan ifadesini doğrulayan ikrarı, mağdurun yaşı ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın, oğlu olan mağdurun makatına cinsel organını ve/veya olay yerinde bulunan bir hortumu sokmak suretiyle ırzına geçtiğine dair kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı halde ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçu yerine yazılı şekilde...çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 28.06.2011 T., 3396/ 5014) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 25.04.2016).

⁵⁶⁴ “Suç tarihi itibarıyla onaltı yaşı içerisinde bulunan mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden sanığın eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması hatalıdır. Hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 S.K. ile 5237 S.K. 102, 103, 104 ve 105. m. yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yeniden düzenlenmesi karşısında; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunacağından lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın, denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.” (Y. 14. CD., 05.11.2015 T., 2013/ 11130, 2015/ 10267) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 27.05.2016).

TCK m. 103/1-a’da tanımlanan ilk grup çocuklara karşı istismarı ortaya koyan rızaya dayanan ya da cebir, tehdit, hile neticesinde oluşan ve rızaya dayanmayan her türlü cinsel davranış ilgili suçu meydana getirecektir. TCK m. 103/1-b’de tanımlanmış ikinci grup çocuklara karşı cinsel

Diğer çocuklara karşı yalnızca “cebir”, “tehdit”, “hile” ya da “iradeyi etkileyen başka bir neden”e dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar ise yine cinsel istismar niteliğinde olacaktır (TCK m. 103/1-b). Basit cinsel istismar suçunun oluşumu için vücuda temasın⁵⁶⁵ şart olduğunu belirtmek gerekmektedir. Basit cinsel istismar suçunun, çocuğun vücuduna “organ veya sair bir cisim sokulmaksızın”⁵⁶⁶ vücut dokunulmazlığına yönelen cinsel davranışlardan oluşmakta olduğu belirtilmektedir⁵⁶⁷. Bu cinsel davranışlar birçok şekilde meydana gelebilecektir⁵⁶⁸. Elbette failin basit cinsel istismardan cezalandırılabilmesi için, fiilin sarkıntılık düzeyinde de kalmaması gerekmektedir⁵⁶⁹.

davranışların cebir, tehdit, hile gibi vasıtalar ya da iradeyi etkileyen başka bir neden sonucunda, mağdurun algılama yeteneğinden yoksun olmasından yararlanarak işlenmesiyle meydana gelebilecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 316). Ancak belirtmek gerekir ki, her iki bentte belirtilen davranışların “organ ya da sair cisim sokulması” şeklinde meydana gelmemesi gerektiğidir. Böyle bir durumda oluşacak olan suç, mağdur çocuğun yaşı ne olursa olsun, TCK m. 103/1 değil, TCK m. 103/2 olacaktır (Şen, s. 399).

⁵⁶⁵ “Mağduru çok sayıda öpüp mağdurun bacaklarını okşadığı anlaşılan sanığın eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu halde, suç vasfında yanılığa düşülerek cinsel taciz suçundan hüküm kurulması isabetsizdir.” (Y. 14. CD., 13.02.2014 T., 2013/ 4818, 2014/ 1619) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).

⁵⁶⁶ “Mağdure aşamalarındaki uyumlu anlatımlarında sanığın parmağını cinsel organına ithal etmek suretiyle nitelikli cinsel istismarda bulunduğunu iddia etmekte ise de; 29.11.2008 tarihli Adli Tıp Uzmanı raporunda “kızlık zarında eski ya da yeni yırtık görülmediğinin” bildirilmesi karşısında, mağdurenin uzman doktora sevki sağlanarak kızlık zarının anatomik yapısı itibarıyla yırtılmaksızın parmak dahlüne müsait açıklıkta bulunup bulunmadığı raporla tespit ettirilerek sonucuna göre sanığın eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı veya çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarından hangisine uyacağının belirlenmesi yerine noksan araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 15.06.2011 T., 2969/ 4746) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.07.2015).

⁵⁶⁷ Şen, s. 399; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 293.

⁵⁶⁸ “Olay tarihinde belediyede geçici işçi olarak çalışan sanığın, yol çalışmaları sırasında tanıştığı mağdurları kucağına oturtup dizlerini sıktığı ve ardından fotoğraflarını istediği, yaklaşık bir hafta sonra mağdur M. K.’ın bulunduğu mahalleye gelip kendisini kahvehaneye götürmek istediği, mağdurun gelmek istememesi üzerine “beni seviyor musun?” dediği ve bir müddet sonra diğer mağdur M.’nin mahallesine gidip onu sorduğu ve eylem mahkemece de bu şekilde kabul edildiği halde, sanığın cinsel amaçla hareket etmek suretiyle her iki mağdura karşı ayrı ayrı TCK’nın 103/1 maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği gözetilmeden, yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırıdır.” (Y. 14. CD., 15.01.2014 T., 2012/ 2036, 2014/ 237) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 28.04.2016).

⁵⁶⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 316. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar, suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren nitelikli hali meydana getirmektedir. Söz ya da yazıyla icra edilen bedensel temas gerektirmeyen mağduru cinsel yönden rahatsız edici davranışlar ise cinsel taciz suçunu oluşturacaktır (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 309-311). “Sanık ile arasında herhangi bir husumet bulunmayan mağdurenin aşamalarda değişmeyen istikrarlı anlatımları, mağdurenin anlatımlarını doğrulayan tanıklar E. ve Y.’in beyanları, katılanlar S. ve İ. T.’in ifadeleri, mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna dair Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunca düzenlenmiş rapor ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın, mağdurenin okuluna yakın yerde işlettiği bakkal dükkanına zaman zaman mağdure ve arkadaşlarının uğradığı, mağdurenin yalnız gittiği bir günde sanığın, mağdureyi omzundan çekerek öpmeye çalıştığı, başka bir gün tanık E.’nin de bulunduğu ortamda kapıyı kapatarak “size tecavüz edeceğiz” dediği,

5. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel İstismar (*Hafif Cinsel İstismar*) – (TCK m. 103/1 – *İkinci Cümle*)

6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile TCK m. 103/1'e ikinci cümle olarak **"Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası⁵⁷⁰ verilir."** şeklinde bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Buradaki **"sarkıntılık"**⁵⁷¹ ibaresi kanun tasarısının ilk metninde **"suçun (cinsel istismar suçunun basit halinin) ani hareketle işlenmesi"** şeklinde düzenlenmişti. Gerekçede ise; *"Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline daha az ceza verilmesinin sağlanmakta olduğu belirtilmekte ve bu düzenleme ile ilgili olarak TCK m. 102'de yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır."* açıklamasına yer verilmiştir⁵⁷². Madde gerekçesinde görüldüğü gibi sarkıntılık kavramının ne anlama geldiği belirtilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı fiilleri açısından yapılan değerlendirmelerin sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar fiilleri açısından da geçerli olduğu belirtilmiş ve bu maddedeki mülahazalara atıfta bulunulmuştur. Yargıtay temsilcileri ise sarkıntılık ibaresinin, 765 s. TCK döneminde de bulunduğunu ve anlaşılmasının uygulamacılar tarafından daha kolay olacağını belirtmişler, cinsel istismar fiilleri açısından *"suçun ani hareketle işlenmesi"*⁵⁷³

mağdurenin ve tanığın sanığı ittirerek dükkandan kaçtıkları, sonraki zamanlarda sanığın okul değiştiren mağdurenin evine telefon açtığı, yerini öğrenmek amacıyla tesadüfen yolda gördüğü mağdurenin ablası Y.'e mağdurenin kaldığı evi sorduğu, en son eyleminde ise parkta bulunan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin seninle bir şey konuşmak istiyorum" şeklindeki sözler söylediğinin sabit olması karşısında, sanığın mağdureyi omzundan çekerek öpmeye çalışmak şeklinde gerçekleşen eyleminin 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK'nın 103/1 maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu, mağdureyi telefonla araması, "size tecavüz edeceğiz" ve başka bir gün de parkta oturan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin" şeklindeki bedensel temas içermeyen eylemlerinin ise TCK m. 105. maddesindeki zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, yanlıştır." (Y. 14. CD., 22.09.2014 T., 2012/ 13556, 2014/ 10229) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.06.2016).

⁵⁷⁰ Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Hafif cinsel saldırının cezası, sekiz ila on beş yıl arasında ceza öngörülmüş olan basit cinsel saldırı suçunun cezasına nazaran daha düşük şekilde belirlenmiştir.

⁵⁷¹ "Sanığın yolda yürümekte olan mağdurenin arkasından yaklaşıp kalçasına dokunmak şeklindeki eylemi sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturur." (Y. 14. CD., 07.07.2014 T., 2012/ 13719, 2014/ 9186) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.06.2016).

⁵⁷² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 139.

⁵⁷³ Cinsel istismarın basit şekli ile sarkıntılık arasındaki ayrım, sarkıntılıkta bedensel temasın ani olması ve *"devamlılık kesbetmemesi"*dir denilebilir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 310).

formülasyonu böylece verilen önergeyle "**sarkıntılık**" şeklinde değiştirilmiş ve sonuç olarak kanunlaşmıştır⁵⁷⁴.

Sarkıntılık terimi için daha önce cinsel saldırı suçunda yapmış olduğumuz açıklamalara bakılmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, çocuğun vücuduna temas bulunsun yahut bulunmasın yapılan her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. O halde cinsel istismar suçunda sarkıntılık şeklindeki davranışlar, cinsel saldırı suçunda sarkıntılık fiilleri bakımından belirtilen yoğunluğa erişmesi gerekmediğinden vücuda temas şartı da bu görüşe göre bu nedenle aranmamalıdır⁵⁷⁵. Bu tartışma cinsel taciz suçunun mağdurunun çocuklar da olabileceğine ilişkin yukarıda sözü edilen kanun değişikliği ile büyük ölçüde çözüme kavuşmuştur. Bu konuya ilişkin eleştirilerimiz yukarıda ifade edilmişti.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus da, örneğin biri 14 diğeri 16 yaşında olan iki çocuğun birbirlerine karşı bir takım cinsel davranışlarda bulunması durumunda nasıl bir çözüm yoluna başvurulacağıdır. Bu yaştaki çocukların cinsel dürtülerle birbirlerine karşı öpme, elleme gibi cinsel davranışlarda bulunabilmekte oldukları görülmektedir. Cinsel ilişki boyutuna varmayan bu gibi durumlarda 14 yaşındaki çocuk cinsel istismara uğramışken, 16 yaşındaki çocuk ise cinsel istismar suçunun faili olarak ağır cezalara maruz kalabilmektedir⁵⁷⁶. Adalet Komisyonunda da

Yargıtay ise, bu durumdan failin eylemlerinin ani ve kesik hareketler biçiminde olmayıp devamlılık teşkil eden eylemler niteliğinde olması biçiminde bahsetmektedir (Kocaoğlu, s. 299). "*Dosyada bulunan CD içerisindeki görüntüler ile bu görüntülere ilişkin düzenlenen görüntü inceleme tutanağı, bilirkişi raporu, tanıklar M., M.ve E.'nin beyanları ve tüm dosya kapsamından; sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Y. ve S.'ye yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 103/1-1. cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması, isabetsizdir.*" (Y. 14. CD., 25.05.2015 T., 2261/ 6685) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2016).

⁵⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 358.

⁵⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 358.

⁵⁷⁶ Adalet komisyonunda bu değişiklikle ilgili Prof. Dr. İzzet Özgenç'in açıklamasının değişikliğinin gerekçesini yansıtmakta olduğu belirtilmektedir: "...şu anda özellikle bu 15 yaşını henüz doldurmamış olan bir çocukla 15 yaşını doldurmuş fakat henüz 18 yaşını doldurmamış olan bir gencin evlenmesi halinde, bunu düğün dernek şeklinde yapmamız halinde dahi kaçınılmaz bir şekilde cezalandırma yoluna gidiyoruz. Bunun sistemimiz bakımından ortaya çıkardığı ciddi bir sorun vardır. Daha sonra mesela bilahare kişi kazai rüşt yaşına ulaştığında "Biz evlendik, bir sorunuz yok" dediğinde dahi biz "hayır" diyebiliyoruz şu anda bu formülasyon, Yargıtay'ın önümüzü kilitlediği bir noktada bize yol açıcılık özelliği taşıyan bir formülasyondur." Kanaatimizce küçük yaştaki çocukların geleneksel evlenme yaparak yaşadıkları cinsel ilişkinin ceza hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunları aşmak için bu formülasyonun kullanılabileceği yönündeki yazar

tartışılan bu husus maddeye eklenen "*sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.*" hükmü ile aşılmaya çalışılmışsa da, sarkıntılık düzeyini aşan ve şehvi hisleri tatmine yönelik olacak şekilde yoğun nitelikteki bu hareketler (*örneğin 765 sayılı TCK döneminde ırza tasaddi olarak nitelendirilen hareketler*) meydana gelmiş ise zaten suç şikayete tabi olmaktan çıkarak re'sen takip edilen bir suç haline gelmiş olacaktır⁵⁷⁷.

6. Nitelikli Cinsel İstismar (TCK m. 103/2)

TCK m. 103/2 hükmüne göre⁵⁷⁸; "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, onaltı yıldan asağı olmamak*

tarafından da ileri sürülen bu görüşe katılmak olası değildir. 6545 sayılı kanunla getirilen hüküm yalnızca sarkıntılık düzeyinde kalan hafif nitelikte cinsel istismar fiilleri açısından takibi şikayete bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Oysa yazarın sözünü ettiği küçük yaştaki çocukların başına gelen geleneksel evlenmelerde fiili cinsel birliktelikler yaşanmaktadır. Bu fiillerin boyutu sadece sarkıntılık düzeyinde kalan hafif nitelikte cinsel istismar fiillerini çok aşmakta ve hatta vücuda organ sokma şeklindeki nitelikli cinsel istismar şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple bu formülasyonun bu tür olaylarda kullanılması mümkün olmamalıdır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 358-359, dn. 150).

⁵⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 358-359. Doktrinde bu çözümün son derece yüzeysel olduğu belirtilmektedir. Çocuklar arasındaki hafif cinsel istismar suçunu kapsayan hareketleri şikayete bağlı olarak düzenleyip, basit cinsel istismar suçunu re'sen soruşturulan bir suç olarak düzenlemek ergenlik ya da ergenlik sonrası çağda arayışta olan çocukların tabiatları gereği yapabileceği davranışlara karşı hiçbir şeyin çaresi olmayacaktır. Bu görüşe göre, basit cinsel saldırıya da şikayete tabi kılmak bu sorunun çözümü değildir. Çocuklar arasındaki rıza ile işlenen karşılıklı her türlü (basit, hafif veya nitelikli) cinsel istismar fiillerini suç olmaktan çıkarmak ise en iyi çözüm yolu olacaktır (Bkz. Soyaslan, s. 249). İki tarafında çocuk olduğu durumlarda ilgili suçlarda kimin fail kimin mağdur olduğunu ortaya koyabilmek zor olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, ortada rızanın olduğu olaylarda, ailelerin de haberdar olması ile çocuklara yapılacak baskı ile farklı ifadelerle kişilerin kendi çocuklarını aklayıp, karşı tarafı suçlayıcı beyanlar vermeye zorlanabilecekleri de belirtilmektedir. Bu görüşe göre, taraflardan birisinin ailesi ekonomik olarak iyi durumdaysa, diğer taraf para sızdırmak için bu olayı olmadık şekilde de yargıya taşıyabilecektir. Kocaoğlu'na göre, bu ve benzeri sayılabilecek pek çok risk, çocukların kendi aralarında yapmış oldukları rızaya dayalı her türlü cinsel davranışlarının bambaşka bir boyuta taşınmasına neden olabilecektir. Sayılan tüm bu nedenlerle kanun koyucunun çocukların cinsel tabiatını ideolojik, dinsel ya da ahlaki amaçlarla tektipleştirmeyi bırakması ve çocuklar arasında meydana gelecek rızai tüm cinsel istismar eylemlerini suç olmaktan çıkarmasının ülkemiz çocuklarının ve ailelerinin geleceklerinin kararmaması için şart olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır (Kocaoğlu, ss. 300-301).

⁵⁷⁸ Kanaatimizce, TCK m. 103/2'de öngörülen nitelikli cinsel istismar, suçun nitelikli halinden ayrı bir suç tipi teşkil etmektedir. Zira, TCK m. 103/3'de öngörülen cinsel istismarın seçimlik nitelikli halleri hem TCK m. 103/1'i hem de TCK m. 103/2'yi kapsamaktadır.

üzere hapis cezasına hükmolunur⁵⁷⁹.” (**Değişik: 18/6/2014 – 6545/59 md.**⁵⁸⁰). Mağdur çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü “cinsel davranış” (TCK m. 103/1-a) ve “cinsel davranışlar” (TCK m. 103/1-b), “organ ya da sair bir cisim sokulması” eylemini de kapsamaktadır⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Bu fıkra; Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarihli ve 2015/ 26 E., 2015/100 K. sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı 11.12.2015 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

⁵⁸⁰ “Dosya içeriğine göre sanığın parmağını 6 yaşındaki mağdurenin cinsel organına sokmak suretiyle tasaddide bulunma olarak kabul edilen eyleminin vücuda organ sokma niteliğinde olması nedeniyle 5237 Sayılı yasanın 103/2 maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı ve bu suçla ilgili yargılama ve uyarlama yapma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak 5235 sayılı yasanın geçici 1. maddesi gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 27.10.2005 T., 15761/ 21713) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.05.2014).

⁵⁸¹ Çocuğun vücutuna, “vajinal”, “anal”, “oral” yoldan “organ yahut sair bir cisim” sokulması nitelikli cinsel istismar suçunu meydana getirecektir. Bu sayılan unsurlardan biri bulunmuyorsa, TCK m. 103/1’de yer alan basit ya da hafif cinsel istismar suçlarının oluşup oluşmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir (Bkz. Kocaoğlu, ss. 302-304, dn. 257, 259).

“Çocukların cinsel istismarı suçundan sanık hakkındaki yargılamada, C.G.K. önüne gelen uyumsuzluk: yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından, mağdurun fiili livataya maruz kalıp kalmadığı, fiili livataya maruz kaldı ise eylemin bulgularının zamanla ortadan kalkıp kalkmayacağı, mağdurun vücutuna organ sokma belirtisi olup olmadığı, meydana gelen eylemlerin basit cinsel istismar boyutunda kalıp kalmadığı, mağdurun rızasının bulunması halinde vücutunda bulgu kalıp kalmayacağı hususlarında yeniden rapor alınması gerektiğinden bahisle bozulmasının isabetli olup olmadığı noktasındadır. Özel Daire bozma kararında, yeniden bilirkişi raporu aldırılarak tespitin yapılması istenilen “mağdurun fiili livataya maruz kalıp kalmadığı ve vücutuna organ sokma belirtisi olup olmadığı” hususlarının, katılan Y. hakkında Devlet Hastaneleri ile Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporlarda ayrıntılı şekilde açıklanmış olması, fiili livata bulgularının zamanla ortadan kalkacağı ve eylemin gerçekleştirme şekliyle mağdurun rızasının olması hallerinde vücutta bulgu kalmayacağının yerleşmiş içtihatlarla belirlenmiş olması, bu hususlar gözönüne alındığında meydana gelen eylemlerin basit cinsel istismar boyutunda kalıp kalmadığı hususunun bilirkişi görüşüyle değil dosyadaki delillere göre hakimnin genel ve hukuki bilgisiyle çözümlenebilecek nitelikte olması karşısında, dosya kapsamı ve 1996 yılından başlayan suç tarihi de dikkate alındığında, belirtilen hususlarla ilgili olarak yeniden Adli Tiptan rapor alınması gerektiği yönündeki Özel Daire bozma kararı isabetli değildir.” (Y. CGK., 09.12.2014 T., 1-190/ 548) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2016).

“Mahkemenin kabulüne göre de, sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; TCK’nın 103/2. maddede düzenlenmiş bulunan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olmasının yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkumiyeti yerine suç vafında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 10.02.2014 T., 2012/ 4067, 2014/ 1289) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).

“Mağdurenin sanığın cinsel organına cisim sokmasına ilişkin çelişkili beyan verdiği, tanığın kız kardeşi olan mağdurenin olayı kendisine aktarıırken sanığın, penseyi eline alıp cinsel organıyla oynadığını söylediğini bildirmesi, mağdure hakkında kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından düzenlenen Devlet Hastanesi raporunda “kaideye kadar uzanmayan çeltik olabilecek görünüm mevcut” olduğunun tespit edilmesi karşısında, söz konusu bulgunun hymenin doğal yapısından kaynaklanabileceği de gözetilerek raporun tek başına, sanığın eyleminin mağdurun vücutuna cisim sokmak suretiyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğuna delalet edip etmeyeceği hususunda konunun uzmanı bilirkişiden ayrıntılı rapor alınması gerekir.” (Y. 14. CD., 20.10.2014 T., 4932/ 11320) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2016).

Mağdurun yaşına ilişkin yaptığımız açıklamalarda da değindiğimiz üzere nitelikli cinsel istismara dair TCK m. 103/1-a ve TCK m. 103/1-b arasındaki ayrım, ilk fıkrada 15’inden küçük çocukların rızasına değer atfetmemek üzerine bir kabul varken; ikinci fıkrada cebir, tehdit, hile ya da iradeyi etkileyen bir başka sebep dışında rızanın var olabileceğinin kabulüdür⁵⁸². Yani, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka neden varsa rıza yoktur (TCK m. 103/1-b)⁵⁸³.

Çocukların cinsel istismarı suçunun, vücuda organ ya da sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi⁵⁸⁴ nitelikli halinin değerlendirilmesi açısından ayrıca TCK m. 102’de düzenlenmiş bulunan cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak ikinci fıkrasında yapmış olduğumuz açıklamalara bakılmalıdır.

Burada değinilmesi gereken önemli bir husus Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarih, 2015/ 26 E., 2015/100 K. sayılı iptal kararının içeriği olacaktır. Söz konusu itirazın konusu, 06.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 59. maddesiyle⁵⁸⁵ değiştirilen 103.

“Zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; ...fiili livata eylemiyle ilgili olarak da Konya Adli Tıp Şube Müdürlüğünce verilen raporda “akut ya da kronik fiili livatanın maddi delillerine rastlanmadığı” belirtilmesine karşın, mahkemece atanan adli tıp uzmanı bilirkişi tarafından hazırlanan, “...mevcut tıbbi bulguların kronik fiili livatanın delilleri olduğu” tespitlerinin yapıldığının anlaşılması karşısında, her iki rapor arasında oluşan çelişkinin Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan alınacak raporla giderilmesinden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir.” (Y. 14. CD., 18.06.2012 T., 3665/ 6856) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 09.08.2015).

⁵⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 311-312; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 315-316; Kocaoğlu, s. 304.

⁵⁸³ TCK m. 103/2’de düzenlenmiş olan nitelikli cinsel saldırı suçunda, failin kadın ya da erkek herkes olabileceğini belirtmek gerekmektedir. Fail ile mağdur çocuk aynı veya farklı cinsiyetlere de sahip olabileceklerdir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 312). Koca/Üzülmez’e göre, ilgili suç bakımından vücuda organ ya da cisim sokma biçiminde bir davranış mevcut olmadıkça, mağdur çocuğun fail tarafından örneğin, failin kendine yönelik cisim ya da organ sokmada kullanılması gibi bir halde, TCK m. 103/2’den değil, basit cinsel istismar suçunu düzenleyen TCK m. 103/1’den sorumluluğu söz konusu olacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 321-322).

⁵⁸⁴ Eşler arasında işlenen cinsel istismar hususunda ayrı bir düzenleme getirilmediği ve suçun evlilik içinde veya dışında işlenmesine göre bir ayrıma gidilmediği için, böyle bir durumda da TCK m. 103/2’nin uygulanacağı belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 393). Aksi yönde görüş belirten Malkoç ise, bu durumda m. 102/2’den hüküm kurulması gerektiğini belirtmektedir (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 167)

⁵⁸⁵ TCK m. 103/2 düzenlemesi, bahsi geçen 6545 sayılı Kanun’un ilgili değişikliğinden önce şu şekildedeydi: “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.**” Anayasa Mahkemesi, 11.12.2015 tarihli ve 29559 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan iki ayrı kararı ile 5237 sayılı TCK m. 103’ün 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi ve sonrası düzenlemelerinin Anayasa’ya aykırılık sorununu ele amıştır. 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesine ilişkin olayda, evlilik tarihinde 13 yaşında olan mağdurla dini nikahlı olarak evlenen ve bu birliktelikten iki çocukları olan çiftin aralarında yaşanan ve adli mercilere intikal eden darp olayını takiben sanık hakkında “*çocuğun nitelikli cinsel istismarı*” suçundan dolayı ceza kovuşturması açılmış ve dava

maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir⁵⁸⁶.

İlgili kararda, itirazın gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralla cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda onaltı yıldan aşağı olmamak*

Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde TCK m. 103’ün ilk halinin Anayasaya aykırılığına ilişkin ret kararına (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 T., 2015/ 43 E., 2015/ 101 K. sayılı kararı. RG. / 29559) konu olan bahsi geçen olayda Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin talebi şu şekilde idi: “*Çocuk yaşta gerçekleştirilen evliliklerin önüne geçilmesi ve çocuklara karşı cinsel istismarın önlenmesi nihai amacını taşıdığı buna rağmen evlilik birliği devam eden ve bu birlik içinde çocuk sahibi olan ailelerde küçük yaşta evlenilmiş olması nedeni ile babanın ceza yaptırımına tabi tutulmasının ülkenin sosyal ve kültürel yapısı ile bağdaşmadığı halen evli olan şahısların durumları için farklı bir yaptırım belirlenmediği için kutsal aile kurumunu koruma imkanının ortadan kalktığını, küçük yaşta bir kıza tecavüz eden fail ile toplumsal alışkanlıkları gereği geleneklere göre yaşı küçük biri ile evlenen ve çocuk sahibi olan kişinin aynı yaptırma tabi tutulmasında kamu yararı bulunmadığı, adalet ve hakkaniyet ölçüleri gözetilmediği, evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğunun haklarının ağır derecede zedelenmektedir.*” Yerel mahkeme de TCK m. 103’ün ilk halinin, Anayasa m. 2, 10, ve 41. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, “*kanun koyucunun düzenlemeler yaparken “hukuk devleti” ilkesinin bir gereği olan “ölçülülük” ilkesi ile bağlı olduğunu, bu ilkenin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunu, Anayasa m.10’da öngörülen “kanun önünde eşitlik” ilkesinin hukuki durumları aynı olanlar için gündeme geleceğini, bu ilkenin fiili değil, hukuki eşitlik özelliği taşıdığını, farklı hukuki durumlar için farklı kurallar düzenlenebileceğini, bunun da eşitlik ilkesinin ihlaline yol açmayacağını, fail ve mağdurun cinsiyetinin bir öneminin bulunmadığı cinsel istismar suçunda, kanun koyucu tarafından yalnızca mağdurun çocuk olmasının esas alınması suretiyle ve çocuğun korunması amacıyla, cezanın ödeticilik, önleyicilik ve caydırıcılık fonksiyonlarının gözetilerek, nitelikli cinsel istismar suçunu işleyenlerin sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının öngörülmesinde, “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkeleri ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu, Devletin her türlü istismar ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlü kaldığını belirten Anayasa hükümleri nedeniyle*”, TCK m.103’le ilgili iptal talebini reddetmiştir.

Şen, Anayasa Mahkemesinin bu görüşünün, Anayasa m. 10/3’te yer alan “*Kanun önünde eşitlik*” başlıklı maddede yer alan, “*Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile mahul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*” hükmüne de uygun olduğunu belirtmektedir (Bkz. Şen Ersan, “Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 103/2’yi İptali”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1703716-anayasa-mahkemesinin-tck-m1032yi-iptali>, Erişim Tarihi: 10.10.2016). Kocaoğlu ise, Şen’in bu görüşüne eşitlik ilkesi bağlamında katıldığını, ancak Anayasa m. 13’de öngörülmüş olan “*ölçülülük ilkesi*” bağlamında katılmanın ise mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe göre, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince her ne kadar cezanın ağırlığının yasal takdiri kanun koyucuda olsa da, kanun koyucunun kullandığı yasama yetkisinin sınırları bulunmaktadır ve parlamento bu yetkiyi ölçsüz bir şekilde kullanmamalıdır. Kocaoğlu, TCK m. 103’nin 6545 sayılı Kanun düzenlemesinden hem önceki hem de sonraki halinin aşırı cezalar içermekte olduğunu belirtmektedir. Yazar, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, TCK m. 103/2 benzeri düzenlemelerde bu suçun ortalama alt sınırı ve üst sınırının, istisnalar dışında, çok daha düşük bir şekilde belirlenmiş olduğunu vurgulamaktadır. Yazar ayrıca aynı günde ard arda çıkan her iki kararda da Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 103/2 bağlamında, “*Cumhuriyet’in nitelikleri*” (Any. m. 2), “*eşitlik ilkesi*” (m. 10), “*ölçülülük ilkesi*” (m. 13), “*ailenin korunması*” (m. 41) bağlamında gereğince irdelenmediği kanaatindedir. Mahkeme önünde anayasallığı tartışılan konuda her iki davada da aynı konumda ancak farklı şekillerde oy kullanan tarafların karşılaştırmalı hukuku referans almamış oldukları hususu üzerinde de ayrıca durmaktadır (Kocaoğlu, s. 314).

⁵⁸⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 T., 2015/ 26 E., 2015/ 100 K. sayılı kararı, RG. / 29559.

üzere hapis cezası şeklinde belirlenen yaptırımın alt sınırının 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce sekiz yıl olduğu, yaptırımın alt sınırının sekiz yıldan onaltı yıla çıkarılmasının hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile suç ve cezaların orantılılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı, kırsal kesimlerde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olduğu, şehirlerde ise yaşı küçük çocukların cinsel birlikteliklerinin yaygın olduğu, çocuk sanıkların yaşı küçük çocuklarla cinsel ilişkinin ağır yaptırımını bilmediği, bu konuda bilinçlendirmeye yönelik çalışmaların olmadığı, çocukların yüksek cezalarla karşı karşıya kalmasının vicdanları zedelediği, düzenlemenin önceki halinde mağdurun ruh sağlığının bozulmaması halinde faile sekiz yıldan başlayan ceza verilirken düzenlemenin yeni halinde mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın adeta bozulmuş gibi faile onaltı yıldan az olmamak üzere hapis cezası verildiği, ayrıca yakın yaşta olan mağdurlara karşı yapılan eylemlere çok farklı cezai müeyyideler bağlanmasının dolaylı olarak eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁵⁸⁷.”

⁵⁸⁷ Karar konusunda bir üyenin kaleme almış olduğu farklı gerekçede ise; “...TCK'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki suç bir çocuk tarafından işlendiğinde, iki farklı durum ortaya çıkabilmektedir: Birinci ihtimal, mağdur kız çocuk ile sanık erkek çocuğun her ikisinin de onbeş yaşından küçük olmaları ve cinsel ilişkinin rızaen gerçekleşmesi (cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir halin bulunmaması) halidir. Bu halde, erkek çocuk da suçun hem faili hem de aynı zamanda mağdurdur. Çünkü suç, ancak iki kişinin birlikte cinsellik yaşamaları halinde gerçekleşebilen bir suçtur. TCK'daki diğer suçlardan farklı olarak, iki taraf da suçun hem faili hem de mağdurdurlar. Çünkü bu durumda erkek çocuk da cinsel olarak istismar edilmiştir. Aile baskısıyla bu yaşlardaki çocukların evlendirme adı altında cinsel birlikteliğe zorlanmalarında manevi cebir halinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, erkek çocuğun da kız çocuğu kadar suçun mağduru olduğu söylenebilir. Ne var ki, suçun maddi unsurunu oluşturan tam bir cinsel birleşme gerçekleşmişse, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, erkek çocuğun suçu, iki kat ağırlaşmaktadır. İkinci olasılıkta, kız çocuğun onbeş yaşından küçük, erkek çocuğun ise onbeş yaşını doldurmuş olması düşünülebilir. Bu durumda iki tarafın rızası ile gerçekleşecek cinsel ilişkide kız çocuğun da suçun faili olduğundan söz edilemeyecek, ancak erkek çocuğun alacağı ceza, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, onaltı yıldan aşağı olmamak kaydıyla hapis olacaktır...İtiraz yoluyla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesine başvuran Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu davada, suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olan sanık (Suça Sürüklenen Çocuk-SSÇ) ile 15 yaşını bitirmemiş olan mağdur arasında arkadaşlık ilişkisi bulunduğu, FACEBOOK üzerinden ve telefonla görüştükleri, sanığın mağduru cinsel ilişkiye zorlamadığı, cebir ve hile bulunmadığı, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Suçun sübutu üzerine verilecek olan ve alt sınırı 16 yıldan başlayan cezadan ancak TCK'nun genel hükümlerine göre, yaş küçüklüğü indirimi yapılabilecek ve sanık çocuğa verilecek ceza TCK Madde 31 (3) numaralı fıkra gereğince üçte bir oranında indirilerek, neticede 10 yıldan az olmayacaktır... Suç tarihinde 18 yaşının altında olması nedeniyle kanunen çocuk sayılan failin, hükmün muhtemel kesinleşme tarihine göre, tüm kanuni indirimler yapılsa bile çekmesi gerekecek yaklaşık 10 yıllık hapis cezası, kişinin ergenlikten gençliğe ve hatta gençlikten yetişkinliğe geçtiği tüm yıllarını kapsayacaktır. O yaştaki bir çocuğun alacağı bu miktarda bir ceza, çocuğun bir daha topluma uyum sağlama imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir. Çocuk, yüksek tahsil yapmak imkânından mahrum kalacak, meslek sahibi olamayacak, ileride iyi bir iş bulamayacak ve belki iyi bir aile de kuramayacaktır...Türkiye'nin taraf olduğu

Kararda, “...suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel

Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre 18 yaşından küçüklerin çocuk sayılacağı tartışmasızdır. Anayasa'nın 41. maddesinde Devlete, çocukların korunması pozitif bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, suç olgusuyla mücadele etmekle de görevli olan Devletin, çocukların işlediği suçlarda ne oranda indirim öngörülebileceği, hangi tedbirlere hükmolunacağı konusunda takdir yetkisi bulunduğu da açıktır...Burada önemli olan, suça sürüklenen çocuğun cinsel bir suç işlemesi halinde sadece genel yaş küçüklüğü indirimlerinden mi yararlanacağı, yoksa bulunduğu yaşı özelliği dolayısıyla cinsel suçlarda, bunlar için farklı kurallar öngörülüp öngörülemeyeceğidir...Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre suç ve cezanın belirlenmesinde yasa koyucu, eylemin ağırlığını, toplumda yarattığı infial derecesini ve eylemin toplumsal barış üzerindeki etkilerini gözeterek, benimsediği ceza siyasetinin gereği olan suç ve cezaları serbestçe takdir ederek yasa kuralları koyma yetkisine sahiptir...Cinsel suçlara karşı ve özellikle çocuklara karşı işlenen cinsel suçların toplumda yol açtığı infial göz önünde bulunduran yasa koyucu, 103. maddenin (2) fıkrasındaki cezayı benimsemiştir. Bunun Anayasaya aykırılığını öne sürmek dayanaksızdır... iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. Farklı özellikleri olan bir suça tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu suç yönünden, yasa koyucu, sadece çocuklar için genel bir ceza indirimini ceza kanununa koymak suretiyle adaleti sağlamış sayılamaz. Rıza ile iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel deneyimin, yaralama sonucu ölüme sebebiyetten, nitelikli hırsızlık ve yağmadan, uyuşturucu ticaretinden hatta terör eylemlerine katılmaktan daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının çağdaş bir toplumda mantığa ve vicdana sığdırılması güçtür. Bu nedenle kural, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemez... Bu nedenle yasa koyucunun, failin yaşını, biyolojik ve psikolojik gerçeklikleri gözetmeksizin, fail-mağdur arasındaki yaş farkının azlığını öngören bir yasal düzenleme yapmaması, olayda olduğu gibi aşırı ve ölçüsüz sonuçlara yol açabilmektedir. Kaldı ki sonucun, yasa koyucunun asıl amacı olduğu anlaşılan küçük yaştaki evlilikleri önlemek amacıyla da bir ilişkisi yoktur. Temel amacı yetişkinlerin çocukları cinsel yönden istismar etmesini önlemek olan ağır bir ceza yaptırımını, suça sürüklenen çocuğun biyolojik, psikolojik özelliklerini ve fiilin kendine özgü niteliğini gözetmeden, her yaştaki failer yönünden aynı düzenlemelere tabi tutan kural, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük gereklerine aykırıdır. Bu konuda yasa koyucunun takdir alanına ilişkin genel kuraldan ayrılarak, suça sürüklenen çocuk yönünden Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olan, cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere de ters düşen kuralın iptaline karar verilmesi gerekmektedir... çocukların cinsel istismarını önlemek amacıyla yasa koyucu tarafından öngörülen cezalarda failin mağdur çocukla arasındaki yaş farkının öngörülebilecek düzenlemelerde gözetilmesi, bu yaş farkı ne kadar büyükse istismar da o kadar ağır olacağından, mağdura göre çok daha yaşlı olan kişilere daha ağır cezalar verilmesinin hem yerinde hem de Anayasaya uygun olacağı, buna karşılık failin hem mağdurla arasındaki yaş farkının az olmasının hem de kendisinin de çocuk olmasının daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi gerektiği; bu gereklerle özen gösterilmeden yapılacak yasal düzenlemelerin gayri adil ve hakkaniyete aykırı olacağı yolundaki görüşümüz o günkü karşı oyumuza da bugünkü karara katılışımıza da hâkim olan temel düşüncedir... iptali istenen kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi, başvuran Mahkemenin elindeki olayla sınırlı olarak suça sürüklenen çocuk yönünden yapılmalı ve buna göre, sınırlı bir iptal kararı verilmeliydi... Eldeki iptal başvurusunda da Anayasa Mahkemesince, kuralın Anayasa'ya aykırılığı 18 yaş altındaki sanık (Suça Sürüklenen Çocuk) yönünden yapılmalı idi. Ne var ki muhterem çoğunlukça bu yoldaki görüşümüz benimsenmediği ve kurala ve iptal ya da ret oyu kullanmak dışında seçeneğimiz bulunmadığı için, yukarıdaki gerekçelerle iptal yönünde oluşan görüşe katılmak gerekmektedir”.

istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması 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.” denilerek itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği belirtilmiş, ayrıca Anayasa’nın 10. Maddesi bakımından bir incelemeye gerek görülmemiştir⁵⁸⁸.

Kararda, TCK’nın 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk⁵⁸⁹ kamu yararını ihlal edecek nitelikte

⁵⁸⁸ Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde özetle; cinsel istismar suçunun nitelikli şekilde işlenmesi halinde ağır yaptırım öngörülmesinin çocuğun etkin bir şekilde korunması hedefini gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe olmadığını belirtmiştir. Ancak mahkemeye somut olaya özgü takdir hakkı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda yer alan ceza yaptırımının alt sınırının 16 yıldan aşağı olmayacak şekilde hapis cezası olarak belirlenmesinin, fiilin farklı yaş kademelerinde bulunan mağdurlara karşı işlendiği veya failin de çocuk olduğu veya fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her somut olayın özellikleri dikkate alınarak cezanın tayini ve suç ile ceza arasında olması gereken dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır ceza verilmesine neden olacak uygulama, bu konuda orantı ve ölçünün gözetilmemesi, sonuç olarak ölçüsüz yaptırımın ortaya çıkmasına neden olacağından “hukuk devleti” ilkesini ihlal eden TCK m. 103/2 Anayasa Mahkemesi’ne göre iptal edilmelidir (Şen Ersan, “Son İptal Kararlarına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016, s. 175).

⁵⁸⁹ TCK m. 103/2’de yer alan ve nitelikli cinsel istismar suçu için en az 16 yıl hapis cezası öngörülen hüküm, 11.12.2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren bahsi geçen 12.11.2015 gün, 26/ 100 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme’nin oyçokluğu ile verdiği iptal kararı Resmi Gazete’de yayımından itibaren bir yıl sonra, yani 11.12.2016 tarihinde yürürlüğe girecektir. Mahkeme, cinsel istismar gibi önemli bir suçta yasal boşluk doğmaması, ilgili suçun cezasız kalmaması ya da daha az ceza verilmesini önlemek amacıyla, prensip olarak derhal yürürlüğe girmesi gereken bir ceza normu iptali ile ilgili kararın yürürlüğünü sonraya bırakmıştır (Bkz. Şen, Yorumluyorum, s. 175; Şen Ersan, “Son İptal Kararına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”,

görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddelere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür⁵⁹⁰.

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2043363-son-iptal-kararina-gorecocuguncinsel-istismari>, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

⁵⁹⁰ Kararın karşıoy gerekçesinde, "...değişiklik öncesinde 103. maddenin (6) numaralı fıkrasında "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur." denilmekteydi. Değişiklik sonrasında (6) numaralı fıkra yürürlükten kaldırılmış, suçun nitelikli halinin alt sınırı onaltı yıl olarak düzenlenmiştir. Önceki ve yeni düzenlemede cezanın üst sınırı belirtilmemekle birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 49. maddesi gereğince üst sınırın yirmi yıl olduğu açıktır. Kanun koyucu, "bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır" gerekçesiyle ve "bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu" kabulünden hareketle, (6) numaralı fıkrayı kaldırarak, (2) numaralı fıkroda düzenlenen cezanın artırılması yoluna gitmiştir. 103. maddedeki bu değişiklikle, kanun koyucuya göre, "şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır... Ceza hukukunda fiil ile yaptırım arasındaki orantı değerlendirilirken yaptırımın amacı göz ardı edilemez. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur." Bu amacın hangi ağırlıkta bir ceza ile gerçekleştirileceğinin, ceza siyasetini tayin yetkisi ve sorumluluğuna sahip olan kanun koyucunun takdirinde olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin, açıkça Anayasa'ya aykırılık teşkil etmedikçe, kanun koyucunun geniş takdir yetkisi içerisinde belirlediği söz konusu yaptırımın "ağırlığına" müdahale etmesi, anayasa yargısının gerektirdiği denetim anlayışıyla bağdaşmaz. Zira, bu durumda anayasallık, dolayısıyla hukukilik denetiminin ötesine geçerek yerindelik denetimine yönelme tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki, mağdur çocuğun beden ve ruh sağlığını bozan cinsel istismar suçunun alt sınırının onbeş yıldan, söz konusu fiillerin her halükarda mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacağı kabulünden hareketle onaltı yıla çıkarılması sebebiyle, Anayasa'ya uygun bulunan önceki kuralla iptal edilen kuralın öngördüğü cezalar arasında fazla bir farkın olduğu söylenemez. Bu itibarla, kuralda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır... failin küçük olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı bölümünde yer alan 31. maddesi, failin yaş küçüklüğünü düzenlemekte ve onsekiz yaş altı küçüklerin işledikleri suçların cezalarında önemli oranlarda indirim öngörmektedir. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde de ceza sorumluluğu yoktur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler (12-15 yaş grubu) hakkında verilen hapis cezaları yarısı oranında indirilir ve her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Failin işlendiği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında verilen hapis cezaları üçte bir oranında indirilir ve her fiil için verilecek ceza oniki yılı geçemez... İptal kararının gerekçesinde yer alan ve "fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi" şeklinde ifade edilen durumun daha düşük ceza veya cezasızlık nedeni olması gerektiğine dair de bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Kuralda bu durumun ceza indirimi veya cezasızlık sebebi olarak görülmemesi, bir unutkanlığın değil bilinçli bir tercihin sonucudur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 423. maddesinde "Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur." şeklinde bir hüküm mevcuttu. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyleydi: "Evlenme vuku halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa ceptirilir. Kanun koyucu, yeni ceza kanununu yaparken bu suç yönünden evlenmeye bağlı ceza

Anayasa Mahkemesi çocukların cinsel istismarı suçu hakkında yukarıda bahsettiğimiz karardan sonra ikinci olarak 13.07.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 26.05.2016 gün, 2015/ 108 E., ve 2016/ 46 K. sayılı kararı⁵⁹¹ ile TCK m. 103/1-a’da yer alan “*tamamlamamış*” sözcüğü bakımından, TCK m. 103’ün 1. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerini iptal etmiştir. Bir önceki iptal kararında olduğu gibi oyçokluğu ile verilen bu iptal kararı Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yani 13.01.2017 tarihinde yürürlüğe girecektir⁵⁹².

Anayasa Mahkemesi ilgili ikinci iptal kararında, TCK m. 103/1’in ilk iki cümlesinde bulunan cezaların, çocuğun cinsel yönden istismar edilmesini önleme ve korunması amacına hizmet ettiğini, fakat 11.12.2015 tarihinde bahsettiği iptal gerekçelerinin bu hükümler ve yerel mahkemenin gördüğü dava konusu ile sınırlı olarak TCK m. 103/1-a’nın ilk kısmı bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlığını taşıyan Anayasanın 41/4 maddesi gereğince fail çocuğun da korunması gereklidir. İtiraz konusu kural ise bazı hallerde somut olayın özellikleri ile bağdaşmayacak ve dengeyi dikkate almayan ölçüde ağır cezaların verilmesi neticesine sebep olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle de ölçüsüz yaptırım öngören ilgili kuralın “*hukuk devleti*” ilkesine aykırılığından dolayı iptali gerekmektedir.

tecilini öngörmemiştir. Bunda mağdurun "tecavüzcüsüyle evlenmeye zorlanması" şeklinde ifade edilen yaygın eleştirinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu bilinçli tercihini dikkate almadan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismarı cezalandırmaya yönelik kuralın failin daha sonra mağdurla evlenmesini dikkate almamasını Anayasa’ya aykırılık sebebi olarak gören çoğunluk görüşü, yukarıda ifade edildiği gibi, yerindelik bakımından bir tercihi yansıtmakta olup, anayasallık denetimi bakımından isabetli değildir...Anayasa’nın 41. maddesi çocukların her türlü istismara ve şiddete karşı etkili bir şekilde korunması bakımından Devlete çok önemli yükümlülükler yüklemektedir. Kanun koyucu bu yükümlülüğün gereği olarak, yaşanan tecrübeleri de dikkate almak suretiyle iptal edilen kuralı getirmiştir. Kuralla öngörülen asgari onaltı yıllık cezanın ölçüsüz olduğunu söylemek, söz konusu suçla mücadelede hangi miktarda cezanın ölçülü olacağı konusuna müdahale etmek anlamına gelir. Bu konuda karar verme yetkisi, Anayasa’ya aykırı davranmamak kaydıyla, ceza siyaseti dahil izlenen tüm politikalardan dolayı halka hesap verme konumunda olan kanun koyucuya aittir. İptal edilen kuralda, kanun koyucuya ait takdir yetkisinin aşıldığı ve izlenen amaçla orantılı olmayan bir cezanın öngörüldüğü söylenemez.” denilmiştir.

⁵⁹¹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.05.2016 T., 2015/ 108 E., 2016/ 46 K. sayılı kararı, RG. / 29769.

⁵⁹² İlgili iptal kararında Anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesinin önüne getiren Yerel Mahkemenin baktığı davanın TCK m. 103/1-a’nın ilk kısmı ile ilgili olması nedeniyle, (a) bendinin ikinci kısmı iptale konu edilmemiştir (Bkz. Şen Ersan, “Son İptal Kararına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2043363-son-iptal-kararina-gore-cocugun-cinsel-istismari>, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

İptal kararına katılmayan muhalefet görüşüne göre ise, Anayasa Mahkemesi'nin belirlenen bir suç ve ceza, suçun tanımı, cezanın ağırlığı, ağırlaştırıcı ve haifletici sebepler, cezayı ortadan kaldıran haller ve etkin pişmanlık gibi durumlarda yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin takdir yetkisine karışması doğru olmamıştır. Toplumsal ihtiyaç, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması, kamu düzeni için gerekli olan durumlarda suç tanımı yapıp ceza ağırlığı belirleyen yasama organına, bu yasal tercihleri nedeniyle yargı organının müdahale etmesi ve yasama organının takdir yetkisini kısıtlamaması gerekmektedir. Elbette, yasama organı da, aynı biçimde yargı yetkisine karışmamalıdır⁵⁹³.

TCK m. 103 ile ilgili temel sorunun, 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra başladığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına ilişkin cezaların (6545 sayılı kanun m. 59) ve infaz koşullarının da (6545 sayılı kanun m. 82) ağırlaştırılması ile ister istemez somut olayların özelliklerini dikkate almayan dava ve hükümler açısından olaya, adalete ve vicdana uygun düşmeyen mahkumiyetler ortaya çıkmıştır. Yine, TCK m. 61 ve 62 uyarınca her somut olay için yapılacak cezanın bireyselleştirilmesinin önüne geçen yasal düzenlemelerin de doğru olmayacağı

⁵⁹³ Şen, Yorumluyorum, s. 176; Şen Ersan, “Son İptal Kararına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2043363-son-iptal-kararina-gorecocuguncinsel-istismari>, Erişim Tarihi: 10.10.2016. Anayasa Mahkemesi'nin TCK'nın 103. maddesi ile ilgili verdiği kararların, “*kuvvetler ayrılığı*” ilkesini ihlal ettiği ve yargı organının yasama yetkisine müdahalesini içerdiğinden bahisle yapılan eleştiriler hakkında ayrıca bkz. Şen Ersan, “Cinsel İstismar Suçunda Yeni Öneri”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016, s. 141. Şen, iptal edilen hükmün hukuk devleti ilkesinin üç esası olan öngörülebilirlik, erişilebilirlik ve belirlilik kavramlarına uygun olduğunu ve öngörülebilir açıklığa, Resmi Gazete’de ilan edilen bir kanun hükmü olması nedeniyle erişilebilirliğe ve kanunilik ilkesinin emrettiği netliğe sahip olduğunu belirtmektedir. Bu nedenlerle bu görüşe göre Anayasa Mahkemesi yerindelik denetimi yapamamalıdır (Ayrıca Bkz. Şen Ersan, “Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 103/2’yi İptali”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1703716-anayasa-mahkemesinin-tck-m1032yi-iptali>, Erişim Tarihi: 10.10.2016). Kocaoğlu ise bu görüşe katılmadığını ve ölçülülük ilkesinin varlığı ve işlerliğinin bir devletin “*hukuk devleti*” ya da “*kanun devleti*” olup olmadığına dair en önemli kıstas olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu ve daha pek çok kararında da vurguladığı üzere “*ölçülülük*”, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerinin üzerinde yükselmekte olan bir kavramdır. Kocaoğlu’na göre de, TCK m. 103/2’nin varlığını “*elverişlilik*” ya da “*gereklilik*” bakımından tartışmaya lüzüm yoktur. Ancak, yazara göre 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi ve sonrasında TCK m. 103/2’de eksik olan kritik husus “*orantılılık*” tır. Bu oranın nasıl düzenleneceğinin göstergesi ise, bilimsel metodlar ve karşılaştırmalı hukuk olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi ilgili kararının gerekçesinde orantılılık hususunu üç kere geçirmiş ve suç ile ceza arasındaki orantısızlık da çok yetersiz bir şekilde sadece bir cümle ile belirlenmiştir. Ancak, bu eleştirisine rağmen Kocaoğlu, Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa ile uyumlu bir biçimde hukuki denetim sınırları içerisinde kalarak 6545 sayılı Kanun değişikliği sonrasında kanun koyucunun TCK m. 103/2 anlamında “*ifrat düzeyinde bir ölçüsüzlükle*” kullandığı cezalandırma yetkisinin önüne geçmiş olduğunu belirtmektedir (Kocaoğlu, s. 315).

vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, oyçokluğu⁵⁹⁴ ile verdiği ilgili kararında bu hususiyete öncelik vermiş ve TCK m. 103'ün ilgili hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, mağdur çocuğun ve failin yaş kademelerini dikkate almayan, somut olayın özelliklerini gözetmeyen, yargı yetkisine de müdahale içeren ve davayı gören mahkemenin TCK m. 61 uyarınca cezanın bireyselleştirilmesinin önüne geçen hükümleri Anayasaya aykırı bulmuştur⁵⁹⁵.

Yukarıda ayrıntıları ile bahsettiğimiz ve itiraz yoluna kapalı Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararları ile birlikte, yasa koyucunun TCK m. 103 ile ilgili ortaya yeni bir hüküm koyması gerekliliği ortaya çıkmış bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce yeni hükümde, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesini dikkatli okumak, cinsel dokunulmazlığın korunması hakkında sistemi bozacak ve geriye dönüşe yol açacak düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir. Örneğin, 765 sayılı TCK'da yer alan ve daha önce de değindiğimiz 423/2 ile 434. maddelerinde düzenlenmiş olan evlenmekle dava ve cezanın erteleneceğine ilişkin hükme tekrar dönülmesi söz konusu olmamalıdır. Aksi bir durum, cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının failleri ile mağdurları (bu kişilerin ailelerinin de devreye girmesiyle birlikte) arasında maddi

⁵⁹⁴ Bu anlamda Anayasa Mahkemesi üyelerinden Osman Alifeyyaz Paksüt'ün, iptal kararının hakkaniyete uygun bir çözüm getirmeyeceğini belirterek yazdığı karşıoy gerekçesindeki şu görüşlerin de dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. “...iptal kararı, on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenebilecek cinsel istismar suçlarının sekiz yıldan on beş yıla kadar hapisle cezalandırılmasını öngören kuralın failin yaşı yönünden değil, mağdurun yaşı yönünden (on beş yaşını tamamlamamış) iptaline ilişkindir. Ancak iptal gerekçelerinde bazı çelişkiler bulunduğu da işaret etmek kaçınılmazdır. Nitekim muhterem çoğunluğun gerekçesinde cinsel istismar suçuna verilecek cezaların gerek faillerin gerek mağdurların yaşı yönünden bir farklılaştırmaya tabi tutulması görüşü benimsenmiş ise de salt iptal kararı, yaşı küçük olan faillere yönelik genel ve hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmesini sağlamadığı gibi, örneğin 12-13 yaşındaki çocuğa yönelik olarak 40-50 yaşlarındaki failin işleyebileceği bir cinsel istismar suçuna da sekiz yıl hapsi çok görmek suretiyle, toplumda infial yaratacak sonuçların önünü açmaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptalden muradının bu olmadığına şüphe duymamaktayım. Ancak yasa koyucu yeni bir düzenleme yapmadığı takdirde ortaya çıkacak sonuç budur. Nitekim bu tür sakıncaların önlenmesi düşüncesiyle, iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. **Hukuk sistemimizde cinsel suç ve cezalardaki adaletsizliklerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki madde, fıkra ve bentler üzerinde münferir değişikliklerle, tepkisel yasalarla düzeltilemeyeceği, konunun çözümü için tüm toplum kesimlerinin desteğini sağlayacak, kapsamlı, dengeli ve ölçülü bir yasama faaliyetinin gerekli olduğu, iptale konu kuralın salt suçun temel haline ilişkin olması nedeniyle soyut kural vasfıyla Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık içermediği, dolayısıyla iptali gerekmediği, yasa koyucunun suçun temel halini düzenleme yetkisi içerisinde kaldığı, somut ve özel durumlara ilişkin yeni kurallar konulması gerekmektedir birlikte bu hususun iptal hükmü ile sağlanamayacağı düşüncesiyle, muhterem çoğunluğa katılmamaktayım.**”

⁵⁹⁵ Şen, Yorumluyorum, ss. 176-177; Şen Ersan, “Son İptal Kararına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2043363-son-iptal-kararina-gorecocuguncinsel-istismari>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

karşılığa dayalı evliliklerin yapılması, bu halin pazarlığa çevrilmesi ve de cezadan kurtulma yolu olarak kullanılmasının ve daha pek çok mağduriyetin önünü açacaktır⁵⁹⁶.

Doktrinde bir görüşe göre de yasa koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının gereklerini yerine getirirken kademeli bir cezalandırma öngörmeli, cezanın bireyselleştirilmesini engelleyen kurallar koymamalı, ancak cinsel istismar suçunun cezalarını da azaltmamalı, yalnızca cezanın alt ve üst sınırlarında belirleme yapmakla yetinmelidir. Evlenme durumunda da soruşturma, dava ya da cezanın ertelenmesine dair herhangi bir kurtuluş yolu getirmemelidir⁵⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yürürlüğe girmesi için öngörülen sürenin dolmasına az bir süre kala bazı milletvekilleri tarafından ve yukarıda sözü edilen evlenmenin ceza ilişkisini ortadan kaldırmasına ilişkin düzenlemenin yeniden TCK'ya alınması gündeme getirilmiş idi⁵⁹⁸. Buna gerekçe olarak da Anayasa Mahkemesinin kararına paralel olarak eşi hapse giren küçük yaştaki kız çocuklarının mağduriyeti gösterilmiştir. Böyle bir düzenlemenin yasalaşmasının doğuracağı sakıncalar aşıkardır. Küçük yaşta evliliğe zorlanan kız çocuklarının ve onların

⁵⁹⁶ Şen'in de isabetle belirttiği üzere, çocukla evlenmenin şartları Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu konunun tartışılma yeri Ceza Hukuku olmamalıdır. Bir evlenmenin ve buna bağlı cinsel birlikteliğin meşruiyeti, o münasebetin baştan hukuka uygun kurulmasına bağlı olacaktır. Cinsel ilişkinin başlangıcı cinsel istismar ya da cinsel saldırı biçiminde gerçekleşmişse, bu eylemin cezasından kurtulmak amacıyla evlenme kullanılmamalıdır. Ceza hukuku, hukuka aykırılıkların bir biçimde meşrulaştırılacağı ya da suç işleyen cezadan kaçmasına fırsat sağlayacak vasıtalara izin vermemeli yani araçsallaştırılmamalıdır. Şen, mağdur çocukların yaşına göre bir ceza kademelendirmesi yapıldığında ve cezanın alt ile üst sınırları arasında belirlemenin her somut olay için mahkemeye bırakılması durumunda ceza adaletsizliğinin doğmayacağını belirtmektedir (Şen, Yeni Öneri, ss. 142-143).

⁵⁹⁷ 01.06.2005 tarihi itibarıyla cinsel dokunulmazlığın korunması hususunda TCK'nın benimsemiş olduğu ve 28.06.2014 tarihinde daha da güçlendirdiği sert suç ve ceza politikasının terk edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Evliliğin, soruşturma, dava ya da cezanın ertelenmesi için gerekçe sayılması isabetli olmayacaktır. Evliliğin cezadan kurtuluş yolu olarak görülmesi, istenmeyen sonuçlara yol açabileceği gibi, cinsel istismar suçu için öngörülen cezalarının caydırıcılığına darbe vuracak ve büyük bir sorun haline almış olan çocuk evliliklerinde daha da büyük artışlar yaşanmasına neden olabilecektir (Bkz. Şen, Yeni Öneri, s. 143).

⁵⁹⁸ Önerilen düzenlemenin tam metni şu şekilde idi: *"Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Görüşülmekte olan Kanun Tasarısının Geçici 1. maddesine aşağıdaki fıkranın eklenmesini arz ve teklif ederiz. "(2) Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçundan, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazının ortadan kaldırılmasına karar verilir."*

çocuklarının mağduriyeti ceza hukuku ile değil devletin sosyal yardım mekanizmalarıyla giderilmelidir. Bu anlamda ilgili düzenlemenin komisyona geri çekilmesi son derece sevindiricidir. Böyle bir tartışmanın bir daha gündeme gelmemesini temenni etmekteyiz.

Öte yandan yasama organı bir hukuk boşluğu doğmasını engellemek için 24.11.2016 T. ve 6763 sayılı Kanunun 13. maddesi ile TCK m. 103'ü yeniden düzenlemiştir. Bu düzenlemenin getirdiği tek fark madde 103'teki üç eylem bakımından da (basit, hafif ve nitelikli cinsel istismar) mağdurun 12 yaşını doldurmamış olmasını nitelikli hal olarak tanımlamış olmasıdır⁵⁹⁹.

Kanun koyucunun TCK m. 103 bakımından yeni düzenlemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi'nin özellikle kademeli bir cezalandırma öngörülmesine ilişkin iptal gerekçelerini nispeten sınırlı da olsa dikkate aldığı söylenebilir. Öte yandan TCK'daki cezalar aynı ağırlığı muhafaza etmektedir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi kararlarının ceza miktarları üzerinde etkili olmadığını söylemek gerekir.

Kanun koyucunun 12 yaşını doldurmamış çocuklara karşı işlenen cinsel istismar fiillerinin daha ağır cezalandırılmasını öngörmesi bizce isabetlidir. Zira bu çocuklar daha korunmasız olduklarından suçun işlenmesi daha kolaydır. Yine de istismar fiillerinin çocuğun ruhunda açacağı yara bakımından 12 yaşın altındaki ve üstündeki çocuklar arasında önemli bir fark olmadığını düşünmekteyiz. Düzenlemeye ilişkin çekincemiz 12 yaşını doldurmuş çocuklar bakımından alt sınırdan ceza verilmesinin müstekar bir uygulama haline gelmesidir.

7. Cinsel İstismar Suçunun İhmali Hareketle İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu

Çocukların cinsel istismarı suçu, kural olarak icrai bir şekilde işlenebilen bir suç olmakla birlikte, doktrinde bir görüşe göre bir çocuğun ırzına geçilirken, bunu önleme ile yükümlü olan kişilerin bilerek ve isteyerek müdahale etmemeleri durumunda suç ihmali surette gerçekleşmiş olarak kabul edilmelidir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından suçun basit ve hafif hali bakımından getirilen düzenlemeye göre, *mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.*

Çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli hali bakımından *mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı* düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁰⁰ Kanbur, İhmal Suretiyle İcra Suçları, s. 66. Mevcut ceza hukuku sistemimizde kanunilik ilkesine uygun bir suç ve ceza tanımı olmadan kimsenin suçlanıp cezalandırılması mümkün

Kanaatimizce bu gibi durumlarda kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından ilgili suç ihmali surette işlenemeyecektir. Ancak neticeyi önlemekle yükümlü olan kişilerin, ırza geçilme neticesinin ortaya çıkmasına bilerek ve isteyerek engel olmamaları durumunda iştirak iradeleri ve iştirak kurumunun diğer şartlarının da varlığı söz konusu ise cinsel istismar suçuna iştiraktan sorumlu tutulacaklarını ifade etmek gerekmektedir⁶⁰¹.

olamayacağından, doktrinde TCK m. 94/5'e benzer (TCK m. 94/5'te işkence suçunun ihmali bir davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle herhangi bir indirim yapılmayacağı hususu yer almaktadır) bir düzenlemenin TCK m. 103'e eklenmesinin şart olduğu belirtilmektedir. Şen'e göre, çocuğun korunmasının önemi ve ilgili hukuki yararın ağırlığı, cinsel dokunulmazlıkla ilgili olması, bu anlamda cinsel istismar suçunun ihmali davranışla işlenmesinin yaptırma bağlanmasını haklı kılacaktır. Aksi halde, bu suça dair suç ve ceza tanımı kanunla yapılmadıkça, cinsel istismar suçunu fail sıfatıyla işlemeyen ya da ilgili suça anlaşma ve işbirliği ile iştirak etmeyen kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Şen, bu düzenlemeyi önerirken amaçlarının ceza hukukunun reddettiği ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkelerinin özünü bozmak, yani objektif/ kusursuz ya da toplu sorumluluğa kapı açmak olmadığını belirtmektedir. Temel amaçlarının çocuğun üst seviyede korunması gereken cinsel dokunulmazlığının ihlalini önlenmesi gerektiği halde önlemediği gibi bu suçun işlenmesine göz yuman ve bir anlamda suçun işlenmesini cesaretlendiren kişilerin cezalandırılması olduğu vurgulanmaktadır. Bu bağlamda koruma ve gözetim yükümlülüğünü kasten ihmal etmek suretiyle çocuğu mağdur eden ya da çocuğun mağdur olmasına neden olan herkes cezalandırılmalıdır. Suça iştirak eden kişi hakkında zaten TCK m. 103 uygulanacaktır, ancak suça iştirak etmeyip de TCK m. 94/5'te olduğu gibi ihmali davranışla suçun işlenmesine göz yuman kişinin ceza sorumluluğu TCK m. 103'ün mevcut hükümleri karşısında gündeme gelemeyecek ve yasal boşluktan dolayı da ceza sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu görüşe göre bu durumun önlenmesi gerekmektedir. Şen, TCK m. 103'e son fıkra olarak; "*Suçun, 3. fıkranın c, d ve e bentlerinde sayılan kişilerden birisinin ihmali davranışı ile işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*" ya da "*3. fıkranın c, d, ve e bentlerinde sayılan kişilerden birisinin ihmali davranışı ile suçun işlenmesi halinde, maddede gösterilen cezaların yarısı uygulanır.*" cümlelerinden birisinin eklenmesini önermektedir. Şen, burada kişinin, yükümlü olduğu görev ve yetkileri kullanmayarak, bir anlamda işe karışmak istemeyerek, korkarak, başının derde gireceğini düşünerek, çocuğun anlattıklarına itibar etmeyerek, onu dikkate almayarak ya da olayın duyulup basına ve kamuoyuna yansımalarından, dolayısıyla kendisinin ve temsil ettiği kurum ya da kuruluşun yıpranacağını düşünerek, cinsel istismar suçunun işlenmesine göz yumabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle bu alanda cezai sorumluluğu mutlak şekilde gündeme getirecek ve hukuki boşluk bırakmayacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu vurgulanmaktadır. Önerilen ceza sorumluluğu miktarının ihmal için ağır olduğu düşünülüyorsa, bu görüşe göre, temel suça göre azaltılmış cezanın tespitinin mümkün olduğu da söylenmektedir. Örneğin aynı görüşe göre; cinsel istismar suçunun işlenmesine göz yuman kişiye, temel cezaya göre yarı oranında ceza tatbiki ile yetinilebilecektir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen Ersan, "Cinsel İstismarın İhmali Davranışla İşlenmesi", **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016, ss. 148-151).

⁶⁰¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 356.

D. Suça Etki Eden Haller

1. Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçu⁶⁰² bakımından öngörülen nitelikli haller⁶⁰³ 103. maddede şu şekilde düzenlenmiştir⁶⁰⁴: “**Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.**” (TCK m.103/3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.) - (Değişik: 18/6/2014 – 6545/59 md.)

Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle **ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah** kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (TCK m.103/4). (Değişik: 18/6/2014 – 6545/59 md.)⁶⁰⁵.

⁶⁰² TCK m. 103/2’de öngörülen suçu aynen TCK m. 102/2 gibi niteliği itibarıyla ayrı bir suç olarak nitelendirdiğimiz için sınıflandırma olarak bu suç tipini bu alt bölümün içeriğine dahil etmemiş bulunmaktayız. Burada yalnızca 103. maddede öngörülen cezayı ağırlaştırıcı nedenleri inceleyeceğiz.

⁶⁰³ TCK m. 103/3’te öngörülen nitelikli haller seçimlik olduğundan, aynı olayda birden fazlası gerçekleşse bile, tek bir artırım yapılacaktır. Buradaki artırım terditli (kademeli) olarak da düzenlenmemiş olduğundan, birden fazla nitelikli hal söz konusu olsa bile, artırım her durumda yarı oranında olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 393). Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (03.10.2006 tarihli 5-193/23 sayılı; 20.11.2007 tarihli ve 6-250/239 sayılı) kararlarında da vurgulandığı üzere, her ne kadar TCK’nın 102/1 maddesinde düzenlenmiş olan suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa da, TCK’nın 102/3 maddesindeki suçun nitelikli hallerini meydana getiren eylemlerin soruşturma ve kovuşturması re’sen yapılacaktır (Kocaoğlu, s. 346).

⁶⁰⁴ Söz konusu nitelikli haller seçimlik olduklarından, aynı olayda birden fazlası gerçekleşse bile, tek bir artırım nitelikli hal söz konusu olsa da, artırımın her halde yarı oranında olacağı da ayrıca belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 393).

⁶⁰⁵ Suçun ileride ele alacağımız neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerini ise şu şekilde sıralamak mümkündür: - “Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” (TCK m. 103/5).

- “Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” (TCK m.103/6). (Değişik: 18/6/2014 – 6545/59 md.). Bu fıkra ilgili değişiklikten önce madde metninde yedinci fıkra olarak aynen bulunmaktaydı. Maddenin altıncı

Yukarıda da ifade edildiği üzere mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması da bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kamuoyunda bu düzenlemenin 12 yaşından büyük çocukların rızasının istismar fiilini suç olmaktan çıkaracağına ilişkin yanlış bir kanı oluşmuştur. Düzenleme bir nitelikli hal ihdas etmektedir. Hakimin mağdurun rızasını araştırması gerekli ve mümkün olmadığı gibi özellikle 12-15 yaş grubundaki çocuklar bakımından böyle bir rıza geçerli de olmayacaktır. 15-18 yaş arasındaki çocuklar bakımından ise rızanın varlığı durumunda TCK m. 104'ün uygulanması gündeme gelecektir.

2. Mağdurun 12 Yaşını Tamamlamamış Olması

TCK m. 103'te çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık, cinsel davranış, vücuda organ yahut sair cisim sokma yoluyla işlenebileceği ifade edilmişti. Mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması⁶⁰⁶ sayılan bu üç hal bakımından da müşterek bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda düzenlemenin kanuna girişi ve bu konudaki eleştirilerimiz ifade edilmişti⁶⁰⁷.

fıkrası son değişiklikle kaldırılmış olduğundan kaldırılan fıkra yerine onun numarası takip edilerek getirilmiştir.

- Madde metninde daha önce altıncı fıkra olarak yer alan “*Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur*” hükmü 6545 sayılı Kanun değişikliği ile kaldırılmış bulunmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 360). Madde metninden kaldırılmış olan altıncı fıkra hükmü hakkında değişiklik gerekçesi ve bu konudaki değerlendirmeler için TCK m.102'de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçundaki açıklamalarımıza bakılmalıdır.

⁶⁰⁶ İlgili düzenleme TCK'ya 6763 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile girmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin hem 12.11.2015 tarihli ve 2015/ 26 E., 2015/ 100 K. sayılı kararı, hem de 26.05.2016 tarihli ve 2015/ 108 E., 2016/ 46 K., sayılı kararında TCK m. 103'te farklı yaş gruplarındaki çocuklar için cezada bir basamaklandırma yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir. Kanun koyucu da bu duruma uygun olarak TCK m. 103'teki seçimlik hareketlerin her birisi için mağdurun yaşını dikkate almış bulunmaktadır. Son duruma göre; mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacaktır. Cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde, mağdur on iki yaşını tamamlamamış ise verilecek ceza on sekiz yıldan az olamayacaktır.

⁶⁰⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, düzenleme yürürlüğe girmeden önce, mağdurun yaşına ilişkin olarak yapılacak bu basamaklandırmanın on iki – on beş yaş arasındaki çocukların rızasının hukuken geçerli olması sonucunu doğuracağına söylenmekte olduğunu ve düzenlemenin bu nedenle eleştirildiğini ifade etmişlerdir. Son haliyle görüldüğü üzere düzenlemede mağdurun rızasına yer verilmemiştir. Bu da demek oluyor ki, on iki – on beş yaş grubundaki çocukların rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Burada dikkat edilmesi gerekenin, mağdurun on iki yaşından büyük olduğu hallerde otomatik olarak alt sınırdan ceza verme eğiliminin gelişmemesi olduğu da ayrıca ifade edilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364).

Eğer çocuklara yönelik cinsel istismar suçlarında erkek ve kız mağdurlar on dört yaşın altındaysa, Alman ceza kanununun 176. maddesi ile 176b maddesi arasındaki tüm cezalar, cinsiyetlerinden bağımsız olarak cezai ehliyet sahibi tüm suçluları kapsar. Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 8b fıkrası

3. TCK m.103/3-(a) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: *Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi*

Cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de⁶⁰⁸ TCK m. 103/3 kapsamında nitelikli hallerden biri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁰⁹. Bu noktada faillerin en az iki kişi⁶¹⁰ olması gerektiğini

uyarınca ceza ehliyeti yurtdışı suçlarını da kapsamaktadır. Bu hüküm, yabancı çocukları, Alman vatandaşlığına sahip sözde “seks turistlerinden” korumaktadır. Ceza kanununun 176. maddesi ile 176b maddesi arası hükümler uyarınca her kim suçun işlendiği zamanda Alman vatandaşı olup da suçu yurtdışında işlerse cezalandırılır, suç mahallinde hangi kanunların geçerli olduğu bu bağlamda önemli değildir (Schönke/Schröder, § Rdn. 14; Fischer, Strafgesetzbuch, § 5 Rdn. 8; Laubenthal, 2012, s. 174). Buradaki standartlar, cinsel eylemler nedeniyle tüm gelişimin kısıtlanmasını önlemek amaçlı düzenlenmiştir. Söz konusu cinsel eylemlerde, daha yaşlı ve hayat deneyimli kişiler çocukları cinsel karar verme ehliyetleri henüz gelişmediği için kullanırlar. Böylelikle 14 yaşın altındaki küçükler için bir koruma alanı garanti edilir. Bu alan içerisinde kendi cinsel karar verme ehliyetlerini, çocuk gelişiminin içinde bulunmayan, ancak suçlunun cinsel amaçlarına dayanan cinsel deneyimler olmaksızın geliştirebilirler. Sadece suç dolayısıyla oluşan sonuçlar açısından değil, aksine ilk etapta suçlunun çocuğun korunan hukuksal alanına müdahale etmesi ve böylelikle çocuğun cinsel hür iradesine karşı müdahale etmiş olması hususunda bkz. Tatjana Hörnle, “Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft”, Henning Ernst Müller/Günther M. Sander/ Helena Válková (Hrsg.), **Festschrift für Eisenberg**, München 2009, ss. 333 vd.. Kanun koyucu çocuklara yönelik cinsel istismar suçlarını “soyut tehlike suçları” olarak düzenlemiş görünmektedir (Fischer, Strafgesetzbuch, § 176 Rdn. 2; Kett-Straub, s. 261; Frühsorger, ss. 23-24; Hermann-Kolb, ss. 104-105; Gössel, s. 160; Laubenthal, 2012, s. 175).

⁶⁰⁸ Alman Ceza Kanunu’nun 176a/2-2 maddesi, birden fazla kişinin ceza kanununun 176. maddesinin 1 veya 2. fıkrası uyarınca ortaklaşa olarak çocuklara yönelik cinsel istismar suçunu işlemesini ele alır. Bu düzenlemenin dayanağı ise, birkaç kişi tarafından işlenen cinsel istismarlarda “mağdur için artan tehliktir”. Zira mağdur kendini savunma açısından kısıtlanmıştır ve özellikle sorunsuz cinsel gelişimi oldukça zedelenmiştir. Suçluların yaşının burada bir önemi bulunmaz (Laubenthal, 2012, s. 205).

⁶⁰⁹ Suçu birlikte işleyen bu kişilerin her birinin cinsel istismar niteliğindeki eylemi ayrı ayrı işlemelerinin gerekmediği belirtilmektedir. Bir fail, mağdur üzerinde cebir, tehdit ya da hilede bulunup, diğer fail, cinsel istismar niteliğindeki eylemi gerçekleştirdiğinde de suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olacağı vurgulanmaktadır. “Her iki sanığın mağdureyi gece sayılan zamanda arabayla تنها bir sokakta bulunan inşaatın önüne getirip durduktan sonra, diğer sanığın aracın arka koltuğuna geçerek mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sırada ön koltukta oturup gözcülük yapan ve eylem süresince yanlarında bulunmak suretiyle suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kuran sanık Yakup’un TCK’nın 37. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması ve bunun sonucu olarak da suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinden dolayı her iki sanık hakkında aynı Kanun’un 103/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Y. 5. CD., 01.02.2010 T., 13569/ 487) (Karar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 47, dn. 60).

⁶¹⁰ Cinsel istismar suçu birden fazla kişi tarafından birlikte ve doğrudan doğruya işlendiğinde, her şeyden önce mağdurun suça karşı direncinde bir azalma meydana getirecektir. Bunun yanında, birlikte hareket eden failler birbirlerinin suç işleme kararını destekleyerek, suçun tamamlanmasını sağlayabileceklerdir. Bu sebeple, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi ilgili suç tipinde nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Maade metninde bulunan “birlikte işlenmesi” deyiminin bir neticesi olarak; suçu TCK’nın 37/1 maddesi kapsamında doğrudan doğruya birlikte icra eden kişi sayısının en az iki olması gerekmektedir. Bu anlamda, faili suça azmettiren ya da TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden kişilerin varlığının, suçun bu madde metninde

vurgulamak gerekmektedir⁶¹¹. İlgili düzenlemeye göre cinsel istismar suçu birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse TCK m. 103/1 ve TCK m. 103/2'ye göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 103/3-a).

Birden fazla kişi tarafından cinsel istismarın gerçekleştirilmesi açısından bu kişilerin aynı cinsel davranışın çeşitli kısımlarını yalnız ya da birlikte işlemeleri gerekli ve yeterli olacaktır⁶¹². Doktrinde, “*faillerden birinin mağdura vajinal yoldan, diğerinin anal yoldan saldırması, birinin saldırırken diğerinin cebir uygulayarak hareket etmesini engellemesi, mağduru tehdit etmesi, mağdurun üzerinden kapıyı kilitlemesi, mağdurun hemen yanında gözcülük yapması halleri*” **suçun birlikte işlenmesi** şeklinde değerlendirilmiştir⁶¹³. Bu noktada mağdurların aynı ya da farklı kişiler olmasının önemsiz olduğunu da belirtmek gerekmektedir⁶¹⁴. Önemli olan

düzenlenen birden fazla kişi tarafından işlendiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir. “*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 nednele sanık Hasan’ın eyleminde TCK’nın 37/1 maddesi kapsamında kaldığı, bu şekilde eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmiş olması nazara alınarak TCK m. 103/3 maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 26.01.2010 T., 2009/ 12430, 2010/ 408) (Karar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, ss. 47-48, dn. 60). Tezcan/Erdem/Önok, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen suçta bu nitelikli halin, varsa, bunu bilen azmettiren ve yardım edenler açısından da uygulanacağını ifade etmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 379).

⁶¹¹ Soyaslan, s. 253; Gerçekler, s. 2087. “*Sanık H. Ve sanık M.E. ’in ayrı ayrı mağdurlara karşı cinsel istismar eyleminde bulundukları ve sanıkların aynı mağdura yönelik birlikte eylem gerçekleştirmedikleri anlaşıldığından, TCK’nın 103/3. maddesindeki eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeyerek sanıkların cezalarının anılan madde ile artırılması, Kanun’a aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 24.04.2014 T., 2012/ 6929, 2014/ 5566) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2016).

⁶¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 360.

⁶¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3413. Kocaoğlu burada, cinsel istismar suçunda mağdurun üzerinden kapının kilitlemesi, mağdurun hemen yanında gözcülük yapılması örneklerinin TCK m. 103/3-a kapsamına girmeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için yalnızca cinsel istismar suçunun unsurlarının birlikte işlenmesi zorunludur. Yani, fiil işlenirken tümü asli fail konumunda ve fiil üzerinde hakimiyet sahibi olmalıdır. Demek oluyor ki, faillerden birisi yardım eden ise bu ağırlaştırıcı neden uygulanamayacaktır. Kocaoğlu’na göre, kapıyı kilitlemek, gözcülük yapmak eylemleri fiile asli fail olarak egemen olmak değil, yardımcı olmaktır (Kocaoğlu, ss. 347-348; aynı yönde bkz. Soyaslan, s. 253). “*Sanık Yasin’in diğer sanık Mert’in gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemine TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden sanıklar hakkında tayin olunan cezaların TCK’nın 103/3 maddesi ile artırılması, kanuna aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 05.05.2014 T., 2013/ 9830, 2014/ 5979) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.09.2016).

⁶¹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 360. Aynı yönde olmak üzere Aydın, birden fazla failin, aynı yerde birden fazla mağdurdan her birine bir fail yönelecek şekilde suçu işlediği hallerde de, faillerin suçu işlemesinin kolaylığı, mağdurlar üzerinde bırakacakları etki ve birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirmeleri söz konusu olacağından, suçun nitelikli halinin oluşacağını ifade etmektedir (Aydın, Ağustos 2014, s. 48). Tezcan/ Erdem/ Önok ise aksi yönde olarak, ilgili nitelikli halin uygulanması bakımından mağdurların sayısının önem taşımadığını, ancak mağdur sayısı

birden fazla kişinin bulunmasının suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir unsur olma özelliği taşımasıdır⁶¹⁵.

4. TCK m.103/3-(b) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: Suçun *İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi*

Bahse konu nitelikli hal fıkranın önceki halinde bulunmamakta idi. Söz konusu hüküm 6545 sayılı kanun değişikliği ile üçüncü fıkraya ayrı bir bent olarak eklenmiştir. Aynı içerikte nitelikli hal TCK m. 102’de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu açısından ilgili maddenin üçüncü fıkrasına (e) bendi olarak yine 6545 sayılı kanun değişikliği ile eklenmiş bulunmaktadır⁶¹⁶.

Çocukların cinsel istismarı suçunun, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanarak işlenmesi durumunda TCK m. 103/1 ve TCK m. 103/2’ye göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 103/3-b). Madde gerekçesinde, insanların toplu olarak bir arada yaşaması zorunlu olan yerler ise, “*yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane*” şeklinde sıralanmıştır⁶¹⁷.

birden fazla da olsa, birlikte faillerin fiilinin aynı mağdura yönelik olması gerektiğini ifade etmektedir. Fail ve mağdurlar birden fazla olmakla beraber, her biri bir başka kişiye karşı ilgili suçu işlemişse, bu nitelikli halin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle, mağdurlar ve failler birden fazla ve her biri bir mağdura yönelik olarak cinsel saldırıda bulunmuş ise bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Buna karşılık, birden fazla fail aynı yerde ve zamanda fiili birden fazla mağdura yönelik olarak işlemişlerse, bu halde her biri diğerinin işlediği suçun birlikte faili sayılacağı için cezanın artırılması söz konusu olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 378-379; ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 296).

Yargıtay uygulamasına bakılacak olursa, faillerin aynı zaman ve mekanda, birbirlerini takiben suçun ilgili nitelikli halini işlemeleri halinde, bizzat gerçekleştirdikleri eylemlerle birlikte her bir failin diğerinin eylemine TCK m. 37 çerçevesinde fail olarak katılmış olması kabul edilerek haklarında zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı görülmektedir (Y. 5. CD., 18.01.2010 T., 12517/34) (Bkz. Tuğrul, s. 107). “*Sanık Hakan’ın kendi eyleminden sonra diğer sanık İlhan’la mağdureyi ilişki için zorlaması ve İlhan’ın da organ sokmadan mağdureyle sevişmesi eyleminin TCK’nın 43. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi yasaya aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 04.02.2010 T., 2009/13742, 2010/597) (Karar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 48, dn. 63).

⁶¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 360. TCK m. 102/3-d kapsamında yaptığımız değerlendirmelere, cinsel istismar suçunda ağırlaştırıcı neden olan TCK m. 103/3-a ile aynı unsurlara sahip olduğundan atıf yaparız.

⁶¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 361.

⁶¹⁷ Gerekçe için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 140. Cinsel istismara uğramış olan çocuk mağdurların özel durumu göz önünde bulundurulduğunda ve son yıllarda meydana gelen aile içerisindeki cinsel istismar haricinde kurumlarda örneğin “*okul, yatılı okul, yurt*” (Bkz. Heidrun Bründel, **Sexuelle Gewalt in schulischen Institutionen Hintergrund, Analysen, Prävention**, Frankfurt a.M., 2011; Tilman Jens, **Freiwild, Die Odenwaldschule – Ein Lehrstück**

Bahsi geçen nitelikli halin uygulanmasının altında yatan nedenler, bir yandan bu gibi yerlerde kalanlara karşı suçun işlenmesinin kolaylığı, diğer yandan da, mağdurun özellikle savunmasız halde olabilmesi olarak belirtilmektedir⁶¹⁸. Dikkat edilecek olursa bu bendin uygulanabilmesi için ilk olarak bir arada yaşama zorunluluğu doğuran bir durumun varlığı gereklidir. Bu nedenle, aynı otelde kalmak ya da arkadaşların haftasonunu aynı evde geçirmesi gibi haller bu nitelikli hal kapsamına girmeyecektir. Çünkü verilen bu örneklerde birlikte kalmak bir zorunluluktan değil, kişilerin kendi iradesinden kaynaklanmaktadır ve bu nitelikli halin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu nedenle, yılbaşı kutlaması ya da sanatsal veya sportif bir faaliyet nedeniyle bir meydanda, salonda, stadda bir arada bulunmak gibi hallerde de bu nitelikli hal uygulama alanı bulmayacaktır⁶¹⁹. İkinci olarak ise, bir arada yaşama zorunluluğu bulunan ortamın suçun işlenmesinde bir kolaylık sağlamış olması da aranacaktır⁶²⁰. Bu konuda ayrıca TCK m. 102/3-e bağlamındaki açıklamalarımıza atıf yaparız.

von Opfern und Tätern, Gütersloh 2011; Bastian Obermayer, Rainer Stadler, **Bruder, was hast Du getan? Kloster Ettal, Die Täter, die Opfer, das System**, Köln 2011; Ursula Raue, **Bericht über Fälle sexuellen Missbrauchs an Schulen und anderen Einrichtungen des Jesuitenordens**, Berlin 2010; Christine Bergmann, **Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs**, Berlin 2011, ss. 49-50; Laubenthal, 2012, s. 173), “*dernek gibi ve hatta kiliseyle bağlantılı alanlarda*” gerçekleştirilen (Wunibald Müller, “Sexueller Missbrauch Minderjähriger in der Kirche”, Goertz, St., Ulonska Herbert (Hrsg.): **Sexuelle Gewalt. Fragen an Kirche und Theologie**, Berlin 2010, ss. 53 vd.; Rudolf Schermann, “Der Pädophilie – Skandal”, “Perner Rotraud A. (Hrsg.), **Missbrauch Kirche – Täter – Opfer**”, Münster 2010, s. 19) çocuklara yönelik cinsel istismar suçları, söz konusu olduğunda “*zamanaşımının tamamen kaldırılması gerektiği*”de Alman hukukunda öne sürülmektedir (Klaus Laubenthal, “Strafbarkeit sexuellen Missbrauchs von Kindern und Schutzbefohlenen”, Müller Wunibald, Wijlens Myriam (Hrsg.), **Aus dem Dunkel ans Licht, Münsterschwarzach**, 2011, s. 128; Laubenthal, 2012, s. 173).

⁶¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 373.

⁶¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 374. Koca/Üzülmmez’de aynı görüşü paylaşmakla birlikte, bu nitelikli hal bakımından toplu olarak yaşama zorunluluğunun aranmasının uygun olmadığını düşünmektedirler. Bu görüşe göre, cezanın ağırlaşması açısından suçun “*insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi*” yeterli bir düzenleme olmalıydı (Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 298). Soyaslan’a göre, futbol maçlarında ve kutlama günlerinde insanlar toplu halde ve coşku içindedirler ve bu ortamlardan yararlanarak cinsel istismar suçunun işlenmesi ise ağırlatıcı sebep sayılmıştır (Soyaslan, s. 253). Karşı yönde bkz. Kocaoğlu, s. 348.

⁶²⁰ Bu anlamda, örneğin aynı hastane odasında kalan iki hastadan birinin diğerine karşı bu suçu işlemesini nitelikli hal kapsamına alabilmek mümkünken, bir doktorun diğerine karşı aynı odada cinsel saldırıda bulunmasının nitelikli hale girmeyeceği belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 374).

5. TCK m.103/3-(c) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: *Suçun Belirli Bir Akrabalık İlişkisi İçinde Bulunan Kişilere Karşı veya Bu Kişiler Tarafından İşlenmesi*

5237 sayılı TCK’da “*üçüncü derece dahil kan*” ya da “*kayın hısımlık*” ilişkisi⁶²¹ içerisinde bulunan bir kişiye karşı⁶²² ya da “*üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen*” tarafından suçun işlenmesi⁶²³, hem mağdurun hem de failin şahsını

⁶²¹ Kayın hısımlığı eşlerden biri ile diğer eşin akrabaları arasında söz konusu olan hısımlıktır. Dolayısıyla eşlerden biri ile diğer eşin 3. dereceye kadar kan hısımları arasında işlenecek suçlar bakımından ilgili nitelikli hal uygulanacaktır. Buna karşılık, örneğin eşlerden birinin kardeşi ile diğer eşin kardeşi arasında cinsel saldırı söz konusu olduğunda söz konusu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 296, dn. 67).

⁶²² Bunlar, üçüncü derece dahil üstsoy ve altsoy, amca, hala, teyze, dayı ve bunların çocukları ile aynı derecedeki evlatlık ilişkisi bulunanlar ile, eşin anne babası ve onların anne babaları, kayınbirader, baldız ve bunların çocukları ve de bunlar ile aynı derecedeki evlatlık ilişkisi bulunanlar olarak sayılabilirler (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 73).

⁶²³ Alman Hukukuna baktığımızda velayet hakkına sahip olmayan kişilere de velayetin uygulamasına yönelik- kısmen kesin bir şekilde veya üstü kapalı olarak sorumluluk aktarılabildiğini görmekteyiz (*türetilen himaye ilişkisi*). Birlikte bir çatı altında yaşamak ceza kanununun 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca himaye ilişkisi için yeterli bir kanıt sayılmaz (*örneğin ebeveyn, üvey ebeveyn ve çocuk arasında veya evli olmayan partnerlerde çocuk ile hayat arkadaşın arasında*). Burada birlikte yaşama ile ilgili ilişkilerin açıklanması gerekir, yani bir ilişkinin mevcut olduğu, bu ilişkideki bir kişinin küçüğün hayatına ve fiziksel ve ruhsal gelişimine bakmakla sorumluluk sahibi olduğu ve bununla ilgili yasal hak tanındığını açıklanmalıdır. Örneğin, on üç yaşındaki B isimli şahıs, annesi ve S isimli üvey babası aynı evde oturmaktadırlar. B ve S isimli şahıslar arasında cinsel eylemler gerçekleşmiştir. S isimli şahıs bu nedenle Eyalet Mahkemesi tarafından bir çocuğa karşı işlenen cinsel istismar nedeniyle hapis cezasına çarptırılmıştır; mahkeme himaye altına verilen kişiye karşı cinsel istismar suçu iddiasını ise reddetmiştir. Savcılığın bu karara karşı açmış olduğu temyiz davası ise olumsuz neticelenmiştir. Federal Yargıtay’ın (BGH, NStZ 1989, s. 21) görüşüne göre, çocuğun velayetine sahip anne, üvey baba ve çocuk birlikte yaşamış olsa da, üvey babaya bir şekilde küçüğün yaşamı için üstü kapalı bir şekilde sorumluluk düşer. Ancak bunun için somut unsurlar tespit edilmelidir. “*Söz konusu olaydaki ailevi koşullar Federal Yargıtay tarafından himaye ilişkisine yönelik yeterli bulunmamıştır.*” Üvey kızın, üvey babasına ismiyle hitap etmesi durumu baba rolüne karşı bir unsur teşkil etmektedir. Birlikte oturan aile bireyleri birbirlerine sevecen davranmaları, yani arada bir sarılmaları veya yanaklarına öpücük kondurmaları, himaye ilişkisine yönelik bir kanıt değildir. Davacının, sanığın çocuğa tarım işlerinde bilgi vermesi veya arada bir okul otobüs durağına bırakması gibi sanığın yetiştirme açısından da sorumluluk aldığı iddiası da himaye ilişkisine yönelik bir kanıt değildir denilmiştir (Laubenthal, 2012, ss. 220-221).

Alman Ceza Kanunu’nun 174/1-2 maddesi uyarınca; himaye, hizmet veya iş ilişkisinin mevcut olması yeterli değildir. Daha çok mağdurun yetiştirme, eğitim, bakım, hizmet veya iş ilişkisi açısından suçluya bağımlı olması önem taşır. Bu durumda suçlu açık veya üstü kapalı bir şekilde gücünü ve üstünlüğünü mağduru baskı altında bırakarak razı etmek için araç olarak kullanır (Gössel, s. 88; Laubenthal, 2012, ss. 228-229). Bağımlılık, istismarı aynı zamanda eğer suçlu himayesi altında olan kişiye karşı olan gücünün ve üstünlüğünün farkında olduğunda ve buna bağlı oluşan bağımlılığını cinsel eylemler için kullandığında söz konusu olur. Burada belirleyici kriterler şunlardır: - Cinsel eylemlerin gerçekleşmesinde veya bunlara katlanmasında suçlu-mağdur ilişkisinden doğan bağımlılığın nedeni ve - Cinsel temas ile bağımlılığın arasındaki bağlantının mağdur ve suçlu tarafından biliniyor olması. Örneğin, A isimli şahıs ve karısı, gençlik dairesinin yardımıyla, ücret karşılığında iki tane reşit olmayan kızı evlat edinmiştir. Uzun yıllar boyunca –ayda en az bir kez – A isimli şahıs evlatlık edinilen kızlarla cinsel eylemlerde bulunmuştur. Bu nedenle fail, Eyalet Mahkemesi tarafından, kızların 18 yaşından küçük olduğu dönemlerdeki eylemler için,

ilgilendiren cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (TCK m. 103/3-c)⁶²⁴. Sayılan bu yakın akrabalara karşı ilgili suçun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin sebebi, failin bu ilişkilerinin oluşabilecek olan direnci azaltıp, suçun işlenmesini kolaylaştırması ve toplumda infial uyandırması olarak belirtilmektedir⁶²⁵.

Çocukların cinsel istismarı suçunun üçüncü derece dahil kan⁶²⁶ veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi de cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller arasındadır. Burada bahsi geçen hısımlık ilişkilerinden **kayın hısımlığı**⁶²⁷, bend hükmüne 6545 sayılı kanunla getirilmiş bulunmaktadır⁶²⁸. Bu yeni düzenleme ile bend

Ceza Kanunu'nun 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca himaye altına verilen kişiye karşı cinsel istismar suçunu işlemekten dolayı cezalandırılmıştır. Federal Yargıtay (BGH, NStZ 1991, s. 81) temyiz mahkemesi olarak bu kararı onaylamıştır ve A isimli şahsın davranışı bakımından, cinsel istismarı yetiştirmeye bağlantılı bir muhtaçlık ilişkisi açısından değerlendirmiştir. A isimli şahıs, Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre, evlat edindiği kızlara karşı cinsel suçlarıyla bağlantılı olarak dezavantajlara sebep olmadıysa da ve şiddet uygulamadıysa da, her iki kız çocuk küçük yaşta evine gelmiştir. Kızlar, uzun yıllar için himaye altına alınmıştır. Başka nedenlerden dolayı arada bir A kişisi tarafından dövülmüşlerdir. *“Kızlar suçlunun gücüne ve üstünlüğüne maruz kalmışlardır ve buna uymuşlardır. Cinsel temaslar doğrudan A isimli kişinin yetiştirme işlevi ile bağlantılıdır”,* suçlu, kızları yıkayıp onlara vücut bakımı da yapmış ve kızlar bu esnada A isimli kişinin cinsel içerikli faaliyetlerde bulunma talimatlarını yerine getirmişlerdir. Mahkemeye göre, A isimli şahıs, himaye altına verilen kişilerin elindeki gücünün farkındaydı ve bunu cinsel eylemler için kullanmıştı (Laubenthal, 2012, s. 229)

⁶²⁴ İlgili nitelikli halin uygulanması bakımından, bu kişilerin mağdur üzerinde *“hüküm ve nüfuz sahibi olmaları”* gibi bir zorunluluk aranmadığı belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 372).

⁶²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 313; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3717; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 371; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 296; Kocaoğlu, s. 349.

⁶²⁶ *“Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; sanıkların mağdurenin bebeğinin biyolojik babası olmadıklarına dair raporu, mağdurenin sanıklardan adı geçene attığı mesajlar, sanıkların aşamalarındaki mağdureyle hiçbir şekilde cinsel ilişkiye girmedikleri ve onu alıkoymadıklarına dair savunmaları ile bu savunmaları doğrular nitelikteki tanıkların beyanları gözetildiğinde mağdurenin tutarsız ve çelişkili beyanları dışında sanıkların savunmalarının aksine, atılı suçları işlediklerine dair kesin ve inandırıcı herhangi bir delil bulunmadığı gözetilmelidir. Sanıkların beraatine karar verilmelidir.”* (Y. 14. CD., 26.06.2012 T., 7295/ 7311) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.02.2015).

⁶²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yayımlanmamış 28.05.2013 tarihli kararına göre, *“boşanma kararı vaki olsa bile 3. dereceye kadar kayın hısımlığına kadar ağırlatıcı sebep geçerlidir”*. Buna göre, kişi boşandığı halde 3. derece dahil kayın hısımlığına yönelik işlenen suçta ağırlatıcı neden uygulanacaktır (Mustafa Arslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Eylül 2014, s. 539). Öte yandan, evlilik sona erdikten sonra, diğer eşin madde kapsamındaki kayın hısımlarına karşı işlediği fiiller bakımından bu nitelikli halin artık uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. (Tuğrul, s. 101).

⁶²⁸ *“TCK'nın 103. maddesinin 3. fıkrasında artırım nedeni olarak yalnızca kan hısımlığı öngörülüp kayın hısımlığı artırım nedeni olarak düzenlenmemiştir. Sanık mağdurenin eniştesi ise de; mağdurenin annesi ile birlikte ayrı evde ikamet ettikleri, sanığın mağdureyi koruma ve gözetmekle yükümlü olduğuna dair dosya içinde bir bilginin bulunmadığı, keza ceza miktarını artırım nedenleri ile ilgili yorumların da dar yapılması gerektiğine ilişkin genel ilke de gözetildiğinde, tebliğnamede sanık hakkında TCK'nın 103/3 maddesinin uygulanmasına ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak*

hükmü, cinsel saldırı suçunda yer alan m. 102/3-(c) bendi hükmü ile uyumlu hale getirilmiştir. Burada nitelikli halin uygulanması için belirtilen akrabalık ilişkisinin bulunması yeterli olup, ayrıca aralarında bir nüfuz ilişkisinin bulunması ise aranmamaktadır⁶²⁹. Bu nitelikli halin uygulanması için şüphesiz ki failin böyle bir akrabalık ilişkisi içerisinde olduğunu bilmesi gerekmektedir. Fıkra da belirtilen akrabalık ilişkisinin var olup olmadığı hususu ise Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecek olan bir husustur⁶³⁰.

6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile TCK m. 103/3-(c) bendine, “üvey ana, üvey kardeş” ibareleri de eklenmiş ve cinsel istismar suçunun bu kişiler tarafından

edilmemiştir.” (Y. 14. CD., 20.12.2011 T., 17525/ 5314) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.08.2015).

⁶²⁹ Gündel, s. 73; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 361.

⁶³⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 361. Kanun koyucu, Alman Ceza Kanunu’nun 174. maddesiyle çocukların yanı sıra gençleri de cinsel gelişimlerine müdahale edilmesinden korumayı amaçlamaktadır. Zira bu kişiler özellikle ilgili otorite sahibi kişiler tarafından cinsel istismara uğrama tehlikesi altındadırlar (Laubenthal, 2011, ss. 123-124; Laubenthal, 2012, s. 217; Kindhaeuser, s. 180). Ceza Kanunu’nun 174/1-1 ve 3. fıkralarında sözü geçen himaye altına verilen kişiler, hükmün 1. fıkrası uyarınca bedensel temas içeren cinsel eylemlerden korunmaktadırlar. Buna göre 2. fıkra ise, bedensel temas içermeyen cinsel eylemleri kapsamaktadır. Bu tür eylemlerde suçlu himaye altına verilen veya reşit olmayan kişilerin önünde tahrik olmayı amaçlamalıdır (Laubenthal, 2012, s. 217).

Ceza kanununun 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işlenen suçlar öznel ve nesnel koşullar açısından, yaşlarına ve suçlu tarafından korunmaya muhtaç olma derecesine göre himayesi altına verilen kişileri 3 grup olarak sınıflandırır: 1) Suçluya yetiştirme, eğitim veya bakım amacıyla emanet edilen ve 16 yaşından küçük olan kişiler, 2) Suçluya yetiştirme, eğitim veya bakım amacıyla veya bir iş veya hizmet ilişkisine bağlı olarak emanet edilen ve 18 yaşından küçük olan kişiler, eğer suçlu yetiştirme, eğitim, bakım, iş veya hizmet ilişkisine bağlı muhtaçlığı kötüye kullanırsa, 3) Kendi altsoy öz hısmı veya sıhri altsoy hısmı olan veya eşinin, eşcinsel evlilikteki eşinin (21.01.2015 tarihli kanun değişikliği ile eklenmiştir) veya onunla bunlara benzeyen bir birlik içinde beraber yaşayan bir kişinin altsoy öz hısmı veya sıhri altsoy hısmı olan ve onsekiz yaşını tamamlamamış olan kişi (Yenisey/Plagemann, s. 267; ayrıca bkz. Laubenthal, 2012, s. 218).

16 yaşın altında olan tüm erkek veya kızlar mağdur olarak tanımlanır. Bunlar suçluyla belirli bir ilişki içerisinde olmalı, suçluya yetiştirme, eğitim veya bakım açısından emanet edilmiş olmalı ve bundan dolayı suçlu için bir yükümlülük doğmuş olmalıdır. Yetiştirme, eğitim veya bakım kavramları kısmen birbirleriyle kesişirler. Bu kavramlar birbirinin üzerinde veya altında olan himaye ilişkilerini tanımlarlar, ilgili ilişkiler koşullara bağlı olarak spesifik görev alanın dışına taşıp genel insani alanı da kapsayabilirler, yani suçlunun genç kişinin kişisel gelişimiyle ilgili sorumluluğu da söz konusu olabilir (Laubenthal, 2012, ss. 218-219). Himaye ilişkisi himaye altına verilen bir kişinin yetiştirilmesi içindir, ilgili kişinin uzun bir süre için reşit olmayan çocuğun hayatına bakmakla ve gözetlemekle yükümlü olduğu ve bununla birlikte ruhsal ve ahlaki gelişiminden sorumlu olduğu durumlarda geçerli olur. Buna özellikle çocuğun veya 16 yaşın altında olan gencin velayet hakkına sahip kişiler dahildir. Eğer yetişkin bir kişi yasal olarak küçüğün yetiştirilmesi ile sorumluydu veya bunun için hak kazandıysa, eşit seviyede bir ilişkiden söz edilemez, aksine burada himaye ilişkisinden bahsedilir. Eğer öz ebeveynler tarafından istismar söz konusuysa veya suçlu evlat edindiği çocuğa karşı istismarda bulunursa, ebeveynler veya evlat edinen ebeveynler Ceza Kanunu’nun 174/1-3 maddesi uyarınca yargılanırlar (Laubenthal, 2012, s. 219; ayrıca bkz. Schönke/Schröder, § 174 Rdn. 6).

işlenmesi hali de yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁶³¹. Getirilen yeni ibarelerin kimleri kapsadığı hususu ise belirsiz kalmıştır. Bu hususta Türk Medeni Kanunu'na bakılması gereklidir denilse de bahse konu kanunda da bu ibareler tanımlanmış ya da düzenlenmiş değildir. Kanunda sadece m. 338'de⁶³² **“üvey çocuklar”** yer almaktadır. Burada söylenebilecek olan, söz konusu üvey çocuk düzenlemesi esas alınarak **“üvey baba, üvey ana, üvey kardeş”**⁶³³ ibarelerinin kimleri kapsadığı yine Medeni Hukuk ilkeleri kapsamında belirlenmelidir⁶³⁴. Bu konuda ayrıca TCK m. 102/3-c altındaki açıklamalarımıza bakılmalıdır.

⁶³¹ “*Rızai olmayan ensest*” konulu, bağımsız bir suç tipine yer vermenin daha doğru bir düzenleme olacağı yönündeki görüş için bkz. Şura Genç, Seçil Coşkun, “Ensest”, **TBBD**, Mayıs – Haziran, Yıl: 26, S. 106, 2013, ss. 257-258.

⁶³² Üvey çocuklar – TMK m. 338 – “*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder*”.

⁶³³ Eğer fail, bilinçli olarak himaye altında olan kişinin de algılayabileceği bir şekilde gücünü veya üstünlüğünü araç olarak kullanır ve amaçladığı cinsel eylemlere ulaşırsa, Alman Ceza Kanunu'nun 174/1-2 maddesi uyarınca cezalandırılması mümkündür (Laubenthal, 2012, s. 230). Örneğin bir olayda, S isimli üvey baba, üvey kızının uysal olduğunu ve genelde talimatlarına uyduğunu biliyordu. Olayda çocukla cinsel ilişkiye girmek için kızı doğrudan kendi yatak odasına iteklemiş ve o gece onun yanında yatacağını söylemiştir. Çocuk, buna karşı çıktığında ise ona otoriter bir ses tonuyla ebeveyn yatak odasında kalmasını emretmiştir. Federal Yargıtay (BGH, NStZ 1997, s. 337), S isimli kişinin Ceza Kanunu'nun 174/1-2 maddesi ile bağlantılı olarak ceza Kanununun 177. maddesi uyarınca cezalandırılmasını onaylamıştır. Çünkü S, muhtaçlık ilişkisini cinsel eyleme zorlamak için kullanmıştır. Bu nedenle suçu işlerken üvey baba otoritesini de kullanmıştır (Laubenthal, 2012, ss. 230-231).

⁶³⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 361.

6. TCK m.103/3-(d) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: Suçun Belirli Sıfatları Haiz Olan ve Çeşitli Hizmet Veren veya Yükümlülük Altında Bulunanlar Tarafından İşlenmesi

Cinsel istismar suçunun “*Vasi, eğitici*⁶³⁵, *öğretici, bakıcı*⁶³⁶, **koruyucu aile** veya *sağlık hizmeti veren*⁶³⁷ ya da koruma, **bakım** veya *gözetim yükümlülüğü*⁶³⁸ bulunan

⁶³⁵ Alman Ceza Kanunu’nun 174/1-1 (Himayesine verilen insanın cinsel istismarı) maddesi uyarınca yetiştirme görevi, sınıfındaki çocuklara karşı öğretilmeler için de geçerlidir. Bu durumun ders dışında dahi geçerli olduğu belirtilmektedir. Okul müdürü tüm öğrencilerin eğitiminden ve gözetiminden sorumludur. Buna karşılık, çocuk okulda kendisine ders vermeyen öğretmenlerin himayesi altına verilmiş sayılmayacaktır (Schönke/Schröder, § 174 Rdn. 6). Çocuk okuldan mezun olduğunda veya ayrıldığında himaye ilişkisi sona ermiş olacaktır. Etüt öğretmenleri bakımından ilgili olayın özelliğine göre yasa açısından himaye ilişkisinin var olup olmadığı tespit edilecektir. Sadece arada bir verilen özel derslerde ise suç unsuru taşıyan himaye ilişkisi söz konusu değildir (Laubenthal, 2012, s. 221).

⁶³⁶ Eğitici, öğretici ya da bakıcının resmi ya da özel bir kuruluş tarafından istihdam edilmiş olması; bu faaliyeti ücretli ya da ücretsiz yürütmesi arasında fark bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, suçun işlendiği sırada mağdura fail arasında söz konusu türden bir ilişkinin varlığını yeterli görmemektedir. Nitelikli halin uygulanması için, örneğin eğitim-öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada suçun işlenmiş olması gerekmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 314; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, ss. 3718-3719).

⁶³⁷ “K...Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde diş hekimi olarak görev yapan sanığın diğer mağdure Gözde’nin diş tedavisine devam ettiği sırada muayene salonunda refakatçi olarak bulunan mağdure Keziban’a doğru yaklaşıp belinden kavrayarak “senin dişlerini de tedavi edelim, çürükler var” demesi biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın mağdure Keziban’a yönelik bir sağlık hizmeti sunması söz konusu olmadığı halde hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, kanun aykırıdır.” (Y. 14. CD., 08.09.2014 T., 2012/ 15459, 2014/ 9529) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2016).

⁶³⁸ Eğer “güven kanıtı ile teslim veya emanet edilmişse”, 16 yaşın altında olan erkek veya kız, suçluya yetiştirme, eğitim veya hayatın yürütülmesine yönelik bakım için Alman Ceza Kanunu’nun 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca emanet edilmiş sayılır (BGHSt. 21, s. 200). Yetiştirici, eğitmen veya bakan kişi reşit olmayan kişinin kişisel gelişiminde veya hayat yürütmesinde (beraber) sorumluluk taşımalıdır ve üstün konumu nedeniyle genç insana etki etme imkanlara sahip olup kişisel bir bağımlılık ilişkisi içerisinde olmalıdır (BGHSt. 41, s. 139; BGH, NStZ-RR 2011, s. 361; Fischer, Strafgesetzbuch, § 174 Rdn. 4; Laubenthal, 2012, s. 225). Örneğin, on beş yaşındaki M isimli kız çocuğu boş zamanını geçirmek için R isimli kişinin at çiftliğine gitmiştir. Bu amaçla annesi kızı at çiftliğinin bulunduğu yere götürmüştür. Burada kalan günü geçirip, ertesi günün öğlen vaktine kadar kalacaktır. Orada kaldığı zaman zarfında R isimli şahıs M isimli kıza cinsel istismarda bulunmuştur. Eyalet Mahkemesi, R isimli şahsı himaye altında olan bir kişiye cinsel istismarda bulunmaktan dolayı cezalandırmıştır. Federal Yargıtay (BGH, Beschl. v. 10.12.2002 – 4 StR 451/ 02 (Leitsatz in: NStZ-RR 2003, s. 353)), Eyalet Mahkemesinin kararını iptal etmiştir. Çünkü, M isimli şahsın R isimli şahsın himayesi altına verildiğine dair hiç bir şey tespit edilememiştir. Bunun için sanığın genç kızın ruhsal-ahlaki gelişimini yönetmek ve gözetlemek gibi bir yükümlülüğünün ve hakkının söz konusu olduğu bir ilişkinin var olması gerekirdi. Ancak çocuğun annesi kızını sanığa emanet etmiştir, çünkü çocuk orada bir öğleden sonrası, bir gece ve ertesi günün öğleden sonrasına kadar konaklayacaktır. Burada, Ceza Kanunu’nun 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir koruma ilişkisinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir (Laubenthal, 2012, ss. 225-226).

Burada mağdur bu tür bir ilişki çerçevesinde suçluya bağımlı olmak zorundadır, yani suçlunun yasal veya fiili üstünlüğü nedeniyle talimatlarına uymak durumundadır. Eğer talimat verme yetkisi sadece belirli bir olay için verilmişse, bağımlılıktan söz edilemez, çünkü bu durumda yasa tarafından şart koşulan bağımlılık ilkesi söz konusu değildir (Schönke/Schröder, § 174 Rdn. 10; Laubenthal, 2012, s. 228). Örneğin, on yedi yaşındaki B isimli kız çocuğu, bir çok kez evli bir çiftin her iki çocuğuna

kişiler⁶³⁹ tarafından⁶⁴⁰ ” işlenmesi fıkra metninde bir başka nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁴¹. 6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile TCK m. 103/3-(d)

bakmıştır. Bunun için ara sıra B isimli kız çocuk, ebeveynlerin evlerinde konaklamıştır. Bir kaç konaklama esnasında B isimli kız ile çocukların babası arasında cinsel ilişki meydana gelmiştir. Yüksek Eyalet Mahkemesi Düsseldorf (OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2001, s. 201) kızın arada bir evli çiftin evlerinde çocuk bakıcısı olarak çalışmasında, ceza kanununun 174. maddesi uyarınca bir iş ilişkisi tespit edememiştir, çünkü bu tür bir ilişkide belirli bir sürenin var olması gerekir. Kız çocuğunun bu şahsa daha alt bir otorite seviyesinde olması da bu anlamda söz konusu değildir, çünkü onun için suçlunun amir pozisyonunda olması gerekir ve bu da arada bir yapılan çocuk bakıcılığında söz konusu olmayacaktır (Laubenthal, 2012, s. 228).

⁶³⁹ “5237 Sayılı TCK’nın 103/3 maddesinde düzenlenen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle cinsel istismar eyleminin söz konusu olabilmesi için sanık ile mağdure arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği, 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 sanığın, mağdurenin okula gidip gelirken kullandığı servis aracının şoförü olduğu, bu sebeple mağdure ile sanık arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığı, ancak sanığın mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu, sanığın atılı suçu hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle değil, yine 103/3 maddede suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olan koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek işlediğinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 14. CD., 10.09.2014 T., 2012/14202, 2014/ 9727) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.06.2016).

⁶⁴⁰ “Sanığın babası olan katılan Şabanla birlikte çalışmakta olduğu eczanenin önüne gelen mağdurenin saçını okşayarak sevdiği, eve gidecekleri sırada katılana mağdureyi kendisinin eve bırakacağını söylediği ve sanığı önceden tanınması sebebiyle güven duyan katılanın mağdureyi onun yanında bırakıp eve gittiği, bu şekilde koruma ve gözetim yükümlülüğü altına aldığı mağdureyi yakındaki bir caminin tuvaletine götürerek cinsel istismarda bulunduğu anlaşılan sanık hakkında T.C.K’nın 103/3. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeyerek eksik cezaya hükmolunması...” (Y. 14. CD., 22.05.2012 T., 1849/ 5725) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.06.2016). Sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım ya da gözetim yükümlülüğü bulunanlar ile, mağdur çocuğun terbiye, nezaret ya da koruması altına bırakıldığı kişiler kastedilmektedir (hastane, çocuk bakımevi, kreş, yaz okulu, kamp, komşu ya da akraba yanına geçici olarak bırakma...) (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 314-315; ayrıca bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 179-180). Koruma ve gözetim yükümlülüğü için bunun kanundan doğmasının, zorunlu ya da devamlı olmasının gerekmeceği; teslim veya bırakmanın örf ve adet, akrabalık, komşuluk ilişkisi, kişisel ilişkiler ya da benzer nedenlerle ihtiyari yapılması, geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması durumunda dahi nitelikli halin uygulanacağı belirtilmektedir. Önceki metinde “koruma ve gözetim” yükümlülüğünden söz edilirken, yeni düzenlemede “koruma, bakım veya gözetim” yükümlülüğü denilmesinin, maksadı daha uygun biçimde ifade edecek tarzda bir açılım getirdiği de ayrıca vurgulanmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 394-395).

⁶⁴¹ “Mağdurun, sanık E...’nin karı koca gibi birlikte yaşadığı diğer sanık S...’in oğlu olduğu ve aynı evde ikamet ettikleri dönem içerisinde yüklenen eylemin gerçekleştirildiği, koruma ve gözetim yükümlülüğünün kabulü için bunun yasadan doğmasının, zorunlu veya devamlı olmasının gerekmediği, teslim veya bırakmanın örf ve adet, akrabalık, komşuluk, kişilerin ilişkileri veya benzer sebeplerle ihtiyari yapılması, geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması durumunda dahi TCK’nın 103/3. maddesinin uygulanma koşullarının oluşacağı nazara alınmadan, yasal olmayan yazılı gerekçelerle anılan artırım maddesinin uygulanmaması...” (Y. 5 CD., 17.01.2011 T., 6869/ 47) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.04.2014). Geçici olarak dahi olsa küçük yaştaki mağdurenin bir şahsın koruma ve gözetimine bırakılması halinde, bu şahsın işlemiş olduğu çocuğun cinsel istismarı suçunun TCK’nın 103. maddesinin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hali oluşturacağı kabul edilmektedir. Sanık ile mağdurenin aynı evde yaşadığı hallerde de; sanığın, mağdureye karşı koruma ve gözetim yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiş, sanık hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanması gerektiği hususu istikrarlı biçimde uygulanmıştır. Yargıtay birçok kararında; “Katılanın annesi G. D.’in. M. A. D. evli iken 2000 yılında aile içinde yaşanan geçimsizlik sebebiyle eşi ve çocuklarından ayrılarak İzmir’e yerleştiği, İzmir’de sanıkla birlikte aynı

bendine, “koruyucu aile” ve “bakım” ibareleri eklenmiş ve cinsel istismar suçunun koruyucu aile hizmeti veren veya bakım yükümlülüğü bulunan kimseler⁶⁴² tarafından işlenmesi halleri de, yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu ibarelerin kanunda açıkça yer almasının isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Getirilen yeni ibarelerin kimleri kapsadığı ilgili oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenecek olup, failin bakım ve koruma yükümlülüğüne sahip olması hali açısından arada herhangi bir nüfuzun kötüye kullanılması şartının bulunmadığını da vurgulamak gerekmektedir⁶⁴³. Bu konuda çalışmamızın ayrıca TCK m. 102/3-b bağlamındaki bölümüne bakınız.

Vesayet ilişkisinin varlığı ve kapsamı Türk Medeni Kanunu hükümlerine (m. 396 vd.) göre belirlenecektir. TMK m. 403 gereği, “*Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür*”. Bu açıdan, vasinin vesayet altında olan kişi üzerinde mutlaka bir nüfuzu söz konusu olduğundan, vesayet ilişkisi tespit edildikten sonra, bundan bir de nüfuzun doğup doğmadığını ayrıca araştırma gereği bulunmayacaktır⁶⁴⁴.

çatı altında yaşamaya başladığı, 2004 yılında eşi M. A. 'den boşandığı, katılan Buket'in 2005 yılında Elazığ'dan İzmir'e gelerek sanıkla birlikte aynı evde yaşayan annesinin yanına yerleştiği, bu şekilde sanık, katılan Buket ve annesi Günay'ın aynı çatı altında yaşamaya başladığı, Günay'ın evin ihtiyaçlarını karşılamak için işte çalıştığı, sanığın düzenli bir işinin olmadığı, Günay'ın çalışmak için evden ayrılırken katılanı sanığın koruma ve gözetimine bıraktığı, katılanın annesi Günay'ın çalışması sebebiyle evde bulunmadığı zaman dilimlerinde sanığın katılana yönelik cinsel istismar suçunu işlediği anlaşılan somut olayda; katılanın annesi Günay'ın, evlilik birliği olmaksızın birlikte yaşadığı sanığa duyduğu güven sebebiyle katılanı sanığın koruma ve gözetimi altında bırakarak işe gittiği sabit olup, sanığın katılana karşı T.C.K.nun 103/3. maddesinde ifade edilen "koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişilerden olduğunun kabulü gerekmektedir. Buna göre, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işleyen sanık hakkında T.C.K.nun 103/3. maddesinin uygulanması gerekir. Bu nedenle, yerel mahkemenin sanığın katılan üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunmadığına dair direnme gerekçesi isabetsizdir” şeklinde karar vermiştir (YCGK, 21.05.2013 T., 14-99/ 253) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2016) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 394, dn. 286).

⁶⁴² Öğretide daha önce de, bakım ve koruma yükümlülüğü altında olan kişilerin cinsel istismar niteliğindeki fiilleri, bu bent kapsamında nitelikli hal olarak değerlendirmekteydi (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Eylül 2013, s. 340).

⁶⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 361-362. Alman kanun koyucu, ceza kanununun 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca gerçekleştirilen cinsel eylemlerde, suçlu ve mağdur arasında bedensel temas olmadığında ve cinsel eylemler görmek amacıyla gerçekleşiyorsa, daha hafif cezalar öngörmüştür. Bu durum şu eylemler için geçerlidir: - Himaye altında olan kişinin önünde gerçekleştirilen cinsel eylemler ve - Himaye altında olan kişiyi suçlu önünde cinsel eylemler gerçekleştirmek için teşvik etme (Laubenthal, 2012, s. 230).

⁶⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 376. TMK uyarınca; velayet altında olmayan her çocuk vesayet altına alınacak ve kendisine bir vasi tayin edilecektir. İşte bu vasinin, vasi olarak atandığı çocuğa yönelik olarak cinsel istismar suçunu işlemesi halinde cezasında artırımı gidilecektir. İlgili maddenin uygulanabilmesi bakımından vasinin, istismarda bulunduğu çocuk ile birlikte yaşıyor

Eğitici⁶⁴⁵, öğretici ya da bakıcının resmi ya da özel bir kuruluş tarafından istihdam edilmiş olması; bu faaliyeti ücretli veya ücretsiz yürütmesi bakımından bir fark yoktur⁶⁴⁶. Ancak Yargıtay, suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasında söz konusu türden bir ilişkinin varlığını yeterli görmemekte ve nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından, örneğin eğitim-öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada suçun işlenmiş olmasını aramaktadır⁶⁴⁷.

Koruyucu aile, 2828 sayılı⁶⁴⁸ Sosyal Hizmetler Kanununun 23. maddesi ile, Koruyucu Aile Yönetmeliğinde⁶⁴⁹ düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun ve yönetmelik hükümlerini bu anlamda birlikte değerlendirmek gerekmektedir⁶⁵⁰.

2828 sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca; *“Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir "Koruyucu Aile" tarafından da yerine getirilebilir. (Değişik ikinci cümle: 6/2/2014-6518/18 md.) Koruyucu aileye, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine karşılık olarak ikinci fıkra kapsamında ödeme yapılabileceği gibi koruyucu aile bu işi gönüllü olarak da üstlenebilir.*

olması gerekmediği gibi, vasiinin erkek ya da kadın olması bakımından da bir ayrım bulunmamaktadır (Aydın, Ağustos 2014, s. 40).

⁶⁴⁵ “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 kucagina 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...” (Y. 5. CD., 23.02.2010 T., 739/ 1500) (Karar için bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 41, dn. 53).

⁶⁴⁶ Eğitici, öğretici ve bakıcı kavramları, çocuğun eğitimi, öğretimi, bakımı amacıyla görevlendirilmiş kişileri anlatmaktadır. Örneğin, üniversite hazırlık kursunda, spor merkezinde, orta öğretim kurumlarında çalışan öğretmenler, çocuğa derslerinde yardımcı olmak için hafta sonları ya da akşamları ücretsiz ders verenler, okul öncesi eğitim kurumunda öğretmenlere yardım eden gönüllü kişiler bu hükmün kapsamındadır.

Eğitim öğretim işiyle uğraşan bu kimselerin, statülerinden faydalanarak mağdur üzerinde baskı oluşturmaları ve cinsel istismar suçunu işlemeleri olasıdır. Suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim-öğretim, bakım ilişkisinin varlığı nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olacaktır. Bu görüşe göre, eğitim-öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada suçun işlenmiş olması aranmamaktadır. Ancak söz konusu ilişki sona erdikten sonra, failin mağduru bu vesileyle tanıyor olması, nitelikli halin uygulanmasını gerektirmeyecektir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 314).

⁶⁴⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 314; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 402.

⁶⁴⁸ RG., 24.05.1983 - 18059.

⁶⁴⁹ RG., 14.12.2012 - 28497.

⁶⁵⁰ Aydın, Ağustos 2014, s. 41.

(Değişik ikinci fıkra: 6/2/2014-6518/18 md.) Koruyucu aile hizmeti kapsamında aile yanına yerleştirilen çocukların bakım, eğitim, kurs, okul, yemek ve taşıma servisi, harçlık ve benzeri ihtiyaçları esas alınarak koruyucu ailelere, bu giderlerin tamamına karşılık toplu bir ödeme yapılmasına veya her bir gider türü için ayrı ayrı yapılacak ödemelerin kapsamına, ödeme tutarlarına, yapılacak ödemelerin usul ve esası ile koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına ve hizmetin işleyişine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir ve bu kapsamda verilecek ödemelerden hiçbir kesinti yapılmaz.”

Korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını gerektiren süre içerisinde aile ortamında yetiştirilmesine yönelik koruyucu aile hizmetlerinin uygulama esaslarını, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile koruyucu ailenin yetki ve sorumluluklarını belirlemek, hizmetin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Koruyucu Aile Yönetmeliği kabul edilmiş bulunmaktadır⁶⁵¹. İlgili yönetmelikle çeşitli koruyucu aile modelleri⁶⁵² öngörülmüş bulunmaktadır. Sayılan tüm hizmet modelleri koruyucu aile kapsamındadır. Belirtilen bu hizmet modellerine göre bir çocuğa koruyucu aile olarak atanan kişi ya da kişilerin, bu çocuğa yönelik olarak cinsel istismarda bulunması durumunda cezada artış söz konusu olacaktır⁶⁵³.

⁶⁵¹ İlgili Yönetmeliğin tanımları içeren 4/h maddesine göre koruyucu aile; “Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il (**Mülga ibare:RG-24/1/2015-29246**) (...) müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi,” ifade eder.

⁶⁵² Yönetmelik m. 4/1-a: “Akraba veya Yakın Çevre Koruyucu Aile Modeli: Veli ya da vasi dışında kalan kan bağı bulunan akrabalar ya da çocuğun iletişim içinde olduğu veya tanıdığı bakıcı, komşu gibi yakın çevresinde olan, tercih etmeleri halinde en az temel ana, baba eğitimleri kapsamında eğitim almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı”, Yönetmelik m. 4/1-e: “Geçici Koruyucu Aile Modeli: Acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılmamış çocuklar için, temel ana, baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimini almış profesyonel kişi ve ailelerin sağladığı birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakımı”, Yönetmelik m. 4/1-r: “Sürekli Koruyucu Aile Modeli: Öz ailesi yanına kısa sürede döndürülme imkânı bulunmayan ya da kalıcı olarak aile yanına yerleştirilemeyen çocuklara, tercihen temel ana-baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci Kademe Eğitimini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı” ve son olarak Yönetmelik m. 4/1-ş’ye göre: “Uzmanlaşmış Koruyucu Aile Modeli: Özel zorlukları ve ihtiyaçları olan çocuklara yardımcı olabilecek lisans eğitimine sahip olan veya eşlerden biri en az ilköğretim düzeyinde olmak üzere temel ana, baba eğitimleri, Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimlerini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı” ifade eder.

⁶⁵³ Aydın, Ağustos 2014, ss. 41-43.

Sağlık hizmeti veren⁶⁵⁴ ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunanlardan anlaşılması gerekenin⁶⁵⁵, mağdur çocuğun terbiye, nezaret ya da koruması altına bırakıldığı kişiler olduğu ifade edilmektedir (hastane, çocuk bakımevi, kreş, yaz okulu, kamp, komşu ya da akraba yanına geçici olarak bırakma...)⁶⁵⁶. Koruma ve gözetim yükümlülüğü için bu durumun kanundan doğması, zorunlu ya da devamlı olmasının gerekmediği; teslim ya da bırakmanın örf ve adet, akrabalık, komşuluk ilişkisi, kişisel ilişkiler ya da benzer nedenlerle ihtiyari yapılmasının, geçici de olsa birlikte bulunmanın ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması halinde dahi nitelikli halin uygulanacağı belirtilmektedir. Ayrıca, önceki metinde “koruma ve gözetim” yükümlülüğünden söz edilirken, yeni metinde “koruma, bakım veya gözetim” yükümlülüğü denilmek suretiyle, maksadı daha uygun biçimde ifade edecek tarzda bir açılım getirildiği ifade edilmektedir⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Sağlık hizmeti veren kişinin kim olduğu kanunda düzenlenmemiş olsa da, hekimler, hemşireler, ebeler, sağlık memurları, hasta bakıcıları bu kapsamda değerlendirmek gerektiği ifade edilmektedir. Sağlık hizmeti veren fail hakkında bu maddenin uygulanabilmesi için, failin ilgili suçu bu hizmeti yürütürken işlemesi gerekli değilse de, mağdur üzerinde, sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan kolaylıktan faydalanarak işlemesi gerektiği belirtilmektedir. Bu anlamda, bir hekimin, komşusunun çocuğuna karşı istismarda bulunması halinde suçun nitelikli halinin oluşmayacağı vurgulanmaktadır. Örneğin, hekimin bu suçu mağdura yönelik sağlık hizmeti verdiği sırada ya da bu sağlık hizmetini vermenin sağladığı güven ilişkisinden yararlanarak işlemesi gerekmektedir (Aydın, Ağustos 2014, s. 43).

⁶⁵⁵ “Sanığın babası olan katılan Şabanla birlikte çalışmakta olduğu eczanenin önüne gelen mağdurenin saçını okşayarak sevdiği, eve gidecekleri sırada katılana mağdureyi kendisinin eve bırakacağını söylediği ve sanığı önceden tanıması sebebiyle güven duyan katılanın mağdureyi onun yanında bırakıp eve gittiği, bu şekilde koruma ve gözetim yükümlülüğü altına aldığı mağdureyi yakındaki bir caminin tuvaletine götürerek cinsel istismarda bulunduğu anlaşılan sanık hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanması gerektiği” (Y. 14. CD., 22.05.2012 T., 1849/ 5725) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 402, dn. 283).

⁶⁵⁶ “Mağdurenin annesinin, kız kardeşiyle birlikte alışverişe giderken, mağdureyi kız kardeşinin kocası olan sanığa bırakması üzerine, eylemini gerçekleştiren sanığın, mağdure üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu gözetilmeyerek, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulurken TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (Y. 14. CD., 10.10.2011 T., 14201/ 532) (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 315, dn. 23)

⁶⁵⁷ “...Mağdurun, sanık E...’nin karı koca gibi birlikte yaşadığı diğer sanık S...’nin oğlu olduğu ve aynı evde ikamet ettikleri dönem içerisinde yüklenen eylemin gerçekleştirildiği, ...TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanma koşullarının oluşacağı...” (Y. 5. CD., 17.01.2011 T., 6869/ 47). “Geçici olarak bile olsa küçük yaştaki mağdurenin bir şahsın koruma ve gözetimine bırakılması durumunda, bu şahsın işlemiş olduğu çocuğun cinsel istismarı suçunun TCK’nın 103. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halinin oluşacağı kabul edilmektedir. Sanık ile mağdurenin aynı evde yaşadığı durumlarda da; sanığın, mağdureye karşı koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiş, sanık hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanması gerektiği istikrarlı şekilde uygulanmıştır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 01.04.2010 gün ve 1-2654 sayılı kararı başta olmak üzere pek çok kararında; “mağdurenin annesinin gayri resmi eşi olup mağdure ve annesi ile aynı çatı altında birlikte yaşayan sanığın, mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan, sanık hakkında TCK’nın 103/3 maddesinin uygulanması gerektiğine” karar vermiştir.” (YCGK., 21.05.2013 T., 14-99/ 253) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 402, dn. 285).

7. TCK m.103/3-(e) Bendinde Düzenlenmiş Nitelikli Hal: Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin⁶⁵⁸ sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde TCK m. 103/1 ve TCK m. 103/2'ye göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 103/3-e).

Hizmet ilişkisi borçlar hukuku ve iş hukukuna göre yazılı ya da şifahi; süreli ya da süresiz; ücretli veya ücretsiz çeşitli şekillerde kurulabilen bir akit⁶⁵⁹. Hizmet ilişkisi gereği mağdur üzerinde egemenlik kurulabilecek durumda olan kişilerin işlediği suç söz konusu nitelikli hal kapsamına girmektedir. Hizmet ilişkisinin ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli olmasının önemi olmadığı gibi, bir kamusal ya da özel kuruma bağlı olarak yerine getirilmesinin de önemli olmadığı belirtilmektedir. Önemli olan, özel şirket patronunun işçisini cinsel davranışa zorlaması örneğinde olduğu gibi, fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin olması ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemiş olmasıdır⁶⁶⁰.

Çocukların cinsel istismarı suçunun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi de nitelikli haller arasındadır⁶⁶¹. Ancak arada kamu görevi ya da hizmet ilişkisinin olması nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayıp⁶⁶², ayrıca bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılmış olması da gerekmektedir⁶⁶³.

⁶⁵⁸ Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (Türk Borçlar Kanunu m. 383/1). İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir (TBK m. 383/2). Ayrıca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir (İş Kanunu m. 8/1).

⁶⁵⁹ Soyaslan, s. 246.

⁶⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 371; ayrıca bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 180.

⁶⁶¹ Gündel, s. 74.

⁶⁶² Fail ile mağdur arasındaki kamu görevi, hizmet ilişkisi gibi ilişkilerin mağdur üzerinde bu kişilere bir tür güç yani otorite, nüfuz ve yetki sağladığı hususunda kuşku yoktur (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 315; Hafızogulları/Özen, s. 164). Kamu buyurma gücünden, paradan kaynaklanan bu güç, faile mağdur üzerinde bir tür tahakküm yaratmaktadır. Bu sayede de fail kendisini güçlü hissederken, mağduru da zayıf olarak ele almaktadır (Soyaslan, ss. 245-246). Bu da mağdurun direnme olanağını zayıflatacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 295).

⁶⁶³ Soyaslan, ss. 253-254; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 362. Burada asıl önemli olanın, kamu görevinin ya da hizmet ilişkisinin faile

Patronun işçisi üzerinde hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kullanılması suretiyle cinsel istismarda bulunması hali buna örnek olarak verilebilir. Fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşi ya da birbirleri üzerinde bir otorite veya tasarruf yetkisi yoksa bu durumda söz konusu nitelikli hal uygulanamayacaktır⁶⁶⁴.

Yargıtay, bu bendin uygulanması bakımından, amcasının yerine markete geçici olarak bakan mağdureye cinsel istismarda bulunulması örneğinde olduğu gibi hizmet ilişkisinin “geçici olmaması” gerektiğini belirtmektedir⁶⁶⁵.

6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile TCK m. 103/3-(e) bendine, “**Kamu Görevinin veya**” ibaresi eklenmiş ve cinsel istismar suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, yeni bir nitelikli hal şeklinde düzenlenmiştir⁶⁶⁶. Öğretide önceden de, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenen cinsel istismar niteliğindeki fiillerin, bu bent kapsamında nitelikli hal olarak belirtilmekte olduğunu görmekteyiz. Bu duruma örnek olarak da öğretmenin öğrencisi üzerinde kamu görevinden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak ona karşı cinsel istismar fiillerinin işlenmesini verilmekte idi⁶⁶⁷. Bu anlamda sözü geçen hususun kanunda açıkça yer almasının uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması yeterli değildir. Aynı

sağladığı imkan ile fiil arasında illiyet bağı kurulabilmesi olduğu ifade edilmektedir (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 386).

⁶⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 362. “*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 isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir*”. (Y. 5. CD, 20.09.2007 T., 7481/ 6548) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.04.2014). Görüldüğü gibi, sadece mağdurla beraber aynı yerde çalışmanın sağladığı kolaylıkla suçun işlenmesi bu kapsamda değildir (Tuğrul, s. 99). Demek ki, aynı işyerinde çalışıp eşit konumda olan veya birbiri üzerinde herhangi bir tasarruf ve otoritesi bulunmayanlar bakımından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 180). “*Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun sözkonusu olamayacağı gözetilmeyerek 103/1 maddesiyle tayin olunan cezanın 103/3 maddesiyle artırılması...*” (Y. 5. CD., 15.09.2008 T., 8023/ 7751) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.07.2014). Failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması yeterli olduğundan, failin mutlaka mağdurun işvereni konumunda olması ise aranmayacaktır (Korkusuz, s. 831).

⁶⁶⁵ Y. 14. CD., 03.02.2012 T., 1069/751; Y. 5. CD., 05.04.2010 T., 3682/ 2656. Kararlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 315, dn. 26; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 352.

⁶⁶⁶ Fail ile mağdur arasında astlık-üstlük ilişkisinin bulunmasının gerekmediği, kamu görevinin sağladığı otoritenin kolaylığından yararlanarak suçun işlenmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir (Tuğrul, s. 98). Karşı yönde bkz. Kocaoğlu, ss. 200-201.

⁶⁶⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 340. Benzer şekilde Koca/Üzülmez de, failin görevinden kaynaklanan etkileyebilme gücünü cinsel davranışları gerçekleştirmeye zemin hazırlamak için kötüye kullanmış olması gerektiği üzerinde durmaktadırlar (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 295).

zamanda kamu görevlisinin, görevinden kaynaklanan mağduru etkileyebilme iktidar ve egemenliğini cinsel davranışları gerçekleştirmeye temel hazırlamak için kötüye kullanmış olmalıdır⁶⁶⁸. Failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi sebebiyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması zorunludur. Yatılı okul müdürünün öğrencilerini kendisiyle cinsel ilişkiye zorlaması bu duruma örnek olarak verilmektedir⁶⁶⁹

TCK m. 6’da “*kamu görevlisi*” tanımlanmış olup (kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi TCK m. 6/1-c’ye göre kamu görevlisidir), o halde bu kişilerin yerine getirdikleri vazifeyi de kamu görevi olarak tanımlamak ve dolayısıyla bahse konu nitelikli halin kapsamını belirlemenin mümkün olacağı da ayrıca vurgulanmaktadır⁶⁷⁰. Bu konuda çalışmamızın yukarıdaki TCK m. 102/3-b bağlamındaki bölümüne atıf yaparız.

8. TCK m.103/4’te Düzenlenmiş Nitelikli Hal: *Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi*

TCK m. 103/1 hükmünün (a) bendinde⁶⁷¹ cinsel istismar fiilinin mağduru olarak “*Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar*” gösterilmektedir. Bahsi geçen çocuklara karşı cinsel istismar fiillerinin gerçekleşmesi için cebir⁶⁷² veya

⁶⁶⁸ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 295.

⁶⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 370.

⁶⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 362.

⁶⁷¹ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 43; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 362.

⁶⁷² “*Dosya içeriğine göre; suça sürüklenen çocuğun nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunu cebir kullanmak suretiyle işlediği gözetilmeden cezasından TCK’nın 103/4 maddesi gereğince artırım yapılması gerektiği düşünülmeyen eksik ceza tayini ve hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler de dikkate alınarak lehe kanun değerlendirilmesi yapılması zorunluluğu, yasaya aykırı görülmüştür.*” (Y. 14. CD., 19.11.2014 T., 8429/ 12975) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.05.2016).

tehdit⁶⁷³ kullanılması aranmamaktadır⁶⁷⁴. Bu çocuklara karşı⁶⁷⁵ cebir veya tehdit kullanmak cinsel istismar fiilinin unsuru değildir. Bu araçların kullanılmasını kanun koyucu cinsel istismar suçu açısından ayrı bir nitelikli hal olarak düzenlemiş bulunmaktadır⁶⁷⁶.

6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile cinsel istismar suçunun birinci fıkrasının, (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hali ise TCK m. 103/4 kapsamında yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁷³ “15 yaşından küçük mağduru tehdit etmek suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyen sanığa verilen cezanın 5237 sayılı TCK m. 103/4 maddesi ile artırılmaması ve bu şekilde noksan tayin edilen sonuç cezanın karşılaştırmaya esas alınması suretiyle hüküm kurulması, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 20.02.2006 T., 457/ 952) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.07.2014).

⁶⁷⁴ Buna karşılık, 15-18 yaş grubunda yer alan ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı başvuru olan cebir ve tehdit, nitelikli hal değil, suçun unsuru olmaktadır. “5237 sayılı TCK’nın 103/4 maddesinde “cinsel istismarın, birinci fıkrasının (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde cezanın artırılacağı” belirtilmiş olmakla, suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş bulunan ve 103/1-a maddesindeki çocuklardan sayılmayan mağdura cebir kullanılmasının suçun unsuru teşkil etmesi nedeniyle 103/4 maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığının nazara alınmaması...” (Y. 5. CD., 02.03.2009 T., 15408/ 2547); “Dairemizin 05.04.2007 günlü bozma kararında da izah edildiği üzere 5237 sayılı TCK’nın 103/1-a maddesinde mefruz cebir suçun unsuru olarak düzenlenmiş ve aynı Yasa’nın 103/4 maddesinde ise eylemin 103/1-a madde kapsamında bulunan mağdurlara karşı ayrıca cebir veya tehditle işlenmesinin artırım nedeni olduğu vurgulanmış ve mahkemece de oluşu kabul edilen, sanığın zeka geriliği nedeniyle mukavemet edemeyecek durumdaki mağdureye karşı gerçekleştirdiği eyleminde ayrıca cebir veya tehditte bulunmadığı ve olayda 103/4 maddesinin koşulları mevcut olmadığı...” (Y. 5. CD., 03.04.2008 T., 1797/ 3285) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395, dn. 287).

⁶⁷⁵ Cebir ve tehdidin nitelikli hal oluşturabilmesi, bunun mağdur çocuğa karşı kullanılmış olması şartına bağlıdır. Tezcan/Erdem/Önok, buna karşılık örneğin cebir ve tehdide suçun işlenmesine engel olmak isteyen üçüncü kişiye karşı başvurulması haline bu nitelikli halin uygulanamayacağı düşüncesindedirler. Bu durumda üçüncü kişiye karşı işlenen cebir veya tehdit suçundan dolayı failin cezalandırılması gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 395). “...yapılan soruşturma ve kovuşturma toplanan deliller, katılanın hükme esas alınan beyanları ile bu beyanları doğrulayan doktor raporları ve tüm dosya kapsamına göre sanığın suç tarihinde 8 yaşında olan mağdurenin bir elini tutarak zorla kendi cinsel organını ellettiği diğer eli ile de bağırmaya çalışan mağdurenin ağzını kapattığı oluşu mahkemece de bu şekilde kabul edilen eylemde cebrin mevcut olmasına Dairemizin istikrar kazanmış uygulamalarının da anılan doğrultuda bulunmasına göre tebliğnamede olayda maddi cebirin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK’nın 103/4. maddesi ile artırım yapılmasında isabet görülmediğinden bahisle bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Y. 5. CD., 08.04.2011 T., 861/ 2827) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.04.2016).

⁶⁷⁶ Cinsel istismarın cebir kullanılarak işlendiği durumlarda, bu nitelikli halin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak yoğunlukta olması zorunludur. Şayet, uygulanan cebir kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olmuşsa, TCK m. 103/5 düzenlemesi nedeniyle cinsel istismarla birlikte ayrıca kasten yaralamanın ağırlaşmış halinden de cezalandırılacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 324; Kocaoğlu, s. 353, dn. 468). Yargıtay bir kararında uygulanan tehdit ve cebrin delilleri ile ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. “Çocukların cinsel istismarı suçundan suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği sırada tehdit ya da cebir kullandığına dair herhangi bir delil bulunmadığı gözetilmeden, cezai artırım yapılarak fazla ceza tayini hatalıdır.” (Y. 14. CD., 02.03.2015 T., 2013/ 6146, 2015/ 2313) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.10.2016).

Bu bentte bahsi geçen çocuklar, onbeş yaşını doldurmuş ve aynı zamanda yaşadıkları fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de bulunan çocuklardır. Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu bentteki çocuklara karşı cinsel istismar fiillerinin işlenebilmesi için dört ayrı araç unsur sıralamıştır. Bu unsurlar; *cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir sebeptir*. Sayılan bu araç unsurlardan en az biri kullanılmadan bu bent kapsamında yer alan çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenemeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Buradaki araç unsurların gerçekleşmesinde “*silah kullanılması*” kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak bent kapsamına alınmıştır.

Silah kavramı TCK m. 6’da tanımlanmış bulunmaktadır. TCK m. 6/f hükmüne göre, 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*” anlaşılr. TCK m. 6/f’de sınırlı bir sayım yapıldığı izlenimi olsa da, “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*” ibaresi maddede sayılı olmayan ve fakat silah etkisi doğurmaya elverişli her şeyin silah olarak anlaşılması gerektiğini anlatmaktadır. Diğer bir ifadeyle, “*fiili işlerken faile bir avantaj sağlamış veya mağdurun suça karşı direncinin kırılmasına yardımcı olmuş veya mağdurun üzerinde bu nesnenin kullanılmamış olmasına göre, daha ağır bir etki yapmış ise bu nesne silah sayılır*”⁶⁷⁷. Suçun niteliği, kullanılış şekli, mesafe ve mağdur üzerinde yarattığı etki de dğerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır. Yaralama neticesine yol açabilecek nitelikte olan her vasıtanın silah sayılacağı da ifade edilmektedir.

⁶⁷⁷ Burada TCK’da yapılan silah tanımının 765 sayılı TCK’daki tanımdan daha geniş olduğunu ifade etmek gerekmektedir (Murat Aydın, “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, S. 6, Şubat 2007, s. 57). Erdem silah kavramını, “...yapısına veya somut olayda kullanılış biçimine göre suça korunan hukuksal yarar üzerinde önemli tehlike yaratmaya elverişli, insan bedeni üzerinde mekanik, kimyasal ve termik etki doğuran insan bedeni dışındaki her türlü taşınabilir aracın silah sayılması gerektiği söylenebilir” şeklinde tanımlamıştır (Mustafa Ruhan Erdem, “Türk Ceza Kanununda Silah”, **GÜHFD**, C. 7, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_tam.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

Ayrıca silahın niteliğine uygun olarak kullanılması gerektiği de belirtilmektedir⁶⁷⁸. Bir vasıtanın silah sayılabilmesi için saldırı ya da savunmada kullanılmak maksadıyla hazırlanmış olmasının şart olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle çeşitli kararlarda bazen levye demiri⁶⁷⁹, keser⁶⁸⁰, küreğin demir kısmı⁶⁸¹, tornavida ve hatta kazmanın silah sayılabileceği belirtilmiştir. 765 sayılı TCK zamanında silahtan sayılmayan boru⁶⁸², tel zımba, taş⁶⁸³, baston biçimindeki ot kilidi⁶⁸⁴, araç krikosu⁶⁸⁵, suç tipinin özelliğine göre bundan sonra silah olarak nitelendirilebilecektir. Ancak silahın mutlaka saldırı ve savunma aracı olarak kullanılması gerektiği belirtilmelidir⁶⁸⁶. Bu nedenledir ki, kol, el, ayak gibi insan bedeninin bazı kısımları silah sayılmayacaktır. Öte yandan silahın kesici, delici veya

⁶⁷⁸ “Bıçak şüphesiz ki, nitelikleri itibarıyla 3. bentde sayılan silaha, silah mefhumuna girerse de; bununla işlenen bir suçta silahtan dolayı ceza artırımı yapılabilmesi için onun kesici, delici ve bereleyici niteliğine uygun şekilde kullanılmış olması gerekir. CGK.’nın 19.06.1978 gün ve 186-258 sayılı kararıyla “tabancanın kabzası ile vurup yaralama eyleminin herhangi bir künt cisimle vurmaktan farkı yoktur. Bu tür etkili eylemlerde suçun silahla işlendiği kabul edilemez.” “Silah sayılan bir vasıta ile yapılan yara, kesik, delik ve bere halinde olmayıp da ezik olursa, TCK’nın 457. maddesi uygulanamaz.” (YCGK., 13.09.1965 T., 2-314/ 307). “Sanık, bıçağı mağdurlara karşı kızdırılmış demir olarak kullanılıp, onun kesici, delici ve bereleyici niteliğinden yararlanmak maksadıyla kullanılmamış olduğundan, suçun silahla işlendiği hususundaki görüşte isabet yoktur.” (YCGK., 14.01.1985 T., 1984/ 2-393, 1985/ 5) (Kararlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 211, dn. 35).

⁶⁷⁹ “Maddi olayda sanık; taşıtların lastiklerinin değiştirilmesi ve onarımında kullanılan demirden yapılmış ucu kıvrık levye demiri ile mağdura vurmuş, onbeş gün iş ve gücünden kalacak şekilde kolunun kırılmasına neden olmuştur. Suçta kullanılan levye demirinin sağlam ve muhkem olması, bereleyici özelliğinin tecavüzde kullanılması, vurulduğunda silah etkisi yaratması ve mağdurdaki yaranın niteliği nazara alındığında silah olarak kabulü ile TCY’nın 457/1 maddesinin uygulanması gerekir. bu itibarla itirazın bu gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir.” (YCGK., 01.03.1993 T., 4-23/ 44) (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 211, dn. 37). Ayrıca aynı yönde YCGK., 12.04.1993 T., 4-87/ 8 sayılı karar için bkz. Osman Yaşar, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001, s. 407.

⁶⁸⁰ Y. 2. CD., 08.02.1999 T., 12323/ 856 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 407; Y. 2. CD., 22.12.1992 T., 12484/ 13263 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 408.

⁶⁸¹ Y. 2. CD., 28.04.1999 T., 2185/ 5458 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 1073; Y. 2. CD., 12.05.1999 T., 2815/ 6375 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 1074.

⁶⁸² Y. 4. CD., 04.06.1998 T., 4435/ 5926; Y. 4. CD., 15.03.1999 T., 674/ 2106 sayılı kararlar için bkz. Yaşar, s. 1074.

⁶⁸³ “...suç aleti tel zımbanın taarruz ve müdafada kullanılması mutad olan aletlerden olmadığı, mevcut hali ile taş ve benzeri cisimlerden farklı bulunmadığı gözetilerek...” (Y. 2. CD., 16.06.1999 T., 5334/ 8594) (Karar için bkz. Yaşar, s. 1074).

⁶⁸⁴ Y. 4. CD., 13.05.1998 T., 4141/ 5159 sayılı kararlar için bkz. Yaşar, s. 1075.

⁶⁸⁵ Y. 4. CD., 03.02.1997 T., 452/ 666 sayılı kararlar için bkz. Yaşar, s. 1075.

⁶⁸⁶ Bu sebeple Yargıtay olayda kullanılan “zincir”, “ölçüm demiri”, “demir çubuk” gibi araçların silah olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiş (Y. 2. CD., 22.04.1999 T., 803/ 5088 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 1073) ve olay bakımından ne suretle silah sayılacağı tartışılmamasını bozma nedeni saymıştır (Y. 2. CD., 12.05.1999 T., 2372/ 6338 sayılı karar için bkz. Yaşar, s. 1074). Gerçekten de aracın, silah niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinde gerekirse bilirkişiden rapor alınmalıdır (CMK m. 63).

berkeleyici bir niteliğe sahip olmasının gerekeceği vurgulanmalıdır. Yakıcı, aşındırıcı veya yaralayıcı madelerin de silah sayılacağı ifade edilmelidir⁶⁸⁷.

Burada silahın bizzat ateşlenmesine ya da doğrultulmasına gerek olmamakla birlikte mağdurun iradesinin etki altına alınmasında etkili olması gerekli ve yeterli olacaktır⁶⁸⁸. Bu değişikliğin yerinde olduğu belirtilmektedir, zira silah kullanımı zaten suçun “*tehdit*” unsurunu oluşturmakta olduğundan; tehdit ise, TCK m. 103/1-b kapsamına giren çocuklar açısından suçun unsuru bulunduğu, ayrıca cezalandırılmamakta idi. Oysa, bu araca başvurma çocuk üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, en azından suçun nitelikli halini oluşturmamasının yerinde olduğu vurgulanmaktadır. Silahın TCK m. 103/1-a kapsamına giren çocuğa karşı kullanılması halinde ise, zaten tehdit oluşturduğundan, değişiklikten öncesinde de nitelikli hal kapsamına girmekte olduğunu belirtmek gerekmektedir⁶⁸⁹.

E. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

1. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması (TCK m. 103/5)

Cinsel istismarın, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına neden olması halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir (TCK m. 23). Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde ayrıca “*kasten yaralama suçu*” na (TCK m. 87) ilişkin hükümler uygulama alanı

⁶⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 212. Bu çerçevede örneğin yaralama fiilinin “*mağdurun üzerine kızgın yağ dökülerek gerçekleştirilmesi*” halinde silah ağırlatıcı sebebinin uygulanması gerektiği hususunda bkz. Y. 4. CD., 21.09.1998 T., 6627/ 8074; Yaşar, s. 1074.

⁶⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 363.

⁶⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 395-396. İlgili ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için de her türlü şüpheden uzak bir biçimde cebir veya tehdit ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanılarak gerçekleştirildiğinin ispat edilmesi gerekmektedir. Aksi hal hukuka aykırı olacaktır (Kocaoğlu, s. 354, dn. 475). “*Çocuğun ruh sağlığını bozacak şekilde nitelikli cinsel istismar suçundan, ..., 5237 Sayılı TCK’nın 103/2 maddesinde mefruz cebrin unsur olarak yer almasına ve aynı Yasanın 103/4 maddesinin ise yalnızca maddi cebri ifade etmesine göre; 2008 yılı Temmuz ayından yaklaşık 2 yıl öncesinden başlayıp değişik tarihlerde tekrarlanmasına rağmen mağdurenin cinsel istismar eylemlerini hiç kimseye anlatmayıp şikayetçi olmaması ve hamile olduğunun tespitinden sonra açıklama yapması gözetildiğinde, istismar eylemlerinin cebir şiddet kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı, istismar eylemlerinin maddi cebir veya tehdit sonucu gerçekleştirdiği hususunda sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, yazılı gerekçelerle sanık hakkında TCK’nın 103/4 maddesi ile artırım yapılması, Kanun’a aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 02.03.2011 T., 448/ 1554).

bulacaktır (TCK m. 103/5). Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmelerimiz için cinsel saldırı suçunda TCK m. 102/4 ile ilgili açıklamalarımıza atıf yaparız.

2. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü (TCK m. 103/6)

Cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali⁶⁹⁰ olarak , suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi⁶⁹¹ veya ölümü⁶⁹²

⁶⁹⁰ Alman ceza kanununun 176/1 ve 3. fıkraları uyarınca, çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçu, eğer suçlu, mağduru ölüm tehlikesine maruz bırakırsa, Ceza Kanunu'nun 176a/5 maddesinde yer alan 2. alternatifin kriteri yerine gelmiş olur. Bu hükmün kriteri kesin ölüm tehlikesini şart koşturur. Ceza Kanunu'nun 176a (*Çocukların cinsel istismarının ağır hali*) maddesinin 5. fıkrasında yer alan bu düzenleme, Ceza Kanunu'nun 18. maddesinde (*Filinin özel neticeleri sebebiyle daha ağır ceza*) öngörülen neticelenmiş bir suç şart koşturmamaktadır. Ölüm tehlikesi suç nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Eğer mağdurun ölüm tehlikesi bizzat cinsel istismar eylemi nedeniyle meydana gelmişse (örneğin küçük çocuklara karşı ceza kanununun 174a maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca suç işlerken ciddi yaralamalar nedeniyle ölüm tehlikesine sebebiyet verme) veya cinsel eylemin bir sonucu olarak meydana gelmişse (örneğin hayati tehlikeye sebebiyet veren hamilelik, suçlunun mağdura HIV virüsünü bulaştırması, suç nedeniyle oluşan hamileliğin iptali sırasında meydana gelen komplikasyonlar, suç nedeniyle oluşan travma nedeniyle intihar tehlikesi) (Fischer, Strafgesetzbuch, § 176a Rdn. 20; ayrıca bkz. Schönke/Schröder, § 176a Rdn. 15; Laubenthal, 2012, s. 214).

Eğer suçlu şiddete başvurarak çocuğu cinsel eylemi gerçekleştirmeye veya buna katlanmaya zorlarsa ve uyguladığı şiddet mağdurun ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olursa, ölüm tehlikesi ceza kanunu'nun 176a maddesinin 5. fıkrası uyarınca işlenen suç nedeniyle de meydana gelmiş olur. Ölüm tehlikesi açısından suçluda en azından olası kastın mevcut olması gerekir. Çocuğun ölümüne ihmal nedeniyle sebep olmak bu açıdan yeterli değildir (Laubenthal, 2012, ss. 214-215).

⁶⁹¹ Yapılacak olan bir değişiklikle; mağdurun cinsel istismar neticesinde hayati tehlikesinin bulunması halinin de TCK m. 103/ 6 kapsamına alınması hususu önerilmektedir. Aksi halde; cinsel istismar neticesinde mağdurun çok şiddetli iç kanama geçirmesine sebep olan faile verilecek cezanın tatmin edici olmayacağı belirtilmektedir. Failin fiili neticesinde hastalık bulaşan ve devamında hayatını kaybeden mağdurun durumunda ise failin fiili ile mağdurun ölümü arasındaki illiyet bağı kesilmeyeceğinden bu hususta bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı da vurgulanmaktadır (Nişancı, s. 247).

⁶⁹² Alman Ceza Kanunu'nun 176. maddesi (*Çocukların cinsel istismarı*) uyarınca işlenen cinsel istismar suçunun faili, en azından ihmal nedeniyle mağdurun ölümüne sebebiyet verirse, Ceza Kanunu'nun 176b maddesi (*Çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması*) bunun için en az 10 yıl hapis cezası veya ömür boyu hapis cezasını artırılmış ceza olarak öngörür. Ceza kanununun 176b maddesi uyarınca suçun neticelendirilmiş olması gerekir. Ceza Kanunu'nun 176. maddesi veya 176a maddesi uyarınca suç işleyen failin, cinsel istismar eylemi nedeniyle ölüme sebebiyet vermiş olması gerekir. Temel suç ile ölümün meydana gelmesi arasında sebebiyet kuralının haricinde özel bir bağlantının daha var olması gerekir (Johannes Wessels, Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 41. Aufl., Heidelberg, 2011, s. 8; Laubenthal, 2012, s. 215). 176 ve 176a (*Çocukların cinsel istismarının ağır hali*) maddeleri kapsamında işlenen suçlarda gerçekleştirilen eylem ölüm neticesiyle sonuçlandığında, çocuğun ölümüyle ölüm tehlikesinin suçla bağlantılı olarak meydana gelmiş olduğu varsayılır ve o zaman dolaysız bağlantı söz konusu olur. Bu durum ceza kanununun 176 ve 176a maddesinde sadece cinsel istismar eyleminin kendisini kapsamaz (örneğin çocuk eğer ceza kanununun 174a (Mahpusların, bir makamın kararı ile muhafaza altında tutulan veya kurumlarda bulunan hasta ve yardıma muhtaç kişilerin cinsel istismarı) maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca uygulanan penetrasyon nedeniyle oluşan iç yaralanmalar nedeniyle ölürse). Suçlunun temel suçun tamamlanmasına sebep olan tüm eylemleri suç olarak sayılır. Bu nedenle çocuğun cinsel temaslarda bulunmasını sağlamak veya bunlara zorlamak için uygulanan tüm şiddet eylemleri de

düzenlenmiştir⁶⁹³. Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 103/6). TCK m. 23'e göre failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranmaktadır⁶⁹⁴. Failin ağır neticeye yönelik olarak kastının olması durumunda, ayrıca kasten öldürme ya da kasten yaralamadan da sorumlu olacağı vurgulanmaktadır⁶⁹⁵. Bu konuda daha geniş açıklama ve değerlendirmelerimiz için cinsel saldırı suçunda TCK m. 102/5 ile ilgili açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

buna dahildir. Aynısı cinsel eylemden sonra mağduru susturmak için uygulanan şiddet için de geçerlidir. Eğer çocuk suçludan kaçmaya çalışırken ölürse yine suça özgü tehlikenin meydana geldiği varsayılır (Fischer, Strafgesetzbuch, § 176b Rdn. 2; Laubenthal, 2012, ss. 215-216). Eğer çocuk uğramış olduğu cinsel istismarın neticesinde yaşadığı travma yüzünden intihar ederse dolaylı bağlantı mevcut olur. Ceza Kanunu'nun 176b maddesi daha çok cinsel istismar nedeniyle oluşan hamilelik mağdurun ölümüne yol açarsa uygulanır. En azından ihmal nedeniyle çocuğun ölümüne yol açılmış olmalıdır. Ceza Kanunu'nun 18. maddesinden farklı olarak basit ihmal burada yeterli olmaz. Ceza kanununun 176b maddesi en azından ihmal kavramından bahsettiğinden dolayı, eylemi neticelendirme kastını da kapsar. Çünkü cezayı daha alt bir seviyeden daha üst bir seviye arasında sınıflandırma unsurunda kastı hariç tutma diye bir sınırlandırma fonksiyonu yoktur (Klaus Laubenthal, "Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.4.1988", *JR*, 1988, s. 335; Laubenthal, 2012, s. 216). Ceza kanununun 176b maddesi 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezası veya ömür boyu hapis cezasını öngörür. Ömür boyu hapis cezası özellikle eğer cinsel istismarı gerçekleştiren suçlu, çocuğun ölümüne kasten sebebiyet veriyorsa uygulanır. Ancak ihmal nedeniyle sonuçlanan ölümler de yine de duruma göre dikkate alınabilir. Örneğin eğer çocuk cinsel istismar esnasında aşırı işkenceye maruz kalmışsa yine ömür boyu hapis cezası dikkate alınabilir (Laubenthal, 2012, s. 216).

⁶⁹³ İlgili fıkra 6545 sayılı Kanun m. 59 değişikliğinden önce TCK m. 103/7'de yer almakta idi. Bu değişiklik ile, TCK m. 103/6'nın eski halinde bulunan hüküm ilga edilmiş ve yerine TCK m. 103/7'de yer alan hüküm gelmiştir.

⁶⁹⁴ Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç madde 23- "(1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir".

⁶⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 363.

3. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması (6545 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki TCK m. 103/6)

18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun m. 59 ile bahsi geçen nitelikli hal⁶⁹⁶ kaldırılmıştır⁶⁹⁷. Düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde söz konusu durumların

⁶⁹⁶ TCK m. 103/6'nın ilga edilen eski hali, "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur" şeklinde idi. "Dava cinsel saldırı suçuna ilişkindir. Sanığın, diğer sanık O.'nun eylemine yardım etmediğine ilişkin aşamalarda istikrarlı beyanları, mağdure ve tanığın sanığı doğrulayan anlatımları ve tüm dosya içeriğinde göre, sanık O.'nun mağdureye nitelikli cinsel istismar eylemini arabanın dışarısında gerçekleştirdiği, bu arada sanık Ş.'nin arabanın içerisinde tanık ile oturduğu ve sanık O.'nun eylemini gerçekleştirmesi için herhangi bir aktif harekette bulunmadığı ve üzerine atılı suçu işlediğine dair şüpheden uzak, mahkumiyetine yeterli delil elde edilemediğinden sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken mahkumiyetine karar verilmesi, Alanya Devlet Hastanesinin raporunda mağdurenin ruh sağlığının bozulduğunun belirtilmiş olması karşısında, mağdurenin olay nedeniyle ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin, Norveç adli makamlarına talimat yazılarak en az 2 adli tıp uzmanı, bir psikiyatrist ve diğer branşlardan oluşan en az 5 kişilik sağlık kurulundan rapor alınarak sonucuna göre sanık hakkında TCK'nın 102/5 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerekirken bu hususlar yerine yerine getirilmeksizin eksik soruşturma ile hüküm kurulması kanuna aykırıdır." (Y. 14. CD., 20.06.2012 T., 120/ 7003) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2016).

⁶⁹⁷ "Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen zorla ve ruh sağlığını bozacak biçimde çocuğun müteselsilen nitelikli cinsel istismarı suçuna uyan 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/4 ve 43 maddeleri uyarınca verilen ceza 15 yıla ulaşsa veya geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 49/1 ve 103/6 maddeler gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak hakkaniyet gereği ve anılan maddeye işlerlik kazandırabilmesi için cezada bir miktar daha artırım yapılması gerektiği gözetilmeden 103/6 maddenin uygulama dışı bırakılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Y. 5. CD., 18.05.2009 T., 4782/ 5912) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2015). "Sanığın 15 yaşından küçük mağdurun yanına yaklaşarak "seninle ilgili babana bir sürü yalan söylerim hırsızlık yaptığını söylerim" dediği tokat atıp kolundan tutarak تنها bir yere götürdükten sonra pantolonunu çıkartmasını istediği bu istemi kabul edilmeyince tekrar tokat attıktan sonra eylemine devam ettiğinin anlaşılmasına nazaran sanık hakkında T.C.K.nun 103/4. maddesinin uygulanmaması, Organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs sonucu T.C.K.nun 103/6. maddesinde belirtilen hal gerçekleştiğinden teşebbüs hükümlerinin neticeye değil, buna sebep olan nitelikli cinsel istismar fiiline uygulanıp Ceza Genel Kurulu'nun benzerlik arz eden 20.11.2007 gün ve 2007/142 Esas, 2007/240 Sayılı kararında teselsül için öngörülen haller bu durum sebebiyle de geçerli olduğundan, 5237 sayılı T.C.K.nun 35. maddesinin aynı Yasanın 61/5. maddesindeki sıraya uygun olarak 103/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde eksik ceza tayini..." (Y. 5. CD., 15.03.2011 T., 2010/ 10777 E., 2011/ 1982 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2016).

Burada genel ilkelerden yola çıkarak bu düzenlemenin uygulanabilmesi için sanığın eylemi ile sonuç arasındaki illiyet bağının ortaya konulması ve en azından taksirle hareket edilmesi gerektiği de belirtilmekte idi. Yargıtay, ilgili düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde, mağdurun olayın üçüncü kişilerce duyulması üzerine ruhsal durumunun etkilenmesi nedeniyle duyduğu üzüntü ve sıkıntı neticesinde ortaya çıkan hali ruh sağlığı bozukluğu olarak değerlendirmemekte idi. Zira, neticenin başka bir nedenden değil, yargılamaya konu suçtan oluşmasının gerekli olduğu da kararlarda vurgulanmaktaydı. Ağır netice olarak ortaya çıkan mağdurun ruh sağlığındaki bozulmanın sanık tarafından öngörülememesi ve taksirle dahi hareket etmesinin söz konusu olmaması durumunda ise, meydana gelen zararın ancak, cezanın bireyselleştirilmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasında dikkate alınabiliyor idi (Bkz. Kocaoğlu, ss. 356-359, dn. 483-484).

tespiti mahkemenin hukuki bilgisi ile çözülebilecek nitelikte olmadığından bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulmaktaydı⁶⁹⁸. Yargıtay, o dönemde verdiği kararlarında, bu raporun çocuklarda suç tarihinden itibaren en az altı ay, erişkinlerde ise en az on iki ay geçtikten sonra Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu ya da 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu⁶⁹⁹ (m. 7, m. 23 ve m. 31) gereğince usulüne uygun biçimde

“Sanığın, mağdurenin belini tutarak dudağından öpme şeklindeki eylemine dair Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca “travma sonrası stres bozukluğu oluştuğu” yönünde rapor düzenlenmiş ise de; sanık tarafından işlenen dokunma, sıkma, öpme gibi ani nitelikteki, devamı bulunmayan, kesik biçimde gerçekleştirilen hallerde mağdurun olayın üçüncü kişilerce duyulması üzerine ruhsal durumunun etkilenmesi sebebiyle duyduğu üzüntü ve sıkıntı sonucunda ortaya çıkan halin ruh sağlığı bozukluğu olarak değerlendirilemeyeceği ve TCK’nın 103/6 maddesinde öngörülen netice sebebiyle ağırlaşmış hal maddesinin cinsel istismar eyleminin ağır boyutlara ulaşması, ısrarla gerçekleştirilmesi ya da suçun nitelikli halinin işlenmesi sebebiyle gerçekleşebilecek bir sonuç olabileceği gözlemlenmeden mağduredeki halin bir ruh sağlığı bozulması mı yoksa suç sebebiyle ruh sağlığının etkilenmesi mi olduğunun saptanması ve rapordaki sonucun dayandığı verilerin açıkça yazılması yerine eksik ve yetersiz adli tıp raporuna dayanılarak ceza belirlenmesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 23.09.2013 T., 6230/ 9482) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.07.2016).

“Beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında; mağdurenin ilk eylem tarihini istikrarlı bir şekilde belirtmesine karşın bu tarihten daha önce Devlet Hastanesi Baştabipliğinin müzekkeresinde mağdurenin ilaç intoksikasyonu tanılarıyla tedavi edildiğinin belirtildiği, buna göre mağdurenin cinsel istismar eylemlerinden önce intihara teşebbüs ettiğinin anlaşılması ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporunda ise mağdurenin intihar girişimiyle ilgili değerlendirme bulunmadığından, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden mağdurenin intihar girişiminde bulunması sebebiyle ruh sağlığının cinsel istismar eylemlerinden önce bozuk olup olmadığının sorulup, sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.” (Y. 14. CD., 03.07.2012 T., 2527/ 7590) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.07.2016).

⁶⁹⁸ Kocaoğlu, s. 360, dn. 486. *“Çocuğun cinsel istismarı suçunda; uyumsuzluk; sanığın eylemi sebebiyle mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına dair rapor alınmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ilişkindir. Katılan vekilinin yargılama aşamasında suç sebebiyle mağdurenin psikolojik tedavi gördüğünü, bu sebeple mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiğini ileri sürmesi, iddiasını doğrular şekilde mağdurenin tedavi gördüğüne dair Araştırma ve Uygulama Hastanesi tarafından düzenlenen sağlık raporunda mağdurenin travma sonrası stres bozukluğu ve depresif olduğu cinsel istismar suçunun fiile bağlı neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri olan mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına dair olarak çözümü uzmanlık gerektiren bu konuda Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulundan veya usulüne uygun şekilde teşekkül ettirilmiş yüksek öğrenim kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınması gerekirken, iddianamedeki anlatım ve mahkeme gözlemi gerekçe gösterilip, bu konuda araştırma yapmaktan sarfinazar edilerek karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (Y. CGK., 15.04.2014 T., 2013/ 14-712, 2014/ 185) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).*

⁶⁹⁹ RG., 20.04.1982/ 17670.

oluşturulmuş⁷⁰⁰, Yüksek Öğrenim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınmasını zorunlu görmekteydi⁷⁰¹.

Tezcan/ Erdem/ Önok, TCK m. 103/1 ve 103/2’de öngörülen cezaların artırılması suretiyle, ilgili halin ortadan kalkması sonucu şüpheli, sanık veya

⁷⁰⁰ Bkz. Kocaoğlu, s. 360, dn. 487. “Çocuğun cinsel istismarı suçunda uyuşmazlık; mağdurenin ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ilişkindir. Suç tarihinde 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurenin, gerçekleştirilen eylem sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin raporun yerel mahkeme tarafından, Adli Tıp Kurumu yerine Üniversitenin Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınmasında bir isabetsizlik bulunmamakta ise de, Adli Tıp Kurumu Altıncı İhtisas Kurulunda yer alması gereken uzmanlık dallarında görevli uzmanlar arasından seçilecek ve içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi bulunan en az beş kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekmektedir. Bu düzenlemeye kısmen aykırılık oluşturacak şekilde, ilgili İhtisas Kurulu uzmanlık dalları arasında sayılmamış ve ne tür bir gerekçe ile uzmanlıklarına başvurulduğu belirlenemeyen “Nöroloji Anabilim Dalı” ve “Çocuk Nörolojisi Bilim Dalı” uzmanlarının heyete dahil edilerek, beş kişi tarafından düzenlenmiş olan ve aynı zamanda, mağdurede Devlet Hastanesi Nöroloji Kliniğince tespit edilen rahatsızlıkların, bu olaydan ötürü gerçekleştiği belirtilen “ruh sağlığının bozulması” durumuna etkisinin olup olmadığı konusunda görüş belirtmeyen ve bu nedenle içerik itibarıyla da yetersiz bulunan rapor esas alınarak hüküm kurulması isabetsizdir.” (Y. CGK., 31.10.2012 T., 5-828/ 1824) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.07.2015).

⁷⁰¹ Bkz. Kocaoğlu, ss. 360-361, dn. 488. “Uyuşmazlık; mağdurelerin ruh sağlıklarının bozulup bozulmadığına ilişkin adli raporun, olaydan en az altı ay sonra alınmasının zorunlu olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanığın, suç tarihi itibarıyla sekiz yaşında bulunan mağdurelere karşı, beş gün arayla ve aynı nitelikte gerçekleştirdiği basit cinsel istismar eylemleri nedeniyle, Adli Tıp Kurumu Muğla Şube Müdürlüğü tarafından mağdurelerin yapılan muayeneleri neticesinde, olayın üzerinden altı ay geçtikten sonra yeniden muayene yapıp rapor tanziminin uygun olacağına belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Altıncı İhtisas Kurulunca ise dörtbuçuk ay geçtikten sonra yapılan muayene sonucu mağdurelerden birisinin ruh sağlığının bozulduğu, diğerinin ise bozulmadığı sonucuna varıldığı, yerel mahkemece aynı nitelikteki eylemlere maruz kalan aynı yaştaki mağdurelerden birinin ruh sağlığının bozulduğu, diğerinin ise bozulmadığının çelişkili olacağı görüşüyle, mağdure Bengisu hakkında Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor talep edildiği, anılan Kurulca da dosya üzerinden yapılan incelemede, Altıncı İhtisas Kurulunca ruh sağlığının bozulduğu rapor edilen mağdure muayene edilmeksizin ruh sağlığının bozulduğunun belirtildiği göz önünde bulundurulduğunda, aynı mahallede ikamet eden, arkadaş olan, aynı yaşta bulunan ve beş gün arayla aynı sanığın aynı nitelikteki eylemlerine maruz kalan mağdurelerden birinin ruh sağlığının bozulduğu, diğerinin bozulmadığı yönündeki raporlar nedeniyle başlangıçta yerel mahkemede de oluşan çelişkinin, sanığın fiilinin basit cinsel istismar niteliğinde olduğu da gözetildiğinde, ancak olayın üzerinden altı aylık süre geçtikten sonra yapılan muayene neticesi verilecek raporlarla giderilmesi gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” (Y. CGK., 01.04.2014 T., 2013/ 14-796, 2014/ 161) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2016).

“Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulmuştur...Ancak; Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre de; mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırımı nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespitin, onsekiz yaş altındaki çocuklarda suç tarihinden itibaren en az altı ay, erişkinlerde ise en az oniki ay geçtikten sonra Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu ya da Adli Tıp Kanununun 7, 23 ve 31. maddeleri gereğince usulğne uygun şekilde teşekkül ettirilmiş Yüksek Öğrenim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınarak yapılması gerektiği gözetilmeden, 13.07.2012 tarihinde dokuz haftalık gebe olan mağdure hakkında Mersin üniversitesi Çocuk Koruma ve Uygulama Merkezince altı aylık süreden önce 12.09.2012 günü yapılan muayeneye istinaden düzenlenen rapora dayanılarak verilen cezanın TCK’nın 103/6 maddesiyle artırılması, isabetsizdir.” (Y. 14. CD., 09.11.2015 T., 5913/ 10343) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2016).

hükümlüler açısından lehe sonuç doğmasının önüne geçildiğini belirtmişlerdir⁷⁰². Gerçekten de daha önce de değindiğimiz üzere 6545 sayılı Kanun değişiklikleri ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar konusunda genel olarak cezaların artırılması yoluna gidilmiş olduğunu görmekteyiz. İlgili düzenlemeye ilişkin değişikle de “*beden ve ruh sağlığının bozulması*” ağırlaştırıcı bir neden olmaktan çıkarılmıştır. Söz konusu fiillere maruz kalanların bir de çeşitli muayenelerden geçirilerek beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığının kanıtlanması zorunluluğunun kaldırılmasının doğru bir uygulama olduğunu söylemek mümkünse de, bunun adeta cezaların içine yedirilerek bu kez cezaların artırılması yoluna gidilmesinin ne kadar uygun bir yol olduğu kanaatimizce tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre, cezaların artırılması, uygulamada hakimleri vicdani olarak alt sınıra yakın cezalar vermeye yöneltebilmektedir. Ancak daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, burada asıl önemli olan, cezanın mutlak bir şekilde uygulanacağı kanaatinin toplumda egemen olmasıdır. Bunun sonucu olarak da bireylerin suç işlemekten önce düşünmeleri ve suç işlemekten kaçınmaları sağlanabilecektir. Cezanın caydırıcı olması isteniyorsa asıl yapılması gereken, yargılamanın suçun işlenmesinden sonra en kısa süre içinde tamamlanması ve gerekiyorsa faile ceza

⁷⁰² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 403-404. İlgili düzenleme ile ilgili tartışmalar ve dile getirilen sorunlar yürürlükte olduğu dönemde de oldukça fazla idi. “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 20.11.2007 gün ve 2007/ 5-142 Esas, 2007/ 240 Sayılı Kararında belirtildiği üzere, 5237 Sayılı Kanunun 61. maddedeki sıralamaya göre, 43. maddenin 103/6 maddeden sonra uygulanması gerektiği, ancak sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK’nın 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaştırılmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 103/6 maddeden öncekiler olması nedeniyle, TCK’nın 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın 103/6 ile tayin edilen ceza üzerinden değil, bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden hesaplanıp bulunacak miktarın 103/6 maddeyle belirlenen cezaya eklenmesiyle sonuç cezanın tayini gerektiğinin gözetilmemesi, Kanun’a aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 14.05.2012 T., 1846/ 5435) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2015).

Her kim, gerçekleştirdiği eylem nedeniyle mağduru, sağlığının ağır bir şekilde bozulma tehlikesine veya fiziksel ya da ruhsal gelişimi açısından ağır bir zarar görme tehlikesine maruz bırakırsa, Alman Ceza Kanunu’nun 176a/3 maddesi uyarınca çocuklara karşı cinsel istismar suçunun ağır halini işlemiş olur. Tehlikenin meydana geldiği anda suç işlenmiş olur. Burada suçlunun yaşı önem taşımaz. Ceza Kanunu m. 176a/3 uyarınca ağır zarar görme tehlikesi, Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin 1. fıkrasındaki yaralamanın ağır haliyle eşit sayılamaz, aksine daha geniş kapsamlıdır. Burada fiziksel ve psikolojik zarar görme durumu söz konusudur, bu durumda çocuğun sağlığına ciddi, kökten ve kalıcı olarak zarar verilmiş olunur. Cinsel istismara uğramış mağdur, uzun süreli bir rahatsızlık veya yaşam kalitesinde ciddi bir düşüş yaşamaktadır. Ağır sağlık tehlikesi, örneğin suçlu, eğer cinsel istismara uğramış mağdura bulaşıcı bir hastalık bulaştırdı ise veya cinsel ilişki nedeniyle vajinal yaralanmalara sebep oldu ise söz konusudur. Cinsel istismar nedeniyle uzun tedavi süreçleri gerektiren ağır psikolojik travmaların da kapsam alanına girdiği belirtilmektedir (BT-Drs. 13/8587, s. 28; Laubenthal, 2012, s. 206).

verilmesi ve böylece toplumda da cezadan kaçma ihtimalinin olmadığı izleniminin yaratılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin, 12.11.2015 tarihinde 2015/100 sayılı kararıyla TCK'nın 103/2. maddesinde bulunan “16 yıldan aşağı olmamak kaydıyla” hapis cezası öngören düzenlemeyi iptal edilmiş idi. Mahkeme düzenlemeyi orantılık ilkesine ve hukuk devletinin gereklerine aykırı bularak, ilgili karar bir yıl sonra yürürlüğe girecek şekilde olmak üzere iptal etmişti. Söz konusu karar, yukarıda bahsettiğimiz görüşün bir bakıma onaylanmasıdır⁷⁰³.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Çocukların cinsel istismarı suçunda meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin ortaya çıkması mümkün değildir. Yaptığı hareketlerin anlamını bilen ve sonuçlarının farkında olan 15 yaşını doldurmuş çocuğun⁷⁰⁴ fiile yönelik olarak vereceği rızanın⁷⁰⁵ ise m. 103 bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak ayrıca vurgulanmaktadır⁷⁰⁶. Bu durumda cinsel istismar suçundan değil “*reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*”ndan söz edilebileceğini vurgulamak gerekmektedir⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Bu konuda bkz. “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” ve “Aile Düzenine Karşı Suçlar” Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Klinikleri Hakkında”, **TBBD**, Yıl: 29, S. 122, Ocak-Şubat 2016, s. 442.

⁷⁰⁴ Cinsel istismar suçunun mağduru on beş yaşından küçük ise, bu yaştaki mağdurun, fiile yönelik vereceği rızanın hukukten geçerliliğinden söz edilemeyecektir. On beş yaşından küçük mağdura yönelik her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağı için, mağdurun rızasının herhangi bir önemi de bulunmamaktadır (Aydın, Ağustos 2014, s. 64).

⁷⁰⁵ TCK m. 26/2'ye göre; rıza açıklamasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için; ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir konunun bulunması, rızanın ilişkin olduğu konu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olması, rıza açıklama yeteneğine sahip olması gerekmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 347-364; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ekim 2016, ss. 210-214; Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 318-325; Öztürk/Erdem, ss. 244-250; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, 8. Baskı, Eylül 2015, ss. 278-282; Hakeri, Genel Hükümler, ss. 359-373; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 450-460; İçel, ss. 382-393). Mağdurun rızasının, cinsel davranışın tüm aşamalarına yönelik olması gerekmektedir. Örneğin, başlangıçta erkek arkadaşının kendisini öpmesine izin veren mağdurun, öpüşmeden ileri aşamaya geçilmesine (okşama, sevişme, cinsel ilişki vb.) rızasının olmaması halinde, fail buna rağmen öpüşmenin ilerisine geçecek olursa, artık eylemine yönelik bir rızadan ve bu rızaya bağlı hukuka uygunluk sebebinden söz etmek mümkün olamayacaktır (Aydın, Ağustos 2014, s. 64).

⁷⁰⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364; aynı yönde bkz. Arslan/Azizağaoğlu, ss. 469-470. Yazar, TCK ile onbeş yaşını bitirmiş çocukların yaptığı cinsel davranışların ve cinsel ilişkisinin sonuçlarını idrak edebilmeleri söz konusuysa, bunların cinsel yaşamları üzerinde sınırlı da olsa tasarruf yetkisi verdiğini belirtmektedir (Soyaslan, s. 249).

⁷⁰⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364. Çocukların cinsel istismarı suçunda, suçun mağduru olan çocuğun on beş yaşından büyük olması halinde, bu mağdurun kendisine yönelik cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara karşı göstereceği rıza, eylemi hukuka uygun hale

Bunun yanında ayrıca tıbbi müdahaleler çerçevesinde hekim tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayenelerin de hekimlik mesleğine ilişkin hakkın kullanılması⁷⁰⁸ ve ilgilinin rızası hükümleri çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Benzer olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı düzenleyen CMK m. 75 vd. hükümlerine göre vücudun cinsel bölgelerinde yapılan müdahaleler de⁷⁰⁹ hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olup, burada kanun hükmünün uygulanmasından⁷¹⁰ ve hekimlik mesleğinin icrasından da bahsedilebileceği vurgulanmaktadır⁷¹¹.

getirecektir. On beş yaşından büyük mağdura yönelik cinsel davranış “*cinsel ilişki*” boyutunda ise, söz konusu fiil TCK m. 104/1 kapsamındaki suçu oluşturacaktır (Aydın, Ağustos 2014, s. 64).

⁷⁰⁸ TCK m. 26/1: “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin üç temel koşulu bulunmaktadır: -Fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkın varlığı ilk koşuldur. Kullanılabilmesi başvuruya ya da izin alınmasına bağlı bir hak söz konusu ise bu durumda hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyecektir. -İkinci koşul, hakkın kullanılması (icrası) ve işlenen suç arasında nedensellik bağlantısının varlığıdır. -Üçüncü ve son koşul ise hakkın kötüye kullanılmaması olarak ifade edilmektedir. Bunlar çerçeve koşullar olup, ayrıca her bir durum için öznel koşulların da göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 323-324; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, ss. 204-210; Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 304-306; Öztürk/Erdem, s. 235; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 272-273; Hakeri, Genel Hükümler, s. 346; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 409-410; İçel, ss. 360-361).

⁷⁰⁹ Bir hekimin CMK hükümlerine göre verilen bir rızaya ya da hakim kararına veya Cumhuriyet savcısının emrine dayalı olarak genital muayane yapması, hekimin kanun emrini yerine getirmesi sebebiyle hukuka uygun olacaktır. Hekimin belirtilen izin olmadan ilgili muayeneyi yapması halinde eylem (cinsel tatmin amacıyla yapılmamış ise) TCK’nın 287. maddesinde yer alan izinsiz genital muayene yapma suçunu meydana getirecektir. Öte yandan, bir hekimin ve sağlık mesleği mensuplarının, tıbbi tedavi kapsamında bir çocuğun vücudunu ellemesi, genital organlarını muayene etmesi ve bakması da bu kapsamda hukuka aykırılık unsurunu taşımadığından suç teşkil etmeyecektir. Fakat hekim ya da sağlık çalışanı, tıbben gerekmediği halde cinsel arzularını tatmin amacıyla kendisine hasta olarak başvuran çocuğa temas ediyor ise, eylemi TCK’nın 103. maddesinde yer alan suçu oluşturacaktır. Bu durumdaki kişi hakkında belirlenecek ceza da failin sağlık çalışanı olması sebebiyle TCK’nın 103/3-d maddesi gereğince artırılacaktır (Aydın, Ağustos 2014, s. 64).

⁷¹⁰ TCK m. 24/1: “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” Bu hükme göre, hukuk düzeni içerisinde herhangi bir normatif düzenlemeye riayet edilmesi, eylemin hukuka uygun olması için yeterlidir. Bu normatif düzenleme bir kanun hükmü olabileceği gibi bir tüzük, yönetmelik hükmü de olabilecektir (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 293-297; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, s. 193).

⁷¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364. Görüldüğü gibi, çocukların cinsel istismar niteliğindeki eyleme gösterdiği rızanın geçerli olup olmadığı konusunda ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. 15 yaşına kadar olan çocukların davranışa göstermiş olduğu rıza hiçbir halde geçerli kabul edilmemektedir. Buna karşılık 15 yaşından büyük olan çocukların, ister basit, isterse nitelikli hal söz konusu olsun, eyleme göstermiş olduğu rıza ise geçerli sayılmaktadır. Ancak “cinsel ilişki”, söz konusu olmuş ise, TCK m. 104’ün uygulanma ihtimaline dikkat edilmelidir ki, bu ihtimal üzerinde ileride ayrıntılı olarak durulacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 393).

V. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsurunun genel kast olduğunu kabul etmekle birlikte, bu fiillerin olası kastla işlenmesinin de teorik olarak mümkün olduğunu belirtmek gerekir⁷¹². Doktrinde bazı yazarlar cinsel istismar suçunun nitelikli halinin (TCK m. 103/2) genel kastla işlenebileceğini ancak suçun basit halinin (TCK m. 103/1) yalnızca cinsel arzuları tatmin gayesine yönelik özel bir kastla işlenebileceğini ileri sürmekte⁷¹³ iseler de kanaatimizce cinsel istismar suçunun hem basit hali (TCK m. 103/1) hem de nitelikli hali (TCK m. 103/2) sadece genel kastla işlenebilecektir. Faildeki saikin ise önemi bulunmamaktadır⁷¹⁴.

⁷¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364; Nuhoglu, Avrupa Konseyi, s. 294. Burada özellikle de mağdurun yaşı açısından, failin, mağdurun 15 yaşını doldurmamış olma ihtimalini göze almış olması örnek olarak verilmektedir. Saikin ise bir önemi bulunmamaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 404; aynı yönde bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 21-22, 176; Ataç, s. 123; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 316-317).

⁷¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 316. Doktrinde, cinsel istismar suçunun hem basit hem de nitelikli halinin özel kastla işlenebileceği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, failde çocukların cinsel istismarına yönelik özel kast olmalı, failde bu çeşit bir kast tespit edilemediğinde, ya başka bir suçun işlenip işlenmediği incelenmeli ya da fail hakkında cinsel istismar suçlamasına gidilmemelidir. Şen'e göre, faildeki özel kastın varlığı, hem sübjektif hem de objektif esaslar kullanılarak araştırılmalıdır. Çocuğu sadece sevmek isteyen ve bu nedenle çocuğun başını, yanaklarını ve/veya yanaklarını okşayan failin hareketi, TCK m. 103 anlamında suç sayılmamalıdır. Bu gibi hallerde Şen' göre, failin saiki bir yana bırakılıp, yalnızca karar veren makamın tahmin ve değerlendirmesine bağlı olarak kast incelemesi ve tespiti yapılmalıdır (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 399).

Kanunun mevcut formülasyonu cinsel istismar suçunun manevi unsurunun “özel kast” olarak ele alınmasına uygun değildir. Böyle olmakla birlikte Kocaoğlu, Şen ile aynı yöndeki endişeleri paylaşarak cinsel istismar suçunun manevi unsurunun “özel kast”a tabi kılınması gerektiğini düşünmektedir (Bu nedenle en kısa zamanda kanuni değişikliğe gidilmesi konusundaki görüş için bkz. Kocaoğlu, s. 316). Koca/Üzülmez'e göre ise, suçun basit hali için davranışlarının cinsel tatmine yönelik olup olmadığının araştırılması gerekmekte iken, nitelikli hal olan sair organ veya cisim sokma halinde objektif olarak istismar kabul edilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 316-317).

⁷¹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 364; aynı yönde bkz. Soyaslan, s. 249; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 404.

Faildeki kastın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına (cinsel davranışa, mağdurun yaşına⁷¹⁵ ve algılama yeteneğinin gelişmediğine veya iradeyi etkileyen bir nedenin etkisi altında bulunduğu) yönelik olması aranmaktadır⁷¹⁶.

Bu konularda ortaya çıkan önemli sorunlardan bir tanesi de hatadır. Özellikle failin mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesi yargı kararlarına da sıkça

⁷¹⁵ Kastın kapsamına failin mağdurun çocuk olduğunu bilmesi gerekliliği de gireceğinden, failde, mağdurun çocuk olduğuna dair bir algının olması yeterli olup, onun yaşını ve dolayısıyla doğum tarihini tam olarak bilmesine ise gerek bulunmamaktadır. Failin mağdurun yaşı hususunda düştüğü yanlış kastı ortadan kaldıracaktır. Fail, suçun nitelikli halini gerçekleştirmişse buna ilişkin özellikleri de bilmek durumundadır. Vücuda organ ya da cisim sokma yoluyla cinsel istismar suçunda, bu tür davranışlar objektif olarak suçu meydana getirdiğinden Koca/ Üzülmüş'e göre hangi saik ve amaçla gerçekleştirildikleri önemli değildir. Failin kastını dış alemde gerçekleştirilen hareketler ortaya koyduğundan, failin kastının tespiti için davranışın hangi amaçla gerçekleştirildiğini araştırmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'da onbeş yaşından küçük çocukların cinsel istismar teşkil eden fiiller bakımından gösterdikleri rızaya geçerlilik tanınmamıştır. Bu yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismarı oluşturan fiiller küçüğün rızasına dayalı olarak gerçekleştirilse de suç teşkil edecektir. Ancak Koca/ Üzülmüş, somut olayda failin mağdurun yaşı hususunda yanlışlığa düşmüş olabileceğini belirtmektedirler. Bu yanlışlığa dair ispat sorunları aşıldığı durumlarda, yanlışlasaydı, yani gerçekleşen ile tasavvuru birbirine uyumlu olsaydı, işlenen fiil cinsel istismar suçunu oluşturmayaacağından failin kastının kalktığına kabul edilmesi gerektiğini de vurgulamaktadırlar. Bu görüşe göre, cinsel istismarda mağdurun yaşına dair düzenleme suçun maddi unsurlarından birini oluşturduğu için, failin bu yanlışlığının maddi unsurlarda yanlışlık kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 317).

Kanun koyucunun ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler ile isnat yeteneğini azaltan ya da kaldıran nedenlerin maddi koşullarında hata arasında herhangi bir ayırım yapmamış olduğu da belirtilmektedir (Demirbaş, Genel Hükümler, s. 419). Buna göre fail, hukuka uygunluk nedenleri veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ya da isnat yeteneğini azaltan ya da kaldıran nedenler yahut da cezalandırılabilme şartları hususunda, dikkatsiz ve özensiz davranmadığı, kusursuz ve en hafif şekliyle dahi kınanamayacağı bir hata yapmışsa, bundan yararlanmalı ve cezalandırılmamalıdır (Yani, failin fiilin haksızlığı konusundaki hatası kaçınılmaz ise, kusurluluğu kaldırılabilir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 316). Şayet fail, TCK m. 30/3 kapsamındaki kaçınılabılır bir hata yapmış ise, suçun kasten işlenen şeklinden cezalandırılmalıdır; ancak bu husus temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Kaçınılmaz bir hata söz konusu olduğu takdirde, failin ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı TCK m. 30/4'te hükme bağlanmışken, kaçınılabılır bir hata durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı ise TCK'da düzenlenmemiş bulunmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta "kaçınılabılır hata" bakımından kimi zaman takdiri, kimi zaman da, zorunlu indirim öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu m. 17'de takdiri, İspanyol Ceza Kanunu m. 14/3'de ise zorunlu indirimin düzenlendiğini görmekteyiz (Demirbaş, Genel Hükümler, s. 417). Kocaoğlu'na göre, TCK'da "kaçınılabılır hata" açısından bir ceza indiriminin öngörülmemiş olması, çağdaş ceza hukukundaki eğilimlere uygun olmadığı gibi kusur ilkesi bakımından da sakıncalı bir durumu ortaya çıkarmaktadır (Kocaoğlu, ss. 319-320, dn. 339).

⁷¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 404. "Mağdur F.'in, babasının kendisini uyuduğunu zannettiği zamanlarda porno film seyredip mastürbasyon yaptığını ve kendisinin pipisini ellediğini istikrarlı beyan etmiştir. Ancak sanığın onun pipisine dokunduğuna ilişkin iddia, tanıklar R. ve N. tarafından doğrulanmadığı gibi bu hususta başkaca kanıt da bulunmadığından, sanığın bedensel temas içeren eyleminin şüpheli kalıp diğer iddiaların ise doğrulanması karşısında iddia, savunma ve tüm deliller değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin TCK'nın 226/1-b maddesindeki müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanlışlığa düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..." (Y. 14. CD., 17.10.2012 T., 2011/ 5926 E., 2012/ 10090 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.07.2016)

yansımaktadır. Hatayı düzenleyen⁷¹⁷ TCK m. 30/1'e göre, "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*" Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere failin hatası kastı kaldıracaktır⁷¹⁸. Fakat taksirli sorumluluk hali devam edecektir. Buna göre failin mağdurun yaşı konusundaki hatasından yararlanabilmesi için mağdurun çocuk olduğunu özen yükümlülüğünü yerine getirir

⁷¹⁷ Ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır (TCK m. 30/3). Ceza sorumluluğunu artıran ya da azaltan sebepler hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan ya da kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartları olarak sıralanabilir. Yaş küçüklüğü de isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan bir nedendir. Bu durumda fail, kendi rızasıyla cinsel ilişkide bulunan 18 yaşından küçük çocuğun bedenlen gelişmiş olduğunu ve ergin, yaşça büyük bir kadın gibi gösterdiğini, ilişkide bulunduğu kişinin nüfus cüzdanını görmek gibi bir zorunluluğunun olmadığını ileri sürerek, mağdurun yaşının küçük olduğunu bilmediğini, hataya düştüğünü ileri sürerse, bu durumda hatasından yararlanacak mıdır? 5237 sayılı TCK'da örneğin İtalyan Ceza Kanunu'ndaki gibi "*fail mağdurun yaşını bilmediğini mazeret olarak ileri süremez*" (İt. CK. m. 609 sexies) biçiminde aksi yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla da mağdurun yaşı hususunda yapılan hatanın mazeret olarak ileri sürülebilmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle de bu suçlar bağlamında mağdurun yaşı konusunda yapılan hata failin kastını kaldıracaktır (Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ocak 2007, s. 61; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 318).

⁷¹⁸ "Nüfus kaydına göre 12.08.1994 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşı içerisinde olan ve bu yaşını tamamlamayan mağdureyle sanığın anlaşarak birlikte kaçtıkları ve birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen evliliğin devam ettiği anlaşılmış olup, sanığın, aşamalarda mağdurenin kendisine 1992 doğumlu olduğunu söylediğini savunması ve Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre de bazen bazen kişinin kemik yaşının hormonal gelişimi, beslenme gibi sebeplerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle belirlenedikten sonra TCK'nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır." (Y. 14. CD., 03.06.2013 T., 2012/ 8845, 2013/ 6982) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2016).

"Çocuğun n, telikli cinsel istismarı suçundan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesine dair ise de, mağdurenin yaşının tespiti noktasında eksik araştırmayla hüküm kurulup kurulmadığının Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Yaşının düzeltilmesine kayden bir engel bulunmayan mağdurenin, nüfusa doğumundan yaklaşık bir buçuk yıl sonra kaydedilmesi, mernis doğum tutanağında doğumun "sağlık personeli yardımıyla" gerçekleştiğinin belirtilmesine rağmen, dosya içerisinde herhangi bir doğum raporunun bulunmaması, babasının da mağdurenin evde doğduğunu, herhangi bir resmi kaydının olmadığını beyan etmesi, Mersin Devlet Hastanesince düzenlenen sağlık kurulu raporunda çelişki oluşturacak şekilde, "mağdurenin 17 yaşını bitirip 18 yaşını sürdüğü sonucuna varılmakla birlikte kemik yaşı olarak 19 yaşını doldurmuş görünümde olduğu", görüşüne yer verilmiş bulunması karşısında, mağdurenin gerçek yaşı hususunda şüphe meydana gelmiş olup, bu şüphenin giderilmesi amacıyla öncelikli mağdurenin doğum tarihi itibarıyla doğduğu kasabada görevli ebe bulunup bulunmadığı araştırılıp, bulunduğu tespit edilince kayıtlarının istenilerek incelenmesi, buradan bir sonuca ulaşılamaması halinde ise sağlık kurulu raporuna dayanak teşkil eden kemik film ve grafiler gönderilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan görüş istenilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel olarak tespitinden sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır." (Y. CGK., 30.10.2014 T., 14-112/ 457) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 04.11.2016).

de fark edemeyecek olması gerekir. Zira hukukumuzda taksir özen yükümlülüğü çerçevesinde tanımlanmaktadır⁷¹⁹. Öte yandan çocukların cinsel istismarı suçunun taksirli hali söz konusu olmadığı için taksir formülasyonu bu suç bakımından uygulanamayacaktır.

⁷¹⁹ “Mağdurenin 15.08.1991 doğumlu olup, lise birinci sınıf öğrencisi olduğu, sanık ve mağdurenin olaydan 6 ay kadar önce internet üzerinden tanıştıkları ve görüntülü olarak görüşmeye başladıkları, olay tarihinden 1 ay kadar önce de yüzyüze gelerek konuştukları, mağdurenin 08.02.2006 tarihinde evinden kaçarak sanığın okulunun bulunduğu...ilçesine geldiği, telefon etmesi üzerine kendisini karşılayan sanığın öğrenci evinde 3 gün birlikte kaldıkları bu süre içinde birden çok cinsel ilişki kurdukları, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre, hastane doğumlu olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı ve 15 yaşının içinde olduğu, mağdurenin; sanıkla ilk tanıştığında 16 yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği, sanığın aşamalarda özetle; mağdurenin kendisine yaşını 17 olarak söylediğini savunduğu, anlaşılmaktadır. (...) Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın ilse birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir”. (YCGK., 04.02.2014 T., 14-478/ 34). Tezcan/Erdem/Önok ayrıca Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre; failin, mağdurenin yaşında yanlışlığı fail ya da müdafii tarafından ileri sürülmemişse, mahkemece buna ilişkin bir araştırma yapılmasının gerekmediğini de vurgulamaktadırlar. “Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.”. (YCGK., 14.01.2014 T., 14-743/ 8). Kararlar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 404, dn. 290-291).

“Uyuşmazlık; çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda hata halinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Sanıkla mağdurenin iki yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu ve bir süre aynı evde yaşadıkları hususlarının sabit olduğu somut olayda, sanığın kendisiyle birlikte bir süre aynı evde kalan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanık da hiçbir aşamada mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunmada yapmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus bulunmamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda 5237 Sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Bu itibarla, on beş yaşını tamamlamamış olan mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve mağdureyi alıkoyan sanığın çocukların cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına dair yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir.” (YCGK., 17.06.2014 T., 2012/ 14-88, 2014/ 334) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016).

Alman Ceza Kanunu’nun 176. maddesi çocuklara yönelik cinsel istismar suçunu işleme biçimlerini ve 14 yaşın altında olan küçüklerle gerçekleşen cinsel teması kapsamaktadır. Burada kanun eylemleri fiziksel temaslı ve fiziksel temassız olarak ikiye ayırmıştır. Ceza Kanunu’nun 176. maddesi uyarınca cezalandırma için, mahkemede suçun çocuğun aleyhine işlenmiş olduğu şüphesiz kanıtlanmak zorundadır. Bu, özellikle de eylem cinsel istismar mağdurunun 14. yaş gününe girdiği zamana denk gelirse de geçerli olacaktır (BGH, NStZ-RR 2010, s. 361; Laubenthal, 2012, s. 176). Örneğin, A isimli şahıs çocuklara yönelik cinsel istismar suçundan dolayı Eyalet Mahkemesi tarafından hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, A isimli kişinin, 8 Temmuz’da doğmuş olan O isimli mağdurenin aleyhine, mağdurenin on dört yaşını doldurduğu 21 Mart ile 8 Temmuz tarihleri arasında suçu işlediğini tespit etmiştir. Federal Yargıtay (BGH, NStZ-RR, 2010, s. 205; Laubenthal, 2012, s. 176), A kişinin lehine, O’nun on dördüncü yaşını bitirmiş olduğunu varsaymıştır. Elde edilen bulgulara göre mağdur kişinin artık çocuk olmadığı göz ardı edilemezdi denilmiştir. Zira suç O isimli kişinin doğum gününü kutladığı gün işlenmiştir, mağdur on dört yaşına girmiştir. Yaş hesaplamalarında, doğumun gerçekleştiği gün hesaba katılmayacaktır (Madeni Kanun’un 187. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi, Madeni Kanun’un 188. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin ilk yarısı) (Laubenthal, 2012, s. 176).

Yargıtay kararlarına bakıldığında, bu hususta genel olarak eldeki mevcut deliller çerçevesinde hayatın doğal akışına göre failin mağdurun yaşını bilip bilemeyeceğinin⁷²⁰ araştırılması gereğinin vurgulandığı görülmektedir⁷²¹.

⁷²⁰ Netice ile irade arasında çıkabilecek olan farklı sonuçların irade lehine çözümlenmesi esastır. Hata, gerçeğin bilinmemesi ya da yeteri derecede bilinmemesi sebebiyle, yanlış bir hükme varılmasıdır. Bu anlamda erişkin olduğu düşüncesi ile 18 yaşından küçük bir çocukla (rızası ile) cinsel ilişkiye girdiğini düşünen failin, TCK m. 30 hükmü itibarıyla hatadan yararlanabilmesi için “kaçınılabirliğin belirlenmesi” gerekmektedir.

Bir hukuka uygunluk sebebinin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin ne kasıtlı ne de taksirli bir suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Bu demektir ki, kaçınılmaz hata kusuru kaldıracaktır. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe’ye göre, “kaçınılabir hata” yani kaçınılabir olmasına rağmen kaçınılmamış olma özen yükümlülüğünün ihlali olarak düşünülebilirse, bu da öngörülebilir neticenin özen göstermemek sebebiyle öngörülmemiş olması anlamına gelen taksirli bir hareketin varlığı anlamına gelecektir. O halde hata kaçınılmaz ise fail bu hatasından yararlanacak ve koşul/ koşulları mevcut olmasa da hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır. Buna karşılık kaçınılabir olmasına rağmen özenli davranmadığı için kaçınılmamış olması halinde meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu olacaktır. O halde hukuka uygunluk sebebinde kaçınılmaz hata kusuru tümüyle kaldırırken, kaçınılabir hata yalnızca kastı kaldıracaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 457).

Demirbaş’a göre, hatanın kaçınılabir sayılması için, failin kendi davranışının haksızlık oluşturduğunu düşünmesini sağlaması gerektiği farz edilen bir vesile olmalıdır. Bu görüşe göre, kural olarak böyle bir olay veya belirti ile karşılaşan fail, failin hukuka aykırı olup olmadığı hususunda düşünmeli ve bu konu açığa kavuşmadan fiili işlemekten kaçınmalıdır. Nitekim, İspanyol Yüksek Mahkemesi 14.02.1994 tarih ve 3713 sayılı kararında vesile şartını, “fail, hukuka aykırılık hakkında düşünmeye yönlendirecek belirtiler bulunduğu halde eylemini hukuk düzeninin normlarına uygun hale getirmek amacıyla hukuksal durumu açıklığa kavuşturmaya çalışmadığı durumda, ...kasten işlenen bir suçtan dolayı cezalandırılmasını gerektiren kaçınılabir bir yanılı söz konusudur” biçiminde açıklamıştır (Bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 409, 417).

⁷²¹ “Sanık ile mağdurenin aynı okulda öğrenci oldukları, yaklaşık bir yıl süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan somut olayda, lise üçüncü sınıf öğrencisi olan sanığın kendisi ile birlikte aynı okulda lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Kaldı ki sanık hiçbir aşamada mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunmada bulunmadığından mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve mağdureyi alıkoyan sanığın çocukların cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.” (YCGK., 05.11.2013 T., 14-573/ 432) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.10.2016). “Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı olursa, fail suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından beraatine karar verilmesi gerekecektir. Sanık mağdureyi 15 yaşından büyük olarak bildiğini belirtmiş ise de, sanık ile mağdurenin yaklaşık bir yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu, sanığın mağdurenin evinin yakınındaki bir inşaatçı çalışması nedeniyle zaman zaman mağdurenin evine gittiği ve mağdurenin ailesiyle tanıştığı gözönüne alındığında, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.” (YCGK., 14.01.2014 T., 2013/ 14-743, 2014/ 8) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016).

Kocaoğlu, burada mağdurun yaşına dair “kaçınılabir nitelikteki hatalar” bakımından karşılaştırmalı hukukta yer alan ilginç bir hükme atıf yapmaktadır. İzlanda Ceza Kanunu’nun 204. maddesinde cinsel istismar düzenlemeleri olan m. 201 ve m. 202 ile ilgili getirilmiş olan bir ortak

TCK m. 30'da düzenlenen hata⁷²², suçun maddi unsurlarında hata (m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında (ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerde) hata (m. 30/2), ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların varlığında hata (m. 30/3) ve haksızlık hatası (m. 30/4) şeklinde dört gruba ayrılarak düzenlenmiştir. Suçun maddi unsurlarında hata, suçun kanuni tanımındaki maddi yani objektif nitelikli unsurların bilinmemesi olarak ifade edilmektedir. Suçun maddi unsurlarında hatayı, suçun konusunda ve nedensellik bağında hata olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Suçun konusu, icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği “şey”i ifade etmektedir. Konuda hata bakımından, suçun hukuki konuları eşit değerde ise bu durumda hatanın dikkate alınmayacağını belirtmek gerekmektedir. Bir suçun mağdurunun kim olduğunun genel olarak ceza hukuku bakımından bir önem taşımadığını söylemek mümkündür. Suçlar bir hukuki yararı korumayı hedefledikleri için bu hukuki yaranın kime ait olduğunun önemli olmadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla (A) yerine yanlışlıkla (B)'nin öldürülmesi halinde kasten öldürme suçunun meydana geldiği kuşkusuzdur. Ancak konumuz açısından bakılacak olursa, bazı hallerde mağdurun kim olduğunun önem taşıyabileceği durumlar söz konusu olabilmektedir. Özgü suç olarak da ifade edilen bu durumlar bazen suçun asli unsuru (suçun basit şekli) iken bazen de nitelikli unsuru (şekli) olarak ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, TCK m. 103 “çocuğun” cinsel istismarını cezalandırmaktadır. O halde mağdurun ilgili bu suç bakımından “çocuk” olması şarttır. Çocuk 18 yaşını doldurmayan kişi olduğundan acaba fail yetişkin olduğu düşüncesiyle söz konusu fiili çocuğa karşı işlerse m. 103'den cezalandırılacak mıdır? TCK m. 30/1 bu durumda failin kasten hareket etmiş olmayacağını ifade etmektedir. Bu suçun taksirli hali de

hüküm bulunmaktadır. Buna göre, mağdurun yaşının daha büyük olduğuna ilişkin kaçınılabilir yanlış bir değerlendirme sonucunda fail cinsel istismar suçunu işleyecek olursa, asgari sınırdan az olmamak üzere görelilik olarak daha hafif bir ceza verilmelidir (İzlanda Ceza Kanunu m. 204). Kocaoğlu'na göre, esasen kaçınılabilir hata söz konusu olduğunda failin kusurluluğu normal eyleme göre daha az olduğu için TCK m. 30 bağlamında bu biçimde bir düzenleme her suç tipi için düşünülebilmelidir (Kocaoğlu, s. 326).

⁷²² Hata madde 30- “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

düzenlenmiş olmadığından, failin en azından m. 103'den cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirtmek yanlış olmayacaktır⁷²³.

VI. TEŞEBBÜS

Çocukların cinsel istismarı suçuna teşebbüs suçun basit ve nitelikli halleri ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir. Suçun basit hali bakımından küçüğün cinsel dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın gerçekleştirilmesi ile birlikte suç tamamlanacaktır. Diğer bir ifadeyle, suç tipinde hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığı için, cinsel istismar suçu icra hareketlerinin bitmesiyle oluşacaktır. Ancak elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri, engel bir sebeple tamamlanamazsa teşebbüsten söz edilecektir (TCK m. 35)⁷²⁴. Suçun vücuda organ ya da sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi durumunda ise organ ya da sair cismin bir kısmının mağdurun vücutuna sokulması ile suç tamamlanmış olacaktır⁷²⁵. Failin icra

⁷²³ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 448-450.

⁷²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 317; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3721.

⁷²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 365; aynı yönde bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 315. Cinsel istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan, "mağdurun vücutuna organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi" açısından teşebbüs sorunu da değinmek gerekmektedir. Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, 103. maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suçtan ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline göre daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğini belirtmektedirler. Dolayısıyla nitelikli halin sair bir sebeple gerçekleşmemesi halinde, teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği haller, suçun temel şekli olarak tayin ve tesbit edilmiştir. Yazarlara göre bu yüzden böyle durumlarda unsurları varsa suçun temel şekli ve 61. maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 317; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3722).

Yargıtay ise aksi yönde karar vermiştir: "Sanığın gece saat 21.15 sıralarında kimsenin bulunmadığı boş araziye mağdureyi götürerek eylemini gerçekleştirmek için elverişli olan aracının arka koltuğuna alıp, pantolon ve külotunu indirerek, benim sevgilim olacaksın gibi sözler sarfedip kastını ortaya koyduktan sonra, kendi pantolon ve külotunu da indirip cinsel organını çıkartarak mağdurenin üzerine abandığı, ihbar üzerine olay yerine gelen güvenlik güçlerinin müdahalesi sebebiyle işlemeyi kastettiği suçu tamamlamadan yakalandığının anlaşılması ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında; sabit görülen eylemlerinin nitelikli cinsel istismara yönelik icrai hareketlerden olması, olay yerinin nitelikleri ve zamanı nazara alındığında, işlemeyi kastettiği suçu uygun hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı, ancak güvenlik kuvvetlerinin müdahalesi şeklindeki elinde olmayan nedenle tamamlamadığı nazara alındığında, eylemine kendi ihtiyari ile son vermeyen sanığın fiilinin nitelikli cinsel istismara teşebbüs vasfında bulunduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanlışlıkla düşülerek yazılı şekilde basit cinsel istismardan hüküm kurulması..." (Y. 5. CD., 26.10.2009 T., 6846/ 11951). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

"İlk derece mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle, 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler de gözetilip dosya incelenerek gereği düşünüldü: Mağdurenin aşamalarda sanığın, olay gecesi uyumakta olduğu odaya gelip "seninle birlikte olmak istiyorum" diyerek ağzını

hareketlerinin başlamasının ardından gönüllü olarak icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi⁷²⁶ veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engellemesi durumunda ise, o ana kadar yapılan hareketler başka bir suç oluşturuyorsa failin sorumluluğu bu suçtan dolayı olacaktır. Failin TCK m. 103/2’de belirtilen suça yönelik hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi halinde sorumluluğu TCK m. 103/1’e göre belirlenecektir⁷²⁷.

kapatıp boğazını tutmak suretiyle bağırmasını engellemesinin ardından sarılıp öpmeye çalıştığı sırada direnip bağırarak yardım istemesi nedeniyle kendisini bırakıp olay yerinden kaçtığına dair anlatımları karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçunu oluşturabileceği...” (Y. 14. CD., 21.12.2015 T., 2014/ 655 E., 2015/ 11887 K.) (www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 05.02.2017).

⁷²⁶ Suçu iştirak halinde işleyen faillerden birisinin, netice meydana gelmeden önce suçu işlemekten vazgeçmesi halinde, onun bu vazgeçmesinin tek başına yeterli olmadığı belirtilmektedir. Gönüllü olarak vazgeçen kişinin, bu vazgeçme ile yetinmemesi ve suçu neticesinin gerçekleşmemesi için gayret göstermesi gerekmektedir. Bu gayrete rağmen suç gerçekleşmiş ya da vazgeçenin gayreti dışında bir nedenle suç gerçekleşmemiş ise, vazgeçen gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır (TCK m. 41). Örneğin, bir çocuğa yönelik olarak organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmak için çocuğun iki kişi tarafından evinin önünden alınıp bir arabaya konularak ıssız bir yere götürülmesinden sonra, bu çocuğa karşı cinsel istismar eylemine başlandığında, çocuğun ağlama ve yalvarmalarına dayanamayan faillerden birisinin eylemden vazgeçip, çocuğu ve diğer faili olay yerinde bırakıp ayrılması durumunda, olay yerinden ayrılan fail ilgili suça dair sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Vazgeçen fail, bu vazgeçmesinin yanı sıra, diğer faili de suçu işlemekten vazgeçirmiş ise ya da ona vurup etkisiz hale getirdikten sonra mağduru kurtarmış ise ya da diğer faili suçtan vazgeçmeye ikna etmeye çalışırken olay yerine gelen başkalarının failleri yakalaması sebebiyle suç tamamlanmamış ise suçu işlemekten vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Böyle bir durumda vazgeçen fail, o zamana kadar tamamlanmış olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve TCK m. 103/1’de düzenlenen suçun temel halinden cezalandırılacaktır (Aydın, Ağustos 2014, s. 76).

⁷²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 406. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu belirtmek gerekir. “Sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen yaşı küçük mağdurenin aşılabilir basit ve olası mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, esasen beyanına göre canı acıyınca bıraktığı, ayrıca muayene ve eylem tarihlerine nazaran rapordaki bulguların sanığın fiiline bağlı olduğunun olarak belirlenemediği, bu durumda sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK’nın 36. maddesi karşısında 103/1. maddeye uyan müteselsil basit cinsel istismar suçunu oluşturur” (Y. 5. CD., 12.10.2009 T., 10390/ 11320) (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 365; dn. 164).

Koca/ Üzülmüş, ilgili suçta da şartların oluşması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedirler. Elverişli hareketlerle cinsel istismarın nitelikli şeklinin icrasına başlandığı ve fakat icra hareketlerinin tamamlanmasından gönüllü vazgeçildiği hallerde, failin cinsel istismarın temel şeklinden cezalandırılacağı yolunda istikrar kazanmış bir uygulama olduğu, bu uygulamanın da cinsel istismarın nitelikli şeklinin ayrı bir suç olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığı vurgulanmaktadır (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 324).

“İnceleme tarihi itibarıyla mağdure 18 yaşını ikmal ettiğinden beyanının alınması sırasında CMK’nın 236/3. maddesi uyarınca uzman bir kişinin bulundurulmamasının telafisi mümkün olmadığından, tek hekim tarafından düzenlenen K... E... Devlet Hastanesi’nin 19.07.2006 tarihli raporunda mağdurede akut stres bozukluğu saptandığı belirtildiği halde, mağdurenin olay nedeniyle ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alırdırılmadan hüküm kurulması ise aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre

Aynı şekilde, m. 103/1'deki suçun icrasına başladıktan sonra, mağdurla bedensel temasta bulunmaksızın, gönüllü vazgeçen failin o ana kadarki eylemlerinin m. 105'e girmesinin de olanaklı olduğu belirtilmektedir⁷²⁸.

Çocukların cinsel istismarı suçu, 103. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi açısından cinsel davranışın gerçekleştirilmesi (Yargıtay'a göre, bedensel temasın vuku bulması); 103. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi açısından, bedensel temas içeren davranışın belirli bir süreklilik ve yoğunluk kazanması; 103. maddenin 2. fıkrası açısından ise, organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulmasıyla birlikte tamamlanır⁷²⁹.

yerinde görülme-yen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmesi," (Y. 14. CD., 05.03.2012 T., 2011/ 1625 E., 2012/ 2596 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

"Kimsenin olmadığı inşaat halinde bir binanın üst katında, 7 yaşında olup kendisine yönelik işlenen eylemlerin ahlaki redaetini idrak edemeyecek ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olgunluğa erişmemiş mağdura karşı başladığı nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmadan kendiliğinden vazgeçen sanığı eyleminin, olay sonrası alınan Hakkari Adli Tıp Şubesinin 07.09.2007 tarihli raporu ve dosya içeriğine göre, TCK'nın 36. maddesi uyarınca aynı Yasanın 103/1. maddesinde yazılı çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılması..." (Y. 5 CD., 26.01.2009 T., 14552/ 3392) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2015).

⁷²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 406.

⁷²⁹ Tezcan/Erdem/Önok'a göre, failin bu kastla gerçekleştirdiği hareketler elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamış ise, ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılacak ve teşebbüs sebebiyle cezada yapılacak indirim açısından da o ana kadar yapılan hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği tehlike göz önünde bulundurulacaktır. Vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kasıt, şüpheyi yer bırakmayacak biçimde kanıtlanmak şartıyla, 103/2'ye teşebbüsten sorumluluk gündeme gelebilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 405; aynı yönde bkz. Aydın, Ağustos 2014, ss. 75-76). Artuk/ Gökçen/ Yenidünya ise, 103'üncü maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suçtan ayrı ve bağımsız bir suç tanımı olmadığını, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğini belirtmektedir. Bu durumda nitelikli halin sair bir nedenle gerçekleşmemesi durumunda, teşebbüsten de bahsedilemeyecektir. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği haller, suçun temel şekli olarak tayin ve tesbit edilmiştir. Bu nedenle böyle durumlarda unsurları varsa suçun temel şekli ve 61. maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza belirlenmelidir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 317; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 324).

"Mağdurenin özde değişmeyen istikrarlı beyanlarında, öz dayısı olan sanığın evde annesinin bulunmadığı farklı zamanlarda pantolonunu indirerek cinsel organını poposuna soktuğunu belirtmesi, mağdure hakkında olaydan kısa süre sonra düzenlenen raporlarda fiili livatanın maddi delillerine rastlanmadığının belirtilmesi, sanık savunmaları mağduru bir çok kez soyundurup cinsel organını mağdurun anüsüne soktuğu veya sokmaya çalışırken ciddi bir engel sebebiyle sokamadığının kesin olarak belirlenemediği, bu haliyle sanığın kanıtlanan eyleminin çocuğun basit

TCK m. 103/1, c. 1 ile TCK m. 103/1, c. 2 arasındaki ilişki açısından da, kastın süreklilik arz edecek bir davranışa yönelik olmasına rağmen, engel bir neden yüzünden ani ve kesik bir hareket düzeyinde kalması halinde, TCK m. 103/1, c. 1'e teşebbüsten söz edilebileceği vurgulanmaktadır. Bu tarz bir yorum, şikayet koşulunun gerçekleşmediği hallerde de, fiilin kovuşturulmasına imkan yaratacak niteliktedir⁷³⁰.

TCK m. 103/1'de de salt hareket suçu söz konusu olduğundan, ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiğinde, teşebbüs mümkün olacaktır⁷³¹ ("Seni öpeceğim" diyerek mağdurenin peşinden koşan failin, tam onu yakalamak üzereyken düşmesi ve başkalarınca yakalanması örneğinde olduğu gibi). Tezcan/ Erdem/ Önok burada, bedensel temas engel bir sebep yüzünden gerçekleştirilemiyorsa; failin kastının, davranışın sürekliliğine yönelik olduğu ispatlanamadıkça, sarkıntılık düzeyinde kalan istismara teşebbüsten hüküm kurmak gerektiğini belirtmektedirler⁷³².

cinsel istismarı niteliğinde olduğu gözetilmelidir." (Y. 14. CD., 09.07.2012 T., 5826/ 7817) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2016).

"Sanık S. hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan kurulan hükmün temyizine gelince; Mağdurenin kollukça alınan yazılı ifade tutanağında sanıkla beraber caminin tuvaletine gittiklerini, sanığın kendisine tuvalete gir dediğini, kendisine parayı burada vereceğini zannederek tuvalete girdiğini, arkasından sanığın da aynı tuvalete girerek tuvalet kapısını üzerine kilitlediğini, pantolon ve iç çamaşırını çıkararak arka tarafından cinsel organını poposuna soktuğunu, acı hissettiğinde bağırdığını, sonra sesini duyan bir şahsın müdahale ettiğini ve sanıkla kavga ettiği belirtilmesine rağmen dosya içerisinde bulunan mağdurenin kollukça alınan ses ve görüntü kaydına ilişkin CD incelendiğinde mağdurun, sanığın cinsel organını poposuna soktuğuna dair açık bir anlatımının olmadığı gibi Adli Tıp Kurumu Konya Şube Müdürlüğü'nün 14.09.2009 tarihli raporu içeriğinde mağdurun kendisini muayene eden Doktor Y.'a sanık S.'in kendisini cami tuvaletine götürdüğünü, burada kendisine yapmaya çalıştığını, bu arada başka birisinin gelerek sanık ile kavga ettiğini belirttiği, yine aynı raporda akut veya kronik fiili livatanın maddi delillerine rastlanılmadığının bildirildiği, mağdurun duruşmadaki ifadesinde de sanığın külotunu indirdiğini ancak cinsel organını poposuna sokmadığını, olaya tanık olan diğer sanık M.'in pencereden bakarak sanıkla kavga ettiğini belirttiği, cinsel istismar olayına tanık olan sanık M.'in de duruşmadaki ifadesinde tuvaletten inilti türü sesler duyunca kapıyı ittiğini ancak kapı açılmayınca tuvaletin üst kısmındaki boşluktan baktığında mağduru sanığın kucağında külotu inik vaziyette gördüğünü, sanık S.'e yumruk salladığını, sanığın cinsel organını mağdurun poposuna sokarken görmediğini ancak her ikisinin de külotlarının inik olduğunu beyan etmesi karşısında; sanığın çocuğa karşı nitelikli cinsel istismarda bulunmak için mağdurla birlikte cami tuvaletine götürüp üzerlerine kapıyı kilitledikten ve mağdurun külotunu çıkartıp kucağına oturtuktan sonra, cami tuvaletine gelen diğer sanık M.'in sesler duyması üzerine tuvaletin üst kısmındaki boşluktan bakıp durumu görmesi ve müdahalesi üzerine sanığın organ sokma eylemini tamamlayamadığı nazara alınarak sanık eylemin teşebbüs derecesinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Y. 14. CD., 02.07.2012 T., 7353/ 7578) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2016).

⁷³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 405-406.

⁷³¹ Ataç, s. 124.

⁷³² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 406.

VII. SUÇA İŞTİRAK

Suç tipinde öngörülen cinsel davranışı gerçekleştiren kişi söz konusu suçun faili olarak sorumlu olacaktır⁷³³. Cinsel davranışı gerçekleştiren birden fazla kişiden bahsediliyor ise, bunların her biri birlikte fail sayılacaklardır⁷³⁴. Yargıtay'ın görüşünün

⁷³³ “Beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanıklar H. ve L.'nin bozma üzerine yapılan yargılamaları sonunda; sanık H.'in beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkumiyeti ile atılı diğer suçtan beraatine, sanık L.'nin üzerine atılı her iki suçtan beraatine dair (Bursa Dördüncü Ağır Ceza Mahkemesi)'nden verilen 09.03.2011 gün ve 2010/354 Esas, 2011/39 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık H. müdafii ile katılanlar vekilleri tarafından istenilmiş ve sanık H. müdafince incelemenin de duruşmalı olarak yapılması talep edilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle, dava evrakı incelenip gereği görüşülmüş olduğundan aşağıda yazılı karar ittihaz olundu: ...Delillerle iddia ve savunma, duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğu sanık müdafinin yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle sanık H. hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan kurulan hükmün ONANMASINA, Sanık L. hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan kurulan beraat hükmünün incelenmesinde; Mağdurenin soruşturma aşamasında dosyada bulunan diğer deliller ile de uyum içinde olan ve sanık H.'in kendisine yönelik cinsel davranışlarını annesine anlattığı halde annesinin kendisine sabretmesini söylediği ve bunların sona ermesini sağlayacak herhangi bir girişimde bulunmadığı yolunda ortaya çıkan samimi ve inandırıcı anlatımları, sanık L.'nin kollukta müdafii huzurunda alınan "...bu şahsın kızım ile birlikte kalıp sadece sevip okşamasına ve kendini tatmin etmesine bir nevi göz yumdum. Bunun sebebi de bizim paraya ihtiyacımız olması ve H.'in de bize maddi yönden destekte bulunmasıdır..." şeklinde tevilli ikrarı içeren beyanları, yine sanık H.'in müdafii huzurunda alınan kolluk beyanında geçen "...Küçük kızın annesi L. mağdureyi sürekli bana itmiştir... Telefon görüşmelerinde küçük B.'nin sürekli beni arzuladığını, kendi kendini tatmin etmeye çalıştığını bana söylemekteydi..." şeklindeki açıklaması ve tüm dosya kapsamına göre; sanık L.'nin diğer sanık H.'in mağdureye yönelik cinsel içerikli davranışlar sergilediğini ve bunu da bir süredir devam ettirdiğini bildiği halde, mağdureyle birlikte sanığın evine gittikten sonra mağdureyi diğer sanıkla önceden vardıkları fikir ve eylem birlikteliği çerçevesinde, bankamatikten para çekme bahanesiyle dışarı çıkıp sanık H. ile mağdureyi yalnız bıraktığı ve en son olayda da bu ikisini çay bahçesinde beklediği, diğer sanık H. ile birlikte suçu baştan itibaren bilerek ve isteyerek tertipleyip, planladıkları, bu suretle sanık L.'nin suçun icrasındaki rolü ve suçun işlenişindeki katkısının arz ettiği önemi gözönünde bulundurulduğunda, sanık L.'nin de diğer sanık gibi mağdurenin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunun müsterek faili olduğu gözetilip TCK'nın 37/1. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine isabetsiz gerekçelerle beraatine karar verilmesi...". (Y. 14. CD., 14.06.2012 T., 2011/ 14142 E., 2012/ 6775 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2015). “Dosya kapsamından anlaşılan aile düzenindeki konumu ile sorumluluğu nazara alındığında evinde tam olarak söz konusu olamayan sanık Nurcan'ın; Ömer, Yunus ve Selçuk'un iştirak halinde kaçırıkları mağdureyi Yunus'un evine getirmeleri sırasında Yunus'un eşi olarak evde bulunmaktan ibaret eyleminde, diğer sanıkların mağdureyi hürriyetinden yoksun kılmasına suç kastıyla bilinçli olarak katıldığına ilişkin dosyaya yeterli kanıt bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatine karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet hükmü kurulması,” (Y. 5. CD., 14.09.2009 T., 7658/ 10311). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2015).

⁷³⁴ Cinsel istismar, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse, somut olaya göre, TCK m. 103/1 ya da TCK m. 103/2'den verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 103/3-a). Cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiş olduğundan, bu durumun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi

de bu doğrultuda olduğunu belirtmek gerekmektedir⁷³⁵. Bu suça azmettirme ve yardım etme⁷³⁶ biçiminde iştirakin de mümkün olduğu ayrıca vurgulanmaktadır⁷³⁷. Bu da demek oluyor ki cinsel istismar suçu iştirak bakımından bir özellik göstermemekte ve bu suça faillik, azmettirme ya da yardım etme bağlamında her şekilde iştirak mümkün görünmektedir⁷³⁸.

aşamasında göz önünde bulundurulmaması gerektiği de belirtilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 325).

“Dosya kapsamına göre sanıklar B. İle Ö.’nün diğer sanık S.’nin işlediği nitelikli cinsel saldırı suçuna olay anında aracın hemen yanında hazır beklemeleri nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 37/1. maddesi anlamında iştirak ettikleri ve bu haliyle her üç sanık hakkında cinsel saldırı suçundan hüküm tesis edilirken 5237 sayılı TCK’nın 102/3-d maddesinin uygulanması ve sanıklar B. İle Ö. hakkında da aynı Kanun’un 39. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Y. 14. CD., 15.09.2011 T., 326/ 236) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2015).

⁷³⁵ *“Sanığın, hakkındaki evrak tefrik edilerek TCK’nın 31/1. maddesi gereğince kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilen M. A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK’nın 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...”* (Y. 5.CD., 04.03.2009 T., 2008/ 16058, 2009/ 2686) (www.hukukturk.com., Erişim Tarihi: 08.06.2015).

⁷³⁶ *“Sanık M.B. hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan beraat hükümlerinin temyiz incelenmesine gelince; Tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin sanık M. M. ile 2012 yılı Ocak ayında iki kez sanık M.B.’nin evinde cinsel ilişkiye girdiklerini eylemlerden sanığı haberi olduğunu, hatta M.’in çıplak olarak sanığın yanına girip çıktığını beyan etmesi sanık M.’im de ilişkiye gireceklerini M.B.’nin bildiğini söylemesi karşısında M.B.’nin diğer sanık M.’in mağdureye karşı işleidiği zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin sabit olmasına rağmen mahkumiyet yerine beraatine karar verilmesi, isabetsizdir.”* (Y. 14. CD., 13.03.2015 T., 2014/ 11133, 2015/ 3205) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.11.2016).

“Sanıkların eylemlerine birden fazla kişinin katıldığından bahisle TCK’nın 103/3 maddesine göre dolayısıyla artırım yapılabilmesi için eyleme TCK’nın 37. maddesi anlamında suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatıyla katılmaları gerektiği, buna karşın sanıkların cinsel istismar eylemine TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiklerinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, sanıklar hakkında tayin olunan cezaların TCK’nın 103/3 maddesi ile artırılması, kanuna aykırıdır.” (Y. 14. CD., 04.06.2014 T., 4102/ 7501) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.10.2016).

⁷³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 409; aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 365; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 318; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3722.

⁷³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 409; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 365; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 325; Parlar/Banko, s. 109; Gündüz, s. 82.

Diğer yandan, çok küçük yaştaki çocuklarını dini nikahla⁷³⁹ evlendiren⁷⁴⁰ ve bu suretle, “eşi” nin onunla cinsel ilişkiye girmesine rıza gösteren ana babanın da TCK m. 103/2’den cezalandırıldığını belirtmek gerekmektedir⁷⁴¹. İlgili suç tipi açısından uygulamada tartışılan önemli meselelerden biri de onbeş yaşından küçüklerin ailelerin bilgisi ve katılımıyla evlendirilmeleri meselesidir. Bu durum, evlendirilen çocuklardan her ikisinin de onbeş yaşından küçük olması⁷⁴² biçiminde tezahür edebildiği gibi çocuklardan yalnızca birisinin onbeş yaşından küçük olması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Evlendirilenlerden en az birisinin onbeş yaşından küçük olduğu bu gibi

⁷³⁹ Burada Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 230/5 ve 6’ya dair verdiği 27.05.2015 T., 2014/ 36 E., ve 2015/ 51 K. sayılı kararından bahsetmek gerekmektedir. Mahkeme oy çokluğu ile TCK’nın ilgili maddesinin 5. ve 6. fıkralarını Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar bakımından hukuki yönü kadar evlenmenin dini tören ile gerçekleştirilmesinin sosyal yönüne de değinmek gerektiği ifade edilmiştir. Ülkemiz ne yazık ki küçük yaşta evliliklerin çok sık yaşandığı bir ülkedir. Evlenme yaşının çok altındaki çocukların kendi iradeleri dışında evlilik hayatı yaşamaya zorlanmakta olduğu bir gerçektir. Dinsel tören işte bu durumun toplumun nezdinde meşru hale gelmesinin adeta aracı olarak kullanılmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak da hem bu çocuklar hem de onların çocuk yaşta dünyaya getirdikleri çocuklarının hukuki korumadan yararlanması epey zorlaşmaktadır. Konunun bir diğer üzücü tarafı ise evlilik hayatı yaşamak durumunda kalan bu çocukların yaşadıkları ruhsal ve bedensel sağlık sorunları olarak belirtilmektedir. Bahse konu karara konu olan evlenmenin dinsel töreni kaydı tutulmayan bir seremonidir. Dolayısıyla da belirlilikten yoksundur. Bu yoksunluğun çok eşliliği kolaylaştırabileceği de ayrıca vurgulanmaktadır. Tüm bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararını yerinde bulmayan görüşe katılmaktayız (İlgili karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bacaksız Pınar, “Anayasa Mahkemesi’nin 27.05.2015 Tarih ve E: 2014/ 36 – K: 2015/ 51 Sayılı Kararının İncelenmesi”, **CHD**, Yıl: 10, S. 28, Ağustos 2015, ss. 395-401).

⁷⁴⁰ Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören başlıklı TCK madde 230 hükmü şu şekildedir: “(1) Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. (5) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2014/36, K.: 2015/51 sayılı Kararı ile.) (6) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2014/36, K.: 2015/51 sayılı Kararı ile.)”

⁷⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 409; aynı yönde bkz. Ayşe Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul 2009, s. 55; Ataç, s. 125. Yargıtay’ın babanın, kızını başlık parası karşılığı sanıkla evlenmeye zorlaması şeklindeki eylemi nedeniyle, cinsel istismar suçundan müşterek fail olarak cezalandırılması gerektiğine ilişkin Y. 14. CD., 13.07.2011 T., 46/ 41 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2015.

⁷⁴² Koca/Üzülmez’e göre, ilgili suçun çocuklar tarafından işlendiği hallerde, ergenlik dönemindeki bu kişilerin cinsel isteklerine karşı koyabilme konusunda yetişkinlere oranla daha az irade yeteneğine sahip olduklarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle uygulamada çocuklar için TCK’nın 31. maddesinde öngörülen hükmün de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 320). “Kayden 25.09.1993 doğumlu olup suçun işlendiği 28.08.2007 tarihinde 15 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık Halil’in bu tarihte cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği konusunda raporu alınmadan çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan alınmış raporuyla yetinilerek hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 15.09.2009 T., 7551/ 10362) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2015).

durumlarda, bu evlendirilme olgusu, doğum nedeniyle ya da ihbar neticesi ortaya çıkmakta, olayı takip eden adli merciler konuyu cinsel istismar yönünden değerlendirilmek üzere mahkeme huzuruna taşımaktadırlar⁷⁴³. Mahkemeler, yaptıkları yargılama neticesinde, genellikle onbeş yaşından büyük olan kocayı “eşi”ne karşı işlediği cinsel istismarın faili olarak, çocukların anne ve babalarını da azmettiren olarak cezalandırmakta olup, olayın özelliğine göre uygulamada, annenin cezalandırılmaması ya da yardım eden⁷⁴⁴ olarak cezalandırılması da söz konusu olabilmektedir⁷⁴⁵. Bununla birlikte, her iki eşin ailelerinin rızasıyla, evlenmenin vuku bulduğu sosyal çevredeki yerleşik geleneklere uygun bir biçimde⁷⁴⁶, 15 yaşından büyük erkek ile bu yaşı henüz

⁷⁴³ Gerçekten de evlilik adı altında genellikle evlenmenin dinsel törenini yapılarak bir araya getirilen çocukların varlığı sosyal bir gerçekliktir. Yaşı 15’ten büyük olan (genellikle erkek) çocukla, yaşı 15’ten küçük olan (genellikle kız) çocuk arasındaki cinsel davranışlarda oldukça büyük sorunlar yaşanmaktadır. Bu cinsel ilişkiden/ ilişkilerden dolayı gebe kalan kız çocuğun, hastaneye başvurusuyla da genellikle bu sorun ortaya çıkmaktadır. Taner burada yaşı büyük olan çocuğun cinsel istismardan cezaevine girerken, çocuk yaşta anne olan kız çocuğun ise bebeğiyle baş başa kalmakta olduğunu belirtmektedir. Çözüm önerisi olarak da, cinsel ilişkiye giren çocukların evlenmesine cezayı ortadan kaldıran etki tanınmasının yanlış olduğunu vurgulamaktadır. Zira sorun, sadece bundan ibaret olarak görülemez. Taner, ortaya çıkan sorunun çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar bağlamında ele alınmasını ve aralarındaki yaş farkı üçü geçmeyen çocuklar için bir şahsi cezasızlık nedeni konulmasını önermektedir. Böylece çocukları bu fiillere azmettiren ve onlara yardım edenler de (aileler vb.) cezalandırılmaya devam edilecektir. Bu konuda benzer düzenlemeler İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları’nda bulunmaktadır. Ayrıca “*evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir çocuk için evlenmenin dinsel törenini yapan kişinin*” cezalandırılması da gerekmektedir. Bu durum evlenemeyecek durumda olan çocukların, evlenmenin dinsel töreni adı altında, meşru bir şey yaptıklarını zannetmelerinin ve olayın toplum gözünde meşrulaştırılmasının önüne geçecektir. Taner, böyle bir hüküm konulmasının verdiği iptal kararında çocukların durumunu tamamen göz ardı eden Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararıyla da çelişmeyeceğini ayrıca belirtmektedir (Fahri Gökçen Taner, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, **TBB**, Yıl: 29, S. 124, Mayıs Haziran 2016, s. 244).

⁷⁴⁴ Yargıtay’ın küçüğün yasal olmayan evlilik kararına onay veren ebeveyninin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündeki Y. 5. CD., 28.02.2007 T., 29/ 1609 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.09.2014.

⁷⁴⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 319.

⁷⁴⁶ Kocaoğlu’nun burada ülkemizdeki sosyo-kültürel alt yapının kız kaçırma adı verilen eylemi normalize eden tarihsel yaklaşımından ötürü, failin ailesinin de cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara, özellikle de cinsel istismara iştiraken katılma halinde kalabilmelerinin de gözden kaçırılmaması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. (Kocaoğlu, ss. 345-346, dn. 429).

“Sanıklar Hamza ve Mustafa’nın çocuğun nitelikli cinsel istismarı, kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma ve bunlara iştirak suçlarından, sanıklar Eşe ve Miktad’ın ise çocuğun nitelikli cinsel istismarına katılma suçlarından verilen hükümlerin incelenmesinde; suçların asli faili sanık Hamza’nın sanık Eşe’nin yeğeni olduğu, bu yakınlıktan yararlanarak gelen sanık ve mağdureyi evine kabul ederek birlikte kalmaları için oda tahsis edildiği, kızı Güllü’nün dahi mağdurenin telefonla annesine ulaşmasını sağlayarak yardımcı olduğu, bu durumda aile içinde etkinliği olduğunun ve suçlara bilinçli olarak katıldığı kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından tebliğnamedeki sanık Eşe’nin beraati gerektiği yönündeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Delillerle iddia ve savunma duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış

doldurmamış kız çocuğu evlendirildiğinde⁷⁴⁷, meselenin TCK m. 30/4 çerçevesinde⁷⁴⁸ ele alınması gerektiği de doktrinde ileri sürülmektedir⁷⁴⁹.

bulunduğundan yerinde görülmeyen sanıklar müdafii ve o yer C. Savcısının temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA, Sanık Elif çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, sanıklar Eşe ve Müktad'ın ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya katılma suçlarından kurulan hükümlere yönelik temyiz itirazlarına gelince; Sanık Hamza'nın mağdureyi kaçırarak K...ilinde bulunan kardeşi diğer sanık Mustafa'nın evinde bir süre alıkoyarak nitelikli cinsel istismarda bulunduğu ve bu sırada Mustafa'nın eşi olan sanık Elif'in de evde olduğu anlaşılmış ise de, aile yapısı içindeki konumu, sosyal ve kültürel durumu itibarıyla eşi ve onun kardeşi olan öteki sanıklar ve filleri üzerinde bir etkinliğinin olamayacağı, bu durumda suçlara bilinçli ve eylemli olarak katıldığına ilişkin aleyhinde kanıt bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanun'a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 05.10.2009 T., 10391/10980) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.08.2014).

⁷⁴⁷ Hukuksal tedbirler “erken ve zorla evlendirme” sorununun aşılmasında tek başına yeterli olamayacaktır. Sivil toplum kuruluşlarıyla ortak çalışmalara gidilerek, bu kuruluşların deneyimlerinden, bilgilerinden ve önerilerinden mutlaka yararlanmak gerekmektedir. Uçan süpürge derneği bu bağlamda yapılması gerekenleri şu şekilde sıralamaktadır: -Erken evliliklerin yoğun olarak görüldüğü bölgelerde bilimsel araştırmalar tekrarlanmalı, bu araştırmaların verileri analiz edilerek yorumlanmalıdır, -18 yaş altı evlilikleri azaltmak için hakimler dikkatli davranmalıdır. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu arasındaki uyumsuzluklar giderilmelidir, -Erken yapılan evlilikler ile en doğrudan ve yakından ilişkisi olacak kamu görevlilerinin konuya duyarlılıklarını artırmak için özel programlar ve etkinlikler düzenlenmelidir, -Diyanet İşleri Başkanlığı'nın erken evlilikler konusunda belirleyeceği bir strateji bütün din görevlileri arasında yaygınlaştırılmalıdır, -Yerel düzeyde “önde gelenler”, “saygın meslek temsilcileri”, “yöneticiler” gibi seçilmiş kişiler ve kanaat önderleriyle ortak çalışmalar yapılmalıdır, -Radyo programları, TV spotları ve benzer yollar kullanarak erken evliliklerin kadın sağlığına verdiği zararlar hakkında bilgi verilmelidir, -Müfredata toplumsal cinsiyet eşitliği eğitimi dahil edilmelidir. Kız çocukların eğitim sürelerinin uzaması için ailelere destek olunmalıdır (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 248; dn. 330; ayrıca bkz. Aydeniz Alisbah Tuskan, “Toplumsal Cinsiyet Toplumda Kadına Bıçılan Roller ve Çözümleri”, **İBD**, C. 85, S. 1, 2011, ss. 85-88).

⁷⁴⁸ Kocaoğlu, cinsel istismar suçunun Türk sosyolojisi ile uyuşmayan formülasyonunun uygulamada pek çok sorun yarattığını ve bu sorunların çözümü için de iyi niyetli ancak zorlama çözümler üretildiğini belirtmektedir. Bu anlamda Kocaoğlu, düğün ile evlendirilen 15 yaşından küçük çocukların ve ailelerinin “haksızlık yanılığı” (TCK m. 30/4) uygulanarak cezalandırılmalarının önüne geçilebileceği görüşüne katılmadığını vurgulamaktadır. Bu görüşe göre, uygulamada müdafiler tarafından, hata kurumunun şartlarına gidilerek savunmasını üstlendikleri sanıklar cezadan kurtarılmaya çalışılmaktadır. Ancak kanunun açık düzenlemesi karşısında bu girişimler başarılı olamamaktadır. Bu durumun çözümü kendi aralarında rızaları ile cinsellik yaşayan çocukların eylemlerini suç olmaktan çıkarmaktır. Yazara göre, bu düzenleme sadece çocukları değil aileleri de cezalandırmaktadır. Kocaoğlu'na göre bu durum, “ailelerin onayı ile evlenmiş, hatta çocuk sahibi olmuş bu gençlerden erkek olanı fail, aileleri de suça iştirakten hapse göndermekte kamu menfaati nerededir? Kaldı ki bu tip olaylarda hayatın ortasında hem minik bebek babasız; hem de genç anne kocasız ve ailesiz bırakılarak dolaylı olarak cezalandırılmış olmaktadır.” şeklinde ifade edilmektedir. Kocaoğlu, ceza kanunumuzun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarına dair maddelerinin sosyolojimize uygun bir biçimde ve yeniden olması gereken hukuka uydurulması gerektiğinin şart olduğunu belirtmektedir (Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kocaoğlu, ss. 322-326).

⁷⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 409. Koca/Üzülmez'e göre, küçüklerin evlendirildiği bu gibi olayların bazılarında evlenen taraflardan birinin veya aile üyelerinin bir kısmının cinsel istismardan dolayı cezalandırılacakları muhakkak olup, örneğin ondört yaşındaki bir kız çocuğunun, evlenmek maksadıyla anne ve babanın azamettermesi sonucunda kaçırıldığı ve cinsel istismarın gerçekleştiği olaylarda, “evlenme” gerçekleşmiş olsa da, cinsel istismarı gerçekleştiren failin, anne ve babanın cezalandırılması gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık yazarlar, olayın yaşandığı sosyal çevrede eskiden beri süregelen örf ve adete uygun bir biçimde, onbeş yaşından küçük bir kız çocuğunun ailesinden istendiği, ailenin uygun görmesi neticesinde yapılan düğün ile çocukların evlendirildiği durumlarda konunun farklı bir biçimde değerlendirilmesi

Kanımızca haksızlık yanlışlığının bu tür durumlarda uygulanması mümkün değildir. Öncelikle günümüzde bilgiye ulaşmak son derece kolaydır. Sıklıkla kamu spotları aracılığıyla konuya ilişkin bilgilendirme yapılmaktadır ve sivil toplum örgütleri de yoğunlukla bu alanda faaliyet göstermektedir. Tüm bunlar karşısında failin örf ve adetlere uygunluk gerekçesiyle fiilin haksızlık içeriğini bilmediğini iddia etmesine itibar edilemez. Bu konuda görev yaptıkları yerlerde “*nezaketen*” bu tür törenlere katılan kamu görevlilerine büyük iş düşmektedir. Bu kamu görevlilerinin suçu bildirmeme, kolluk, cumhuriyet savcısı gibi soruşturma yapan kişiler olmaları halinde de ihmal suretiyle görevi kötüye suçundan sorumlu olduklarının altını çizmek isteriz.

VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI

Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerini ortaya çıkarması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 103/5)⁷⁵⁰. Doktrinde; suçun mağdurunun çocuk

gerekmektedir. Bu gibi hallerde, kız çocuğu gibi erkek de onbeş yaşından küçük olabilmektedir. Yine yazarlar olayların büyük çoğunluğunda erkeğin kız çocuğundan yaşça büyük olduğunu belirtmektedirler. Burada Koca/ Üzülmüş, çocuklarını evlendiren ailelerin, yaptıkları düğün merasimi ile olayı alenileştirmekte olduklarını, kendi sosyal çevrelerinde geçerli olan kurallara göre gayet normal bir iş yaptıklarını, ebeveyn olarak bir görevi yerine getirdiklerini düşünmekte olduklarını vurgulamaktadırlar. Hatta bu olayın, düğüne iştirak eden davetliler açısından da yaşadıkları çevrede geçerli kurallar çerçevesinde gayet normal karşılanmakta olduğu, yaşadıkları sosyal çevrede geçerli olan davranış kurallarına göre yanlış bir iş yapmadıkları kanaati ile hareket eden bu kişilerin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Yazarlar, kişinin cezalandırılabilmesi için işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği bilinciyle hareket etmesi gerektiğini, bu bilince sahip olmayan bir kişinin kusurlu sayılabilmesi ve nihayetinde cezalandırılmasının mümkün olmadığını söylemektedirler. İşlediği fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen, bunu bilmeden bu fiili işleyen kişi, TCK’nın 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen haksızlık yanlışlığına düşmüş olmaktadır. Haksızlık yanlışlığının kaçınılmaz olması durumunda, işlemiş olduğu fiilden dolayı failin kusurlu sayılmasına ve cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Yanılmanın kaçınılabilir olup olmaması, tamamıyla failin bireysel özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, yanlışlığın kaçınılabilir olduğu hallerde ise, fail kusurlu sayılabileceği için cezalandırılacak, ancak yanlışlığı bu defa cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamında değerlendirilecektir. Onbeş yaşından küçüklerin düğün merasimleri ile evlendirildiği bu gibi hallerde, yazarlara göre haksızlık yanlışlığına ilişkin hükmün uygulanması gerekecektir. Bu hükmün uygulanmasından, “*herkes bu hükme sığınarak cezalandırılmaktan kurtulur veya kurtulmaya çalışır*” gibi değerlendirmelerle çekinmemek gerektiği de yine vurgulanmaktadır. Yazarlar, haksızlık yanlışlığına ilişkin hükmün, böyle bir iddiada bulunulan her olayda değil, şartlarının uygun olduğu hallerde uygulanabilme özelliğini haiz olduğu görüşündedirler (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, ss. 319-320).

⁷⁵⁰ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 325. Çocukların cinsel istismarı suçunda cebir ve şiddet, TCK m. 103/1-b’ye giren çocuklar açısından suçun unsuru (TCK m. 103/4), TCK m. 103/1-a’ya giren çocuklar açısından ise, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Ancak ilk durumda da (TCK m. 103/1-b’ye giren çocuklar), uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun temel biçimini (TCK m. 86/1) oluşturacak boyutu aşmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Gerçekten, başvurulmuş cebir ve

olması ve ona uygulanan şiddetin boyutu açısından, kanun koyucunun cinsel istismar suçunun unsurunu oluşturan cebir ve şiddetin m. 86/2 (*kasten yaralamanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek hali*) hükmü kapsamını aşmamasını düzenlemesinin daha yerinde olabileceği vurgulanmaktadır⁷⁵¹. Suçun işlenmesi için değil de, işlendikten sonra cebir ya da tehdide başvurulması durumunda, başvuru cebir ve tehditten dolayı fail ayrıca cezalandırılacaktır⁷⁵².

Sarkıntılık düzeyinde başlayan bir davranışın daha sonra yoğunluk kazanarak süreklilik arz eder boyuta varması halinde, TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi tek bir defa uygulanacaktır. Buna karşılık, araya zaman girmesi halinde, farklı zamanlarda gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, bunların kül halinde süreklilik arz ettiğinden bahisle tek bir suçun oluştuğunu söylemek mümkün olmamalıdır. Bu halde birden fazla suç oluşmuş olup, kastın yenilenip yenilenmemesine göre, zincirleme suç veya gerçek içtima (fiil sayısınca suç ve ceza) gündeme gelebilecektir⁷⁵³.

şiddetin, kasten yaralama suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren ağır neticelere yol açması halinde (TCK m. 87), ayrıca bu suçtan dolayı da failin cezalandırılması yoluna gidilecektir (TCK m. 103/5) (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 408).

⁷⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 365-366. Bu suç tipinde kullanılan cebrin mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması aranmamış, iradeyi etkilemesi yeterli görülmüştür. Cinsel istismar suçunda kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddedeki hallerin gerçekleşmesi halinde cezanın 61. maddedeki esaslar çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşarak tayininin gerekeceği de belirtilmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 318).

⁷⁵² “Sanıklar hakkında cinsel istismar eylemlerinin işlenmesinden sonra “olanları kimseye anlatırsan seni öldürürüz” diyerek mağduru tehdit etmelerinin cinsel istismar eyleminde direncin kırılması için işlenen tehdit suçuna ilişkin öngörülen TCK'nın 103/4 maddesi kapsamında ve suçun nitelikli halinin unsuru olarak değerlendirilemeyeceği, sanıkların cinsel istismardan sonra birlikte işledikleri tehdit eylemlerinin TCK'nın 106/2-c maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeyerek, bu eylemlere ilişkin ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 09.10.2012 T., 9902/ 9716) (Karar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 318, dn. 34).

⁷⁵³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 407.

Bir suç işleme kararıyla aynı çocuğa karşı değişik zamanlarda yapılan cinsel istismar niteliğindeki fiiller hakkında zincirleme suç⁷⁵⁴ hükümleri (TCK m.43/1)⁷⁵⁵ uygulanabilecektir⁷⁵⁶. Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için,

⁷⁵⁴ “Sanık H... A...’in 2010 yılı aralık ayında tanışıp arkadaş olduğu ondört yaşındaki mağdure ile ay sonunda bir gün gittikleri evde cebir tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmesinin ardından izleyen zaman içinde gerek telefonla gerekse facebook üzerinden mağdureyle görüşmeyi sürdürdüğü ve 2011 yılı mayıs veya haziran ayında bir gün mağdure ile tanık M...’in evinin dışındaki tuvalette bir araya gelen sanığın en son 12.08.2011 günü de kuzenleri olan suça sürüklenen çocuklar A..., H..., K... E...’le birlikte aynı evde bulunduğu mağdure ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde mağdureye karşı birden ziyade nitelikli cinsel istismarda bulunan H... A...’in eylemlerine uyan TCK’nın 103/2-6, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, anılan eylemler arasında fiili kesinti olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde 2010 yılı aralık ayı ile 12.08.2011 tarihindeki nitelikli cinsel istismar eylemlerinden dolayı sanık hakkında ayrı ayrı mahkûmiyet hükümleri kurulması...” (Y. 14. CD., 25.11.2015 T., 6962/ 10989) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.10.2016).

⁷⁵⁵ “Sanık Metin’in mağdureyle arkadaşlıklarının devam ettiği süreçte, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlediği anlaşılan ırza geçme ve nitelikli cinsel istismar suçlarının hukuki ve fiili bir kesintiye uğramadığı ve sonraki suç tarihinin 01.06.2005’ten sonra olduğu da gözetilerek zincirleme surette nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 03.05.2011 T., 67/ 3642) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2014).

“Dosya içeriği ve oluşturma göre, 15 yaşından küçük mağdureye karşı eylemin cebir şiddetle ve farklı zamanlarda birden fazla kez gerçekleştiği kabul edildiği halde sanık hakkında TCK’nın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” (Y. 5. CD., 21.01.2010 T., 2009/ 11775 E., 2010/ 249 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.07.2014).

“Sanığın cinsel istismar eylemlerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı zamanda işlendiğinden, zincirleme suç hükümleri şartları bulunmadığı halde verilen cezanın aynı Kanunun 43. maddesi ile artırılması...” (Y. 5. CD., 18.01.2010 T., 2009/ 12606 E., 2010/ 93 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.07.2014).

Zinciri oluşturan fiillerden birinin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali oluşturması halinde artırımın bu hal üzerinden yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak farklı mağdurlara karşı cinsel istismarda bulunulmuşsa, her bir mağdur açısından ayrı suç oluşacaktır. “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Dairemizce de benimsenen 20/11/2007 gün, 2007/5-142 Esas ve 2007/240 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere; zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCK’nın 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılması ve bu artırım miktarının, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCK’nın 103/6 maddesi uyarınca tayin edilecek ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç cezanın belirlenmesi gerektiği nazara alınmaması...” (Y. 5. CD., 14.10.2010 T., 7338/ 7526) (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 318-319, dn. 36).

⁷⁵⁶ Bu durumda faile tek ceza verilecek ve fakat cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Failin aynı mağdura karşı değişik zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında cinsel istismarın basit veya nitelikli şeklini gerçekleştirdiği durumlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu halde, suçun nitelikli şekilden hareketle ceza belirlenecek, bu cezada 43. maddede öngörülen oranlarda artırım gidilecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 326).

Fail eylemini, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda cinsel taciz ve cinsel istismar biçiminde gerçekleştirmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. “TCK’nın 43. maddesinde öngörülen zincirleme suç hükümlerinde aynı suçun farklı zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde uygulanacağı, en son olay tarihinden 15 gün önce para verip “attıracağım mı” diyerek ve cinsel organını gösterip tutmasını istemesi şeklinde beden teması içermeyen cinsel taciz niteliğindeki eylem ile 02.08.2010 tarihinde öpüp okşama ve cinsel organını okşatma şeklinde bedensel temas içeren ve TCK’nın 103/1 maddesinde öngörülen cinsel istismar niteliğindeki suçların aynı nitelikte olmayıp farklı nitelikte suçlar olması karşısında, eylemin bir bütün olarak cinsel istismar olarak kabulüyle

suçun “aynı kişiye karşı işlenmesi” zorunluluğu arandığından, değişik kişilere karşı işlenen cinsel istismar suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa da, zincirleme suç kuralları uygulanamayacaktır⁷⁵⁷. TCK m. 43/3 ile cinsel istismar fiilleri hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yasaklanmıştı. Ancak uygulamada karşılaşılan problemler neticesinde bu yasak hükmü, 5377 sayılı Kanun m. 6 ile kaldırılmıştır. Bundan sonra tek suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işlenen cinsel istismar fiilleri hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir⁷⁵⁸.

Zincirleme suça ilişkin olarak TCK m.43/2 de ele alınmalıdır. Aynı suçun tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesi formülasyonunu içeren bu hükmün çocukların cinsel istismarı bakımından uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Zira çalışmada birden fazla defa ifade edilen cinsel taciz suçuna

zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması gerektiği yolundaki tebliğnamedeki görüşe itibar edilmemiştir.” (Y. 14. CD., 27.03.2012 T., 2114/ 3521) (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 319, dn. 37).

⁷⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 406-407. “Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yöenlik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmemiş olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir. Bu itibarla, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmedikçe ve somut olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığını kabul eden yerel mahkeme direnme kararı isabetli olup, onanmasına karar verilmelidir.” (Y. CGK., 14.01.2014 T., 14-384/2) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).

⁷⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 366. “Irza geçme ve ırz ve namusa tasaddide bulunma suçlarından (Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı) sanığın, kızı olan mağdure ile ilk kez cinsel ilişkide bulunup kızlığını bozmasından sonra bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eylemlerini zincirleme surette 7 yıl kadar sürdürdüğü ve teselsülün son bulduğu suç tarihi itibarıyla sanık hakkında 5237 Sayılı Kanun hükümlerine göre uygulama yapılması gerekir.” (Y. 5. CD., 15.09.2008 T., 11068/ 7752) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016). Tezcan/Erdem/Önok, Yargıtay uygulamasına göre, faillerin aynı zaman ve mekanda, birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemeleri halinde, bizzat gerçekleştirdikleri eylemlerle birlikte her bir failin diğerinin eylemine TCK m. 37 çerçevesinde fail olarak katılmış olduğunun kabul edilerek haklarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 408-409). “Sanıkların birlikte aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben çocuğun nitelikli cinsel istismarı eylemlerini gerçekleştirdiklerinin kabulü karşısında, her bir sanığın bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine T.C.K.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında aynı Kanunun 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”. (Y. 5. CD., 02.03.2011 T., 2010/ 4329 E., 2011/ 1551 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2014).

ilişkin değişiklik karşısında temas olmaksızın TCK m. 103'ün işlenmesi mümkün değildir. Bu durumda da mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır.

Cinsel istismarın aile bireyleri arasında söz konusu olması halinde fikri içtima (TCK m. 44) kuralları gereğince, aile fertlerine kötü muamele suçu (TCK m. 232) ile cinsel istismar suçlarından (TCK m. 103/3) hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa failin sorumluluğu bu suçtan dolayı olacaktır⁷⁵⁹. Aynı şekilde çocuğuna karşı cinsel istismar suçunun işlenmesine bilerek ve isteyerek göz yuman ebeveyn açısından m. 103/3'ün oluşup oluşmadığı tartışılmalıdır⁷⁶⁰.

İşkence suçu, cinsel taciz suçuyla birlikte işlenirse TCK m. 94/3 “*cinsel taciz*” şeklini nitelikli hal olarak öngörmüş olduğundan bu suçtan dolayı fail cezalandırılacak, ancak cinsel tacizden cezalandırılmayacaktır. Ancak işkence suçu, cinsel istismar suretiyle işlenecek olursa bu durumda gerçek içtima söz konusu olacak ve ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 408.

⁷⁶⁰ Eğer iştirak iradesi çerçevesinde bu suçun oluştuğu kabul edilecek ise “*Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali*” suçunu düzenleyen TCK m. 233 ile arasında içtima ilişkisi ortaya çıkar. Eylemin tek olduğu kabul edilecek olursa fikri içtima hükmü gereğince sorunun çözümlenebileceği ifade edilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 366). Öğretide cinsel istismar suçunun ihmali surette işlenebileceği de ileri sürülmektedir (Kanbur, İhmal Suretiyle İcra Suçları, s. 66).

⁷⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3438; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 366. TCK m. 109/5'te düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen “*Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır*” ifadesi ile çocuğun cinsel istismarı suçu arasındaki içtima ilişkisine de değinmek gerekmektedir. Cinsel istismara yönelik fiilin gerçekleştirilebilmesi için mağdurun hürriyetinden yoksun bırakıldığı hallerde, failin cinsel istismarın yanı sıra ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kişinin hürriyetinden cinsel bir amaçla yoksun bırakılması, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun nitelikli biçimini oluşturmaktadır (TCK m. 109/5). Ancak Koca/Üzülmez bunun için somut olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın amaç suç olan cinsel istismarın işlenebilmesi açısından araç suç niteliği taşıdığının tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar. Gerçekleştirilen cinsel istismarın doğal sonucu olan hürriyet kısıtlamaları ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 326-327).

“*Sanığın mağdurelerden Penbe'nin göğüslerini okşayıp cinsel organını ağzına almasını istediği ancak mağdurenin kabul etmemesi nedeniyle eylemin teklif aşamasında kaldığı, oluşan hali ile de fiilin çocukların basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu cihetle tebliğnamedeki mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Mağdureleri para ve yemek vereceği vaadiyle evine soktuktan sonra kapıyı kilitleyerek bıçak tehdidiyle eylemini gerçekleştiren sanığa 109/1 madde uyarınca tayin olunan cezanın aynı maddenin 2. fıkrası gereğince artırılmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.*” (Y. 5. CD., 22.05.2007 T., 3480/ 3863) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2014).

“*Cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılmasuçuundan kurulan beraat hükmünün incelenmesinde; Sanığın, önceden tanışmadığı 23.10.1995 doğumlu mağduru tuvalete gitmesine yardımcı olacağını söyleyip, öğretmen evi arkasındaki etraftan görülmeyecek şekilde karanlık ve tenha yere götürdükten sonra orada istismar eylemlerinde bulunduğu anlaşıldığı karşısında*

Fail, cinsel istismar suçuyla birlikte, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunu (TCK m. 109) da işlemiş ise; her ne kadar kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun “*cinsel amaçla işlenmesi*” bu suçun nitelikli hali olarak öngörülmüş olsa da (TCK m. 109/5), failin, koşulları oluşmuşsa, hem kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma, hem de çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir⁷⁶². Burada kişi özgürlüğünün sınırlandırılması açısından mağdurun gösterdiği rızanın, somut olayın özelliğine göre hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabileceğinin de gözden uzak tutulmaması gerektiği belirtilmelidir⁷⁶³.

cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyeti yerine mağdurun direnmediği, ayrılmak için çabasının olmadığı şeklindeki gerekçelerle beraatine karar verilmesi...” (Y. 5. CD., 21.01.2010 T., 2009/ 12605 E., 2010/ 243 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.02.2014).

“*Sanığın geceleyin sokakta gördüğü 15 yaşından küçük mağduru bıçakla tehdit ederek kolundan tutup götürdüğü içinde kimsenin olmadığı boş evde zorla tutarak cinsel istismarda bulunduğu, mahkemece de oluşa uygun şekilde kabul edildiği halde sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...*” (Y. 5. CD., 27.04.2009 T., 467/ 4843) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.04.2014).

⁷⁶² Gerçekten, TCK m. 109/5’te faildeki saik göz önünde bulundurulduğu, buna karşılık cinsel davranışın gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmadığı için, cinsel istismar suçunun, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun nitelikli hali olduğundan ve dolayısıyla her iki suçun bileşik suç ilişkisine (TCK m. 42) girdiğinden de söz edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Yargıtay, cinsel istismarın gerçekleşmesinden önce veya sonra özgürlük kısıtlaması söz konusu olmamış ise, TCK m. 109’u uygulamama eğilimindedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 407).

⁷⁶³ Yargıtay verdiği kararlarda (Y. 5. CD., 22.11.2005 T., 8765/ 22305; Y. 5. CD., 30.01.2006 T., 18695/ 361; Y. 5. CD., 26.12.2007 T., 14096/ 10457) TCK m. 26/2 hükmü karşısında, 16 yaşındaki mağdureyi rızası ile alkoyan sanığın TCK m. 109 anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceğinden, alıkoyma suçundna verilen beraat kararını onaylamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’da aynı yönde karar vermiştir: “*Görüldüğü gibi Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu’nca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; 5237 sayılı TCY’de 15 yaşını bitirmiş olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen “cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” eylemlerinde küçüğün rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğine ilişkindir. 5237 sayılı TCY’nin 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, yasa koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”; “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY’nin 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin b bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY’nin 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikayete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele*

alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızalarının hukukten değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. İkinci kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 sayılı TCY'nin 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı konusu tartışmalı olup, esasen uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır. Çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılınması suçu 765 sayılı TCY'nin "Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" başlıklı sekizinci babının "Kız, kadın ve erkek kaçırmak" başlıklı ikinci faslında yer alan 43012. maddesinde, "Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir" şeklinde, 5237 sayılı TCY'de ise "Hürriyete karşı suçlar" bölümünün "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesinde, " (1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) ... (3) ...f) çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) ... (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır ... " biçiminde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCY'nin 430/2. maddesindeki düzenlemede korunan hukuki değer "umumi adap ve aile düzenidir". 5237 sayılı TCY'deki düzenleme ile korunan hukuki değer ise, "kişilerin kendi istekleri ve iradeleriyle serbestçe hareket edebilme özgürlükleri" dir. Kişilerin bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda özgürlükleri olması nedeniyle bu suçun işlenmesi sonucu anılan özgürlükleri ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için bu ihlalin hukuka aykırı olarak yapılması zorunludur. Hukuka aykırılık, öğretide genel olarak hukuk düzeninin izin vermediği halleri ifade etmektedir. "Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 5237 sayılı TCY'nin 26/2. maddesinde, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindeki düzenleme ile ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Burada uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış olan" çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasa'ya başvurulması gerekmektedir. 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi ... Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır. Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B.Kararı ile CGK'nın 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Bu açıklamaların ışığında somut olay incelendiğinde; Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma'yı rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nin 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasa'nın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Daire'nin kararı isabetli olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar

TCK m. 226/3'de⁷⁶⁴ yer alan çocuk pornografisi suçu açısından, çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün üretilmesi sırasındaki eylemler (istismarın kayda alınıp film olarak yayımlanması gibi) çocuğun cinsel olarak istismarı niteliğini de taşıyor ise, bu halde gerçek içtima kuralları uygulanmak suretiyle faile hem TCK m. 103 hem de TCK m. 226/3'ten ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶⁵.

Tezcan/ Erdem/ Önok, genital muayene suçu ile içtima ilişkisi için ise, failin kastı davranışın cinselliğine yönelikse, zaten TCK m. 103'ün uygulanacağını belirtmektedir⁷⁶⁶.

verilmelidir." (Y. CGK., 11.03.2008 T., 2007/ 5-253 E., 2008/ 52 K.) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.07.2016).

⁷⁶⁴ TCK m. 226/3: "Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

⁷⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 367; aynı yönde bkz. Özbek, Müstehcenlik, s. 140.

⁷⁶⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 409; aynı yönde bkz. Sırma, s. 166; Ercan Poyraz, "Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 82, Haziran 2013, s. 19; ayrıca bkz. Eroğlu, ss. 1141-1142; Beyazıt, s. 163.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK m. 104)

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK m. 104'te düzenlenen “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunun muadilinin, 765 sayılı TCK m. 416/son⁷⁶⁷ olduğu söylenebilir. 15 yaşını doldurmuş çocuklar ile cinsel ilişkiye girilmesi, 765 sayılı TCK’da ırza geçme suçunu düzenleyen m. 416 içinde kendine yer bulabilmekteydi. 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı

⁷⁶⁷ 765 sayılı TCK - madde 416/son: “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Bu tür fiiller, ırza geçmenin varsayılan zorlama ile işlendiği bir suç şeklinde değerlendirilmekteydi. Irza geçmenin sadece erkekler tarafından işlenebilecek bir suç olarak değerlendirilmesinden dolayı, 765 sayılı TCK m. 416/son hükmü, uygulamada, 15 yaşından büyük ama reşit olmamış kıza karşı işlenmiş fiiller şeklinde anlaşılmaktaydı (İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Ankara Kasım 2005, s. 824).

TCK 104 bakımından failin ya da mağdurun cinsiyetinin önemi yoktur. Hatta Kanbur’a göre, hemcinsler de bu fiili işleyebilir (Mehmet Nihat Kanbur, “Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **CHD**, Yıl: 8, S. 21, Nisan 2013, s. 33; Mehmet Nihat Kanbur, “18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **CHD**, S. 26, Aralık 2014, s. 98, dn. 3; Mehmet Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Pof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan - IV, DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, Y: 2014, İzmir 2015, s. 4140, dn. 3). Yargıtay zina fiillerinin. suç olduğu dönemde “*zina suçuna ortak olan bekar kadının ergin olmaması halinde kadın için zina suçunun oluşacağına, erkek için ise TCK m. 416/son ...hükmünün uygulanacağı ve rızaen cinsel ilişkiden cezalandırılacağına...*” hükmetmiştir. Y. 5. CD., 06.03.1984 T., 42/871 sayılı karar ve aynı yönde Y. 5. CD., 13.11.1984 T., 3749/4226 sayılı karar için bkz. Sedat Bakıcı, “Uygulamada Zina Cürümleri II”, **ABD**, S. 3, 1985, s. 469.

TCK'dan⁷⁶⁸ farklı olarak “*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*”⁷⁶⁹ müstakil olarak düzenlenmemiş ve isabetli olarak bu tür fiillere failin cezai sorumluluğunu ağırlaştıran neden olarak⁷⁷⁰ da yer verilmemiştir⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ 1956 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; 15 yaşından büyük fakat reşit olmamış biriyle evlenme vaadiyle rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunarak mağdurun kızlığını kaybetmesine neden olan failin fiilinin, 765 sayılı TCK m. 423'te yer alan evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu kapsamında değil, m. 416/son'da yer alan (15-18 yaş arasında birisiyle cinsel ilişkiye girme) kapsamında olduğu belirtilmiştir. Kızlığın bozulmuş olması durumu ise m. 418/son açısından “*mayubiyet (ayıplılık)*” sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlatılacağına karar verilmişti (YİBK., 25.04.1956 T., 1956/5 E., 1956/2 K. sayılı karar için bkz. Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, s. 326). İleride de değinilecek olmakla birlikte Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre, cinsel ilişki, bir penisin vajinaya ya da anal yoldan vücuda girmesiyle tamamlanacaktır. Dolayısıyla taraflardan en az birisi erkek olmalıdır ve bu ilişkide mutlaka penis kullanılmalıdır. Cinsel ilişki bir erkeğin bir kadına vajinal ya da anal yoldan, bir erkeğe anal yoldan penisi sokması ile tamamlanacaktır. Dolayısıyla bekaret vajinal ya da anal yoldan parmak sokularak bozulsu bile, TCK m. 104'ün oluşmayacağı söylenmektedir (Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3499-3500). Kanbur'a göre ise, kızlık bozma m. 104'ün bir unsuru değildir. Ancak vajinaya parmak sokmak, amaçsal yorumla “*cinsel ilişki*” olarak değerlendirebilmeli ve suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Fakat bu halde dahi “*kızlık bozma*” durumu suçta bir unsur veya nitelikli hal olarak değerlendirilmemeli, sadece TCK m. 61 çerçevesinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunda bir kıstas olarak uygulanabilmelidir (Kanbur, CHD, s. 99, dn. 7; Kanbur, Armağan, s. 4141, dn. 7).

⁷⁶⁹ Mehaz Kanun'da yer almayan, 765 sayılı Kanun'un 423. maddesinde yer alan hüküm “*Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür*” şeklindeydi. Kanun burada, evlenme vaadi ile kızlığın bozulmasından söz ederek; bakire olan ve olmayan kadın ayırımı yapıyor ve bakire olmayan kadının kandırılıp cinsel yönden istismar edilmesini cezalandırmayı tercih etmiyordu. Bu düzenlemenin bekarete verdiği önem şu şekilde gerekçelendirilmişti: “*Memleketimizin genel adet ve geleneği, yurdumuzda evlenecek olan bir kızda aranan nitelikler bakımından 423. maddeye ve genç kızların bekaretlerini evlenme vaadi ile kandırarak izale edenlerin cezalandırılmasına ihtiyaç vardır. Memleketimizde genellikle evlenecek kimselerin eşlerinde aradıkları zorunlu vasıf onların kızlığı, daha doğrusu kendilerinden önce başkaları ile cinsel münasebette bulunmamış olmalarıdır. Bu vasfa malik olmayan bir genç kız, memleketimizde, hemen hemen evlenmek ve yuva kurmak şansını kaybetmiş olur. İyi bir Ceza Kanununun başta gelen vasfı ise, memleket adet ve geleneklerine dirsek çevirmek değil fakat onları göz önünde bulundurmak ve değerlendirmektir.*” (Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Bası, İstanbul 1975, s. 172).

Söz konusu suçun oluşması için kızlık zarının mutlaka bozulması arandığından, zarın doğal yapısı nedeniyle bozulmadığı hallerde, mağdur gebe kalsa dahi suç oluşmamakta, ancak mağdur normal doğum yaptığında doğumla kızlık zarı bozulduğu an suçun oluştuğu kabul ediliyordu (Ali Hakan Evik, “Ceza Kanunumuz ve Kadın”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul Haziran 2004, ss. 354-355; ayrıca bkz. Ümit Aydil, Hafize Çobanoğlu, Mehmet Nur Terzi, “Kadın Vücuduna ve İnsan Onuruna Saldırının Bir Türü: Kızlık Muayenesi”, **İzmBD**, S. 4, Ekim 1992, ss. 57-60; Erdem Akkay, “Ülkemizde Kızlık Zarı ve Adli Tıp Sorunları”, **İÜHFM**, C. 48, S. 1-4, ss. 325-333). Görüldüğü gibi, kandırılarak cinsel dokunulmazlığı ihlal edilen kişi zaten bakire değilse ya da kızlık zarı bozulmadan cinsel ilişki gerçekleşmişse bir sorun olmayacak, tıbben hiçbir işe yaramayan ve tabulaştırılan “*kızlık zarı*” bozulduğunda ise “*toplumun ahlaki değerleri*” devreye girecek ve fail cezalandırılacaktı (Eleştiriler için bkz. Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 123-125; Ünver, Cinsel Suçlar Alanında Değişim, ss. 323-324; ayrıca bkz. Sedat Bakıcı, “Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları”, **ABD**, S. 1, 1985, ss. 35-41).

⁷⁷⁰ Doktrinde bazı yazarlara göre, kızlığın bozulması, 5237 sayılı TCK döneminde de, mağdurun “*beden ve ruh sağlığının bozulması*” nitelikli hali kapsamında. cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak değerlendirilebilir. Söz konusu görüş için bkz. Erdem Akkay, “İrza Geçme”, **İÜHFM**, C. 51, S. 1-4, ss. 653-657. Akçin'in kullandığı ifadeler bu anlamda ilginçtir: “...765 sayılı Kanunun 418. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen mayubiyet (ayıplı) kavramına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmemekle birlikte kızlık zarının yırtılmasını, “*mayubiyet hali*” kabul eden önceki

TCK m. 104 ile 15-18 yaş grubunda yer alan küçüklerin cinsel ilişkiye girme konusundaki rıza beyanlarının muteber olmadığı, şikayet üzerine cinsel ilişkiye giren kişilerin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu çocukların, cinsel yönden olgunluğa erişmekle birlikte algılama ve irade yeteneklerinin, fiilin anlam ve sonuçları konusunda sağlıklı değerlendirme kabiliyetlerinin tam olarak gelişmemiş olabileceği⁷⁷² ve dolayısıyla çabuk etkide kalabilecek durumda olmaları dikkate alınarak erken cinsel deneyimden uzak tutulmalarının amaçlandığı vurgulanmaktadır⁷⁷³.

yerleşmiş ve tartışmasız uygulamaları da gözetilerek 102. maddenin 5. fıkrasında yazılı “beden veya ruh sağlığının bozulması hali” kapsamında düşünmek olanaklı mıdır? Kanaatimize göre; el değmemişliğin göstergesi, masumiyet ve saflığın simgesi olan bekarete, toplumumuzun verdiği önem ve atfettiği değer de gözetildiğinde mağdurenin (eylemin kötülüğünün idraki içerisinde bulunmayan akıl hastaları hariç), sosyal çevrede hoş karşılanmayacak böyle bir psikolojik travma sonucu kendisini aşağılanmış, kirletilmiş olduğu duygusuna kaptıracak bu durumda ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinde kuşku bulunmaması karşısında, bu halin de ruh sağlığının bozulması olarak kabulünün gerektiği düşünülmektedir.” (Akçin, ss. 124-125).

⁷⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 369.

⁷⁷² Özgenç, s. 805.

⁷⁷³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 329.

TCK m. 104 hükmü⁷⁷⁴, 2014 yılında 6545 sayılı Kanun (m. 60) ile önemli ölçüde değiştirilmiştir⁷⁷⁵. İlk olarak, suçun temel şeklinin cezası artırılmış olup⁷⁷⁶, ayrıca hükme sınırlı da olsa “ensest”⁷⁷⁷ ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme

⁷⁷⁴ Doktrinde temyiz kudreti olan, ancak reşit olmayanlar ile cinsel ilişkiye girilmesinin suç olmaması gerektiği ileri sürülmekle birlikte (ayrıntı için bkz. Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, ss. 293 vd.), tasarıda olmayan söz konusu düzenleme komisyonunda etkili iki siyasi partinin grup temsilcilerinin ısrarıyla eklenmiş ve uzun tartışmalar sonucu kanunlaşmıştır (Özgenç, ss. 823-824; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3495; komisyon görüşmelerindeki tartışmalar için bkz. Niyazi Güney, Kenan Özdemir, Yusuf Solmaz Balo, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2004, ss. 349 vd.).

⁷⁷⁵ **Hükmün değişiklik sonrası hali şu şekildedir: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki - m. 104: (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.**

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi ise madde metni şu şekildeydi: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki - m. 104: (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile)

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ilk halinde 2. fıkra olarak suçun re’sen kovuşturmayaya tabi nitelikli şekline yer verilmiş ve “Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır” denilmiştir. Maddenin ilk şeklinde yer alan söz konusu 2. fıkra aleyhine Anayasanın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi fıkraı 23.11.2005 gün ve 103/89 sayılı kararıyla Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (karar metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/3c633490-6a57-456b-a8f5-fd707a5cc468?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 03.12.2015) (RG., 25.02.2006/ 26091). Maddenin 2. fıkrası, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 60. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir.

İptale konu olan fıkra hükmündeki yaş farkına yönelik eleştiriler için bkz. Özgür Beyazıt, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 1, Nisan 2010, s. 295.

⁷⁷⁶ Maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, “cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi” cezalandırılır hükmü yer almaktadır. 6545 sayılı kanun değişikliği ile suçun cezasının artırıldığını görmekteyiz. Doktrinde böyle bir suç tipine yer vermenin gerekliliği tartışılırken, tartışmalı konulara açıklık getirmek bir tarafa, ayrıca bir de cezasının hem de olağanüstü artırılması yazarlara göre yerinde olmamıştır. 6 aydan 2 yıla kadar olan hapis cezası, 2 yıldan 5 yıla çıkarılmıştır. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, **Özel Hükümler**, s. 410.

⁷⁷⁷ Ensest kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Genç/Coşkun, ss. 215 vd.. 6545 sayılı kanunla TCK m. 104/2’ye yapılan ekleme ile, belirli ve sınırlı ölçüde, “ensest suçu” mevzuatımıza girmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, “suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” Bu fıkra her türlü ensest ilişkiyi cezalandırmış değildir (Kanbur, Armağan, ss. 4174 vd.; Kanbur, CHD, ss. 99 vd.; Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, C. II, Ankara 2015, ss. 697 vd.). Sadece çocuklara karşı işlenen fiiller bakımından, reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunun daha ağır cezasını gerektiren (ve takibi şikâyete bağlı olmayan) nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeden önce de, aile içinde olsun ya da olmasın, 15 yaşını doldurmuş çocuklarla, onların rızasına bağlı cinsel ilişkiler suç oluşturmaktaydı. Ancak TCK m. 104’e göre suçun takibi şikâyete bağlıydı. Bu değişiklik, artık belirli akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler, fail veya mağdurdan biri TCK m. 104 kapsamına giren bir çocuksa, şikâyet şartı aranmaksızın kovuşturulabilecek ve cezası da suçun m. 104/1’deki basit haline göre çok daha ağır olacaktır. Böylelikle, cinsel ilişkiye çocuğun rızasının olmadığı kanıtlanamasa ve şikâyet geri alınsa bile, ensest nitelikli fiillerin cezalandırılması olanaklı olacaktır

eklenmiş⁷⁷⁸ ve son olarak evlat edinme ilişkisi, koruyucu aile ilişkisi, bakım ve gözetim yükümlülüğü ilişkisi yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁷⁷⁹. Bahse konu değişiklikler ilgili kısımlarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

TCK m. 104'ün düzenleniş yeri dikkate alındığında, korunan hukuki yararın, çocuğun “*cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi*” olduğu ifade edilmelidir⁷⁸⁰. Bu suçla 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin cinsel bütünlüğünü korumak hedeflenmektedir⁷⁸¹. Kanun metninin burada söz konusu

(Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 410). Buna karşılık, reşit akrabalar arasında gerçekleşen rızai enest ilişkilerin bu (veya diğer herhangi bir) hükümde yasaklanmamış olduğunu da belirtmek gerekmektedir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 374).

⁷⁷⁸ Doktrinde bu değişiklikten önce, fail ile mağdur arasındaki belirli akrabalık derecelerinin dikkate alınmaması ve özellikle enest niteliğindeki fillerin söz konusu bu suç bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmemesi eleştirilmiştir. Örneğin bu yaş dilimleri arasındaki bir mağdura karşı baba, anne veya büyük kardeş olmak üzere bir failin bu suçu işlemesi durumunda ceza yaptırımını arttırılmamakta ve şikayete bağlı olarak kalmaya devam etmekteydi. Oysa bu tür olasılıklarda yazara göre hem suçun re'sen kovuşturulabilir hale getirilmesi hem de cezanın gerektiği kadar önemli ölçüde zorunlu olarak artırılması gerekmektedir. Zira söz konusu düzenleme TCK m. 103'e nazaran özel bir norm olduğundan ve kıyas yasağı sebebiyle TCK m. 103'teki cezai artırma nedenlerinin burada uygulanması da mümkün değildi (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 51).

Alman Hukuku'nda akrabalar arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Al.CK. §173 hükmü akrabalar arasında cinsel ilişki başlığını taşımaktadır. Hüküm hukukumuzdan farklı olarak cinsel suçlar arasında değil kişisel hal, aile ve evlilik aleyhine suçlar kısmında düzenlenmiştir. Buradan Alman kanunkoyucusunun enesti cinsel bir suç olarak görmediği sonucu çıkartılabilir.

Hükümde cezalandırılan eylemler bir kişinin kan hısmıyla cinsel ilişkiye girmesi, üstsoy ile cinsel ilişki, kardeşlerin cinsel ilişkiye girmesidir. Suçun takibi şikayete bağlı değildir. Hükümün son fıkrasında cinsel ilişkiye giren kardeşlerin on sekiz yaşını doldurmamış olmaları halinde cezalandırılmayacakları hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'ndaki düzenleme içeriği ve mantığı itibariyle hukukumuzdakinden oldukça farklıdır.

Öte yandan doktrinde madde 173 hükmünün devletin aile birliğini koruma yükümlülüğünün bir görüntüsü olduğu da ifade edilmektedir (Karl Klöpper, **Das Verhaeltnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG**, München 1995, s. 94).

⁷⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 369.

⁷⁸⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 369-370; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3496; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 329; Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 295; Taneri, ss. 160-161. Taner, burada hukuksal değer in çocuğun sağlıklı cinsel gelişimi olduğunu vurgulamaktadır (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 328).

⁷⁸¹ Gençlere yönelik işlenen cinsel istismar suçu Alman Ceza Kanunu'nun 182. maddesinde düzenlenmiştir. Suç kapsamında reşit olmayan çocukların cinsel karar verme hakkı korunmaktadır (BGHSt. 42, s. 53; BGHSt. 42, s. 400; ayrıca bkz. Thomas Stephan, **Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (§ 182 StGB)**, Marburg 2002, s. 67; Laubenthal, 2012, s. 254). Bunların karar verme ve yaptırım yetenekleri henüz yeteri kadar gelişmediği için ve suçlunun amaçlarına karşı çıkamadıklarından belirli durumlardaki cinsel eylemlerden korunmaktadırlar (Laubenthal, 2012, s. 254).

çocuğun temyiz kudreti olup olmadığını düzenleme yaparken gözönünde bulundurmadığı görülmektedir. Dolayısıyla temyiz kudretine sahip olsa bile 15-18 yaş arasındaki çocuğun da cinsel bütünlüğü kanun koyucu tarafından korunmak istenmiştir⁷⁸² demek yanlış olmayacaktır⁷⁸³.

TCK m. 103 ve 104 bir arada ele alınacak olursa, 15 yaşını doldurmuş bir kişinin *cinsel ilişki* boyutuna varmamak koşuluyla cinsel özgürlüğü üzerinde⁷⁸⁴

Çocuklar Ceza Kanunu'nun 176. maddesi gereğince erken cinsel deneyimlerden korundukları için, kanun koyucu 29. Ceza Kanunu'nu değiştirme kanunu (1994) ile on dört ve on beş yaşındaki gençlerin yaş seviyelerini sorunsuz cinsel gelişimlerinin korunması için özel koşullar yaratarak daraltmıştır ve 16 yaşın altındaki gençler için bir koruyucu yasa tasarlamıştır. Yasama meclisinin 16 yaşın altında olan gençlere yönelik görüşü: “*Gelişimleri henüz tamamlanmadığından ve otonominin yoksunluğundan dolayı yetişkinler tarafından uygulanan bir istismarda genç mağdurun cinsel gelişimi açısından olumsuz sonuçlar meydana gelebilir*” şeklindedir (BT-Drs., 12/ 4584, s. 7; Laubenthal, 2012, s. 254). Kanun koyucu 14 ve 15 yaşlarında cinsel deneyimlerin söz konusu olabileceğini ve genç insanların kendi deneyimleriyle de gelişebileceklerini tespit ve kabul etmiştir. Bu nedenle kendi yaşlarıyla edindikleri cinsel eylem ve deneyimler açısından ceza hukuku kapsamında korunmamaktadırlar. Ceza kanununun 182. maddesi, 29. Ceza Kanunu'nu değiştirme kanunu ile bağlantılı olarak, çocukları daha çok travmaya sebep olan yetişkin insanlarla cinsel eylemlerden korumaktadır (Bkz. Roger Kusch, Karen Ilka Mössle, “Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des neuen § 182 StGB”, *NJW*, 1994, s. 1505 vd.; Orlik Andreas Frank, **Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen**, Aachen 1997, s. 212 vd.; Laubenthal, 2012, ss. 254-255). Alman Ceza Kanunu'nun 182. maddesi daha sonra 31.10.2008 ve 21.01.2015 tarihli kanunlar ile değişikliklere uğramıştır.

⁷⁸² Doktrinde bir diğer görüşe göre, on beş – on sekiz yaş grubundaki bir çocuğun rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişkinin çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumadığı ifade edilmektedir. Toroslu'ya göre, on altı yaşını doldurmuş olan çocuk gerektiğinde evlenebileceğine göre, bu kişi ile rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç sayılmasını anlamak güçtür (Toroslu, Özel Kısım, s. 70). Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar konusunda 5237 sayılı TCK ile getirilen anlayış değişikliğinin düzenlemelere ne ölçüde yansıdığı tartışmaya açıktır. Özellikle, reşit olmayan kişi ile cinsel ilişkide bulunmanın suç sayılmasını, ancak cinsel ilişki dışında kalan tüm cinsel davranışlara mağdurun gösterdiği rızaya geçerlik tanınmasını, cinselliği bir özgürlük değeri olarak gören anlayışla bağdaştırmak zordur (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 350). Toplumdaki değer yargıları dikkate alınarak böyle bir suç tipi ihdas edilmiş olsa da tip ceza hukukunun temel prensipleri ile uyumlu değildir. Doktrinde bu husus eleştirilmiş ve düzenlemenin mahiyeti itibarıyla aksak olduğu vurgulanmıştır (Üzülmez, Cinsel Suçlar, ss. 5-6; ayrıca bkz. Gürkan/Uğuz, ss. 259-260).

⁷⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 370. Bu suçla 15-18 yaş arası kişilerin cinsel bütünlüğü korunmaktadır. Kanun koyucu bu yaş grubuna psikolojik olgunluklarını dikkate alarak cinsellik konusunda nisbi bir özgürlük alanı tanımıştır (Soyaslan, s. 256).

Özgenç bu durumu, “...aslında on beş yaşını dolduran çocuklar cinsel farkındalık dönemine girmişlerdir. Fakat henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla TBMM'de bu tür fiillerin suç olarak düzenlenmesi yönünde irade oluşmuştur” şeklinde ifade etmektedir (Özgenç, ss. 823-824).

⁷⁸⁴ Alman kanun koyucu çocukların ve gençlerin cinsel karar verme hakkını ve sorunsuz cinsel gelişimini korumak için (bkz. BGH, NSTZ 2005, s. 687; Laubenthal, 2012, s. 237) Ceza Kanunu'nun 180. maddesiyle (*Küçükleri cinsel davranışlarda bulunmaya teşvik etme*) cinsel eyleme teşvik çeşitlerini suç kapsamına almıştır (Cinsel eyleme teşvikin ceza hukuku açısından ele alınışına yönelik tarihsel özet için bkz. Peter Eschweiler, **Die Kuppelei**, Frankfurt a.M., 1970, s. 27 vd.). Suçlu tarafından reşit olmayan küçüklerle üçüncü kişiler arasındaki cinsel eylemler teşvik ediliyorsa ve bunlar genç kişilerin gelişimine zarar veriyorsa veya zaten mevcut olan eksik gelişimlerini olumsuz etkiliyorsa, ilgili suç kapsamına girer ve cezalandırılır. Ancak Ceza Kanunu'nun 180.

tasarrufta bulunabileceği kabul edilmiştir⁷⁸⁵. Bu suçla korunan hukuki değerin, cinsel ilişki dışında kalan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerli sayılması sebebiyle, cinsel özgürlük olduğu söylenebilecektir⁷⁸⁶.

Diğer bir görüşe göre, kişinin cinsel özgürlüğünü rızasıyla kullanması da suça vücut verdiğinden, burada korunan hukuki değer cinsel özgürlük kadar, kişinin kişisel gelişimi, aile hayatı ve toplumsal ahlakıdır⁷⁸⁷. Buna göre, “*çocuğun kişisel gelişimi*”nin korunması hususu kabul edilebilir ise de, bu suçla “*aile hayatı*”

maddesinde reşit olmayan küçüklerle üçüncü kişiler arasındaki cinsel eylemlerin cezalandırılması öncelik değildir. Hüküm daha çok üçüncü kişilerle cinsel eylemleri teşvik etmekle ilgilidir. Ceza Kanunu’nun 180. maddesinin fıkraları, mağdurun yaşı ve tehlike gerekçelerine göre teşvik eylemlerini üç gruba ayırır: 1) Suçlu 16 yaşın altında olan bir kişinin cinsel eylemlerine aracı olarak veya zemin hazırlayarak veya bunlara müsaade ederek teşvik eder. 2) Suçlu henüz 18 yaşında olmayan bir kişiyi ücret karşılığında cinsel eylemlerde bulunmasını veya bunlara katlanmasını sağlar veya aracı olarak bunlara teşvik eder. 3) Suçlu 18 yaşın altında ve yetiştirme, eğitim, yaşamını yürütmesine yönelik bakımından sorumlu olduğu bir kişiyi veya hizmet ve iş ilişkisi açısından kendisine bağımlı olan kişiyi, buna dayalı oluşan bağımlılıktan faydalanarak cinsel eylemlerde bulunmayı veya bunlara katlanmayı teşvik eder (Laubenthal, 2012, ss. 237-238). Ceza Kanunu’nun 180. maddesi uyarınca reşit olmayan küçükleri cinsel eylemlere teşvik eden suçlular hem kadın hem erkek olabilir. Kanunun 1. ve 2. fıkralarında her tür kişi suçlu olarak dikkate alınabilir. Ancak kanunun 3. fıkrası özel bir suç teşkil eder ve sadece belirli bir himaye yükümlülüğü taşıyan erkek ve kadın suçlular dikkate alınır. Ceza Kanunu’nun 180. maddesi uyarınca mağdur aşağı doğru sınırlandırılmış bir yaş sınırına tabi değildir. Bu nesnel olarak gereklidir, çünkü çocukların cinsel eyleme teşvik edilmesi her zaman Ceza Kanunu’nun 176. maddesi uyarınca teşvik ve yardım suçuna yol açmaz. Mağdurlar Ceza Kanunu’nun 180. maddesi uyarınca suçun zorunlu katılımcıları olarak cezalandırılmaz. Aynısı eğer mağdur suçun işlenmesi için teşvikte bulunmuşsa da geçerlidir (Walter Gropp, **Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“**, Tübingen 1992, ss. 317-318; Christoph Sowada, **Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht**, Berlin 1992, ss. 225-226; Laubenthal, 2012, s. 238). Çeşitli suç varyasyonlarında tanımlanan suçlara yönelik hapis cezası veya para cezası gibi yaptırımların yanı sıra, mahkeme Ceza Kanunu’nun 181b maddesi (*Hal ve gidişin denetimi*) uyarınca reşit olmayan küçüklerin cinsel eylemlere teşvik edilmeleri durumunda denetimli serbestlik tedbirini alabilir. Ceza Kanunu’nun 68. maddesi (*Hal ve gidişin denetiminin şartları*) uyarınca bu en az altı aylık hapis cezalarında veya tekrar suç işleme tehlikesi mevcut olduğunda uygulanabilir (Laubenthal, 2012, s. 239).

⁷⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 411; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 325.

⁷⁸⁶ Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 296; Kanbur, Armağan, s. 4142; Gündüz/Gültaş, s. 283. Taner, bu suçu cinsel ilişkiye gösterilen rıza karakterize ettiğinden, bu suçla cinsel özerkliğin korunmadığını, esasen bu suçla korunan bir yararın da bulunmadığını ve bu nedenle de fiilin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini belirtmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 328 vd.). Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu yaş grubu içinde bulunan mağdurun cinsel özerkliğinin sınırlı olduğunu kabul etmiş ve cinsel ilişki dışında kalan diğer cinsel davranışlara gösterdiği rızayı geçerli saymış ve mağdurun cinselliği üzerinde tasarruf özgürlüğü korunmuştur. Bazı yazarlar ise, bu suçla, çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı olmasının (da) korunduğunu belirtmektedirler (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3496; Köksal, s. 689).

Özellikle TCK m. 104/2 aracılığıyla, çocuğun cinsel sömürsünün engellendiği gerekçede belirtilmiş olup, bilindiği üzere, rızanın varlığı halinde, ensest ilişkiyi TCK m. 103 kapsamında cezalandırmak mümkün olmamaktadır. Şikayet bulunmaması halinde ise, TCK m. 104’e de gidilemiyordu. Oysa TCK m. 104/2 açısından şikayet şartı aranmaksızın, fiilin cezalandırılması mümkün olacaktır. Öte yandan, aile düzeninin ve gelecek nesillerin sağlığının da korunduğu belirtilmektedir (Genç/Coşkun, s. 253; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 411).

⁷⁸⁷ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 132-134.

ve “*toplumun ahlaki*”nın da korunduğu⁷⁸⁸ konusundaki değerlendirmeye katılmak kanaatimizce de mümkün görünmemektedir⁷⁸⁹.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Hukuki Konusu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusunu, üzerinde cinsel anlam içeren fiiller gerçekleştirilen çocuğun vücudu⁷⁹⁰ ve cinsel bütünlüğü oluşturmaktadır⁷⁹¹.

B. Fail

1. Genel Olarak

Suçun failine ilişkin olarak herhangi bir özelliğin belirtilmediğini görmekteyiz. Bu nedenle fail bakımından ne yaş ne de cinsiyete dayalı bir ayrımın söz konusu olamayacağı ve herkesin bu suçun faili olabileceğini söylemek mümkün gibi görünse de⁷⁹² doktrinde, failin yaşı, erginlik durumu ve cinsiyeti bakımından tartışmalar söz konusudur. Bahsedilen bu hususlar suçun mağduru ve maddi unsuru ile de doğrudan ilintilidir. TCK m. 104’ün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrasındaki faile ait özellik de, burada belirtilmesi gereken bir diğer husustur. TCK

⁷⁸⁸ Geleneksel kavramların yerine “*bireysel cinsel özgürlük*” kavramının yerleşmesi gerektiği ve hukuksal değerlendirme şeklindeki bu değişikliğin de suç tiplerinin düzenleniş, yorum ve uygulanışını doğrudan etkileyeceği yönündeki görüş için bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 24.

⁷⁸⁹ Kanbur, Armağan, s. 4143. TCK m. 104 hükmünün hukuki konu ve korunan hukuki değer bakımından sorunlu olduğu ifade edilebilir. Suçun yürürlüğe girmesinden bu yana doktrinde hukuki konunun ve korunan hukuki değer ne olduğu hususunda cinsel bütünlük, cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük ve çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi görüşleri ileri sürülmüştür. Ancak suçun kişinin üzerinde tasarruf edebildiği cinsel özgürlüğüne ilişkin rızasına rağmen kanunda düzenlenmiş olması, korunan hukuki değere ilişkin doktrindeki görüşleri temelinden sarsmakta ve ceza hukuku tarafından korunmaya değer bir menfaat olmadığını ortaya koymaktaydı. Bir cinsel davranışın toplumca benimsenmemesi ile bunun ceza kanunu tarafından suç olarak düzenlenmesi arasında farklar bulunduğundan, bu konunun ceza kanununda düzenlenmemesinin daha uygun olabileceği kanaatindeyiz.

⁷⁹⁰ Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 331.

⁷⁹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 370; Kanbur, CHD, s. 101; Kanbur, Armağan, s. 4143. Yaşar/Gökcan/Artuç, çocuğa karşı işlenen fiillerin cinsel saldırı teşkil ettiğini belirtmektedirler. Burada yazarlar, TCK m. 102’deki “*cinsel saldırı*” terimini kastetmemekte olmalıdırlar. Çünkü her iki suçta yer alan fiiller nitelik ve terminoloji bakımından birbirinden oldukça farklıdır (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3499).

⁷⁹² Gerçeker, s. 2183; Nuhoğlu, Avrupa Konseyi, s. 295; Parlar/Banko, s. 328; Taneri, s. 161.

m. 104/2'de “Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük⁷⁹³ ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır” hükmü bulunmaktayken, Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı RG.'de yayımlanan karar⁷⁹⁴ ile bu

⁷⁹³ Örneğin, İtalyan Ceza Kanununun 609-quater maddesinde ilk bakışta benzer bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, on üç yaşını doldurmuş bir kimseyle, rızaya dayalı cinsel ilişkiye giren çocuk, cezalandırılmayacaktır. Bunun istisnası ise, taraflar arasındaki yaş farkının üçü aşmıyor olmasıdır. Fakat görüldüğü gibi, buradaki hüküm oldukça farklı bir hükümdür. Çünkü İt. CK m. 609-quater temel olarak küçükler arasındaki cinsel içerikli ilişkileri korumakta olup, aradaki yaş farkı sebebiyle mağdurun fail karşısında savunmasız olabileceği bazı hallerde, bir istisna getirmiştir. Üç yaş fark da, buna dair bir kıstastır. Oysa yazarlara göre, TCK m. 104/2'deki hüküm bu mantığı yansıtmaktan uzaktı (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 413, dn. 326).

⁷⁹⁴ Bahsi geçen kararın gerekçesi şöyle kaleme alınmıştır: “5237 sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda failerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kuralla failerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta

düzenleme iptal edilmiş bulunmaktadır⁷⁹⁵. Biz de bu iptal kararını yerinde bulmaktayız. Bunun en temel sebebini de hükümde yer alan beş yaş fark kriterinin neye göre tercih edildiğinin belirsiz olmasıdır. Böyle bir tercih sosyolojik⁷⁹⁶ ve

olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Karara katılmayarak muhalefet şerhi koyan üyenin karşıoy yazısı ve Anayasa'nın 10. maddesi yönünden bu gerekçeyle katılmayan üyenin ek gerekçesi bakımından bkz. Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 129.

⁷⁹⁵ TCK m. 104/2'nin eski halinde, failin mağdurdan 5 yaş daha büyük olması halinde, kovuşturmanın re'sen yapılacağı ve cezanın da bu sebeple ağırlaştırılması öngörülmekteydi. Yazarlara göre, kanunun burada 5 yaş sınırını esas alması herhangi bir bilimsel temele veya kriminolojik veriye dayanmamakta; bu yönüyle de tam bir keyfîlik örneği oluşturmaktaydı. Buna göre, söz gelimi 17 yaşındaki (A) ile 23 yaşındaki (B) nasıl olsa evleneceğiz düşüncesiyle cinsel ilişkiye girseler ve daha sonra da gerçekten evlenseler, suç re'sen kovuşturulacak ve cezada ağırlaştırılmış olacaktı (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 412-413).

Kanunda neden 5 yıllık bir yaş farkının düzenlediği bilinmese de, doktrinde bu durumun “*pedofili*”nin bir türü olabileceği vurgulanmaktadır (Pervin İpekçioğlu Aksoy, “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, **CHD**, Yıl: 6, S. 17, Aralık 2011, s. 109). Kanun koyucuyu bu şekilde bir düzenleme yapmaya iten böyle bir sebep olabilir. Bu konuda ayrıca bkz. Zeynel T. Kangal, “Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar”, **İÜHF**, C. LX, S. 1-2, 2002, s. 42.

Cinsel suçlar arasında en yaygın olanlardan birinin pedophilia (çocuğa cinsel sevi) olduğu belirtilmektedir. Yetişkinin 13 yaşından küçük bir çocukla veya gencin kendisinden beş yaş küçük bir çocukla cinsel faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Geleneksel olarak çocukların cinsel istismarı ya ensest ya da pedophilia olmaktadır. Bu tür ilişkide bulunanların, genellikle pasif, olgunlaşmamış ve güven duygusundan yoksun olan gençler olduğu da ifade edilmektedir. Bunlar ya aynı yaş grubundaki karşı cinsle temas kurmak cesaretinden yoksundurlar ya da cinsel bakımdan deneyimli bir kadınla başarılı bir ilişki kuramamanın kokusunu taşımaktadırlar. Bu suçluların çoğunluğu, iktidar güçlüğü sebebiyle, yetişkin bir kadın tarafından küçültülmek kokusunu taşırlar. Erkek pedofiliklerin büyük bir bölümü kısmen ya da tamamen iktidarsız olup; pedofili fiili genelde cinsel ilişki yerine mastürbasyon, kendini teşhir ve okşama biçiminde tezahür etmektedir. Ancak, bunlar arasında elbette çocuklarla cebri cinsel ilişki kuranlarda bulunmaktadır. Çocuğun cinsel istismarını kanıtlamanın girift bir sorun olduğu da vurgulanmaktadır. Bu durumun nedenleri, çocuk mağdurun tipik olarak suçun yegane tanığı olması, tıbbi kanıtın olmayışı, davranışa yönelik semptomların öteki olay ya da nedenlerden kaynaklanması ve failin suçu ender olarak itiraf etmesi olarak sıralanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel, Adalet, ss. 143-147)

⁷⁹⁶ İlgili suç bakımından batı ülkelerinde bizde yaşanan tartışmanın aynısını beklemenin çok da doğru olmayacağı vurgulanmaktadır. Cinsel erginlik yaşına ilişkin batı toplumlarının kamuoyunda da tartışmalar yaşanmakta, konuyla ilgili batı ülke mahkemelerinin verdiği çeşitli yargı kararları da söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, batı ülkelerinde konunun hem ceza hem aile hukuku kapsamında tartışılma olasılığı bize göre hayli düşük olarak değerlendirilmektedir. Bunun sebebi olarak ise, ceza kanunlarında cinsel istismar suçunu oluşturacak yaş sınırının bu ülkelerde nispeten düşük belirlenmiş olması ve cinsel birliktelik sonucunda evlenme ve aile kurmaya yönelik toplumsal baskının Türkiye’de olduğu kadar yoğun olmaması gösterilmektedir. Başka bir ifadeyle, bu ülkelerde kişinin cinsel birliktelik için evlenme yolu ile kendisini ergin kılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır ve cinsel birlikteliğin tarafları, yaş itibarıyla ceza kanunlarına konu olmamaları (suç işlememeleri) durumunda evlilik kurumu ve düzenlemesi de bu noktada gündemde olmamaktadır. Ayrıca, doğum kontrol yöntemlerinin toplum tarafından biliniyor olması sayesinde, söz konusu cinsel birlikteliklerden yine çoğunlukla çocuk meydana gelmemektedir ve bu husus da, evlilik ile ilgili düzenlemelerin bu tartışma dışında yer almasının başka bir nedeni olarak ifade

kriminolojik verilere dayanmalıdır. Ayrıca kanaatimizce bir çocuk üzerinde onun iradesini etkileyecek kişinin durumunun götürü bir kabulle değil somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

2. Failin Cinsiyeti Bakımından Yapılan Tartışmalar

Bu suçu bir kadın erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de pekala bir kadın veya erkeğe karşı işleyebilir⁷⁹⁷. Buna karşılık öğretide bazı yazarlara göre suçun faili sadece erkek olabilecektir⁷⁹⁸. Bir kadının bir başka kadına karşı bu suçu işlemesi olanaklı değildir⁷⁹⁹.

edilmektedir (Hikmet Koyuncuoğlu, “Çocukların Cinsel Erginlik Yaşı Üzerinden “Toplumsal Gerçeğe Uygun Hukuk” Tartışması”, **İBD**, C. 91, S. 1, Ocak-Şubat 2017, ss. 245-246).

Gerçekten de çeşitli ülkelerdeki düzenlemelere bakıldığında örneğin, Alman Ceza Kanununda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tam anlamıyla karşılayan bir suç olmadığını görmekteyiz. Almanya, Brezilya, Japonya, Avusturya, Çin’de cinsel ilişkiye rıza yaşı 14 olarak belirlenmişken; Danimarka, İsveç ve Fransa’da bu yaş 15 olarak ifade edilmiştir. İngiltere, Kanada, Güney Afrika ve Rusya’da ise cinsel ilişkiye rıza yaşı 16’ya kadar çıkmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğuna baktığımızda cinsel ilişkiye rıza yaşının ortalama 15 yaş olduğunu söylemek mümkündür. Türkiye’de kabul edilen cinsel ilişkiye rıza yaşı olan 18 yaş Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerin içinde en yüksek olanıdır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete tabi olması bu neticeyi değiştirmeyecektir. Zira bu görüşe göre, cinsel ilişkiye girilmesi ile suç işlenmiş olacak, suçun şikayete tabi olması sadece soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin olacaktır (Enver Aksakal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **İBD**, C. 88, S. 2, 2014, s. 259).

Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümler kitabının 12. bölümü olan “*Kişisel Hal, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar*” başlığının altında düzenlenmiş olan (ensest suçu olarak da adlandırılabilir) “*Akrabalar Arasındaki Cinsel İlişki*” olarak adlandırılan 173. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Her kim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” (Al.CK. m. 173/1). Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “*Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır, akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi, bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de, aynı şekilde cezalandırılır.*” (Al.CK. m. 173/2). Aynı maddenin son fıkrasına göre ise, “*Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmuş olmayan hısımlar ve kardeşler, bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz.*” (Al.CK. m. 173/3).

Özel hükümler kitabının 13. bölümünü “*Bireyin Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*” oluşturmaktadır. Bu bölümde yer alan 174. maddenin (Himayesine verilen insanın cinsel istismarı) birinci fıkrasının 3. bendine göre, “*Her kim, kendi altsoy öz hısımları veya sıhrî altsoy hısımları olan veya eşinin, eşcinsel evlilikteki eşinin veya onunla bunlara benzeyen bir birlik içinde beraber yaşayan bir kişinin altsoy öz hısımları veya sıhrî altsoy hısımları olan ve onsekiz yaşını tamamlamamış olan kişi üzerinde cinsel davranışta bulunursa veya himayesine verilen kişiye, kendisi üzerinde cinsel davranış yaptırırsa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” (Al.CK. m. 174/1-3)

⁷⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 411; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 329, Ünver, Cinsel Suçlar, s. 43; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 370.

⁷⁹⁸ Hafızoğulları, s. 363; Gündüz, s. 90. Maddi unsuru oluşturan hareket “*cinsel ilişki*” olarak öngörüldüğü için, bu suçun bir kadın tarafından bir başka kadına karşı işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 405; Ataç, s. 132; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329).

⁷⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 411.

Yargıtay da söz konusu suçun failinin erkek olabileceğini kabul etmektedir⁸⁰⁰. Maddeye bakıldığında failin cinsiyeti açısından herhangi bir belirlemeye gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle doktrinde bazı yazaralara göre de bu suçu bir kadın, bir başka kadın veya erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de, bir kadın veya bir başka erkeğe karşı işleyebilir⁸⁰¹. Doktrinde Koca/Üzülmez'e göre ceza hukukunun güvence fonksiyonunu icra edebilmesi, suç tanımlarının unsurları itibarıyla şüpheyi yer bırakmayacak biçimde belirli olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu suç tanımını faili açısından net hale getirmesinin zorunluluk taşıdığı belirtilmektedir⁸⁰².

Biz burada cinsiyet ayrımı yapılmaksızın karşıt cins ve hemcinsler arasında bu suçun işlenebileceğini düşünüyoruz. Kanunkoyucunun bu konuda aksi yönde iradesi olsa idi kanaatimizce bu hükümde belirtilirdi. Kaldı ki cinsel ilişki sadece bir kadın ve bir erkek arasında gerçekleşmez; hemcinslerin de cinsel ilişkiye girmesi pekala mümkündür.

3. Failin Yaşı Bakımından Yapılan Tartışmalar

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, bu suçta failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliği bulunmamaktadır⁸⁰³. Bir başka görüşe göre de, doktrinde hatalı olarak ifade edilenin aksine, bu suçun faili küçük bir kimse de olabilir, failin mutlaka 18 yaşından büyük olması gerekmemektedir⁸⁰⁴. Madde metnindeki 15-18 yaş sınırlaması, maddeden hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşıldığı üzere, faillik statüsü bakımından değil, mağdurun yaşı bakımından getirilmiştir⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Y. 14. CD., 21.04.2014 T., 2012/ 6729, 2014/ 5373 (Karar için bkz. Kanbur, Armağan, s. 4146, dn. 23). Yazara göre, Yargıtay burada, "*cinsel ilişki*" yi dar yorumlamış, sadece erkeklik organının mağdura ithal edilmesini cinsel ilişki saymıştır.

⁸⁰¹ Yazarlar bu kanaate "*cinsel ilişki*" kavramını geniş yorumlamak suretiyle ulaşmaktadırlar (Kanbur, Armağan, s. 4146; Kanbur, CHD, s. 102; Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 43-44; Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 135; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3496).

⁸⁰² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 330.

⁸⁰³ Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3496.

⁸⁰⁴ Yenidünya, m. 104 düzenlemesinin, failin 18 yaşını doldurmuş (*erişkin-reşit*) olması şartına yer vermediğini belirtmektedir (Yenidünya, s. 3304).

⁸⁰⁵ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 316 vd.; Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 43-44. Yazara göre, doktrinde hatalı olarak, failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş olması gerektiği iddia edilmektedir. Kanunilik ilkesi, madde metni ve gerekçesi karşısında bu görüşün kabuğ edilebilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, maddenin mülga TCK'daki şekli ve karşılaştırmalı hukuk bakımından yorum da bu görüşün hatalı olduğunu kanıtlamaktadır. Hem madde metni hem maddenin ilk halinde bulunmakla birlikte daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen fıkra metni de, failin 18 yaşından büyük olması gerektiği tezini nakzetmektedir. Madde metni, yorum ve kıyasa imkan vermeyecek derecede açıkken; kanun koyucunun varsayılan ve dayanağı olmayan amacından hareketle, farklı bir sonuca ulaşılması mümkün değildir.

Bir başka görüş ise, bu suçun failinin ancak 18 yaşından büyük bir kişi olabileceği yönündedir⁸⁰⁶. Buna göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili ancak 18 yaşını doldurmuş bir kişi, mağduru ise 15 yaşını doldurmamış bir çocuk olabilir. Bu anlamda failin evlenme veya yargısal erginlik kararı ile reşit olmuş olmasının bir önemi bulunmayıp, mutlaka 18 yaşını doldurmuş olması gerekecektir. Bu görüşe göre, madde asıl olarak reşit olan bir kişinin, reşit olmayan birisi ile kurduğu cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlemiştir⁸⁰⁷. Burada madde başlığında reşit olmayan kelimesi kullanılmışken, madde hükmü içerisinde

⁸⁰⁶ Kanbur, CHD, s. 103; Kanbur, Armağan, s. 4146.

⁸⁰⁷ Kanbur, Armağan, ss. 4146-4147; Özgenç, s. 824. Hafizoğulları'na göre, kanun koyucu, reşit olmayan çocukların karşılıklı birbirlerini isteyerek cinsel ilişkide bulunmaları fiilini, görünüşte yasaklamış ve takibini şikayete bağlamış olsa da, takibini imkansız kılarak, aslında fiili suç saymamış olduğunu vurgulamaktadır. On beş yaşını bitirmiş çocukların, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, cinsel ilişkide bulunmaları halinde, karşılıklı birbirlerini şikayet etmedikleri sürece, hukuk düzenimizde bu durumun artık serbest kılınmış olduğu hususunda bkz. Hafizoğulları, ss. 366-367.

15 yaşını bitirmiş olan çocuk⁸⁰⁸ ifadesinin kullanılmasının yerinde olmadığını da belirtmek gerekmektedir⁸⁰⁹.

Kanımızca bu suçun faili 12 yaşından büyük herkes olabilir. Kanun koyucu burada bir özgü suç yaratmak isteseydi bunu açıkça belirtmesi gerekirdi. Dolayısıyla hükümde olmayan bir koşulun aranması bizce yerinde değildir. Öte yandan hükümde faili 18 yaşını

⁸⁰⁸ Reşit olmayan küçüklerle üçüncü kişiler arasında ücret karşılığında cinsel eylemlerin teşvik edilmesiyle “*cinselliğin kişiliğe entegrasyonu açısından sorunsuz cinsel gelişim*” özellikle tehlike altına girmektedir (Bkz. Hartmuth Horstkotte, “Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts”, **JZ**, 1974, ss. 84-90). Burada ayrıca kolaylıkla fuhuş çevrelerine kayma veya bir gencin sürekli fuhuş yapmak istemesine neden olma gibi tehlikeler de söz konusudur (Laubenthal, 2012, ss. 289 vd.). Kanun koyucu bu nedenle Alman Ceza Kanunu’nun 180. maddesinin 2. fıkrasında 1. fıkrasına kıyasla koruma yaş sınırını 18 yaşına yükseltmiştir ve cezaları artırmıştır. Her kim 18 yaşın altında olan bir kişiyi ücret karşılığında üçüncü kişilerin üzerinde veya önünde ya da üçüncü kişiler tarafından kendi üzerinde gerçekleştirilmesini sağlarsa (2. fıkra 1. cümle) veya aracılık ederek bu tür eylemleri teşvik ederse (2. fıkra 2. cümle) Ceza Kanunu’nun 180. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 5 yıla kadar hapisle veya para cezasıyla cezalandırılır (Laubenthal, 2012, s. 248). Kanun koyucu, bu sınırı koyarken, suçlunun reşit olmayan küçüğe karşı cinsel eylemlerde bulunmasını cezalandırır ve üçüncü kişi eğer ceza kanununun 180. maddesinin 2. fıkrası koşulu uyarınca suça iştirak ederse o da cezalandırılır (Fischer, Strafgesetzbuch, § 180 Rdn. 23; Friedrich-Christian Schroeder, “Neue Änderung des Sexualstrafrechts durch das Prostitutionsgesetz”, Heft 10, **JR**, 2002, ss. 409-410; Laubenthal, 2012, s. 249). Eğer cinsel eylemin gerçekleşeceği zamanda açık veya zımnî bir şekilde ücret anlaşması yapılmışsa, ücret koşulu, anlaşmaya varılan ücretin gerçekten ödenip ödenmediğinden bağımsız olarak yerine getirilmiş olur. Ücretin kimin tarafından sağlanacağı da önemli değildir, ister cinsel eylemde bulunan üçüncü kişi tarafından olsun ister cinsel eyleme katılmayan üçüncü bir kişi tarafından isterse de cinsel eylemi teşvik eden kişi tarafından gerçekleşsin. Eğer suçlu ve mağdur arasında ücretin cinsel bir eylem karşılığında verildiğine dair bir anlaşma mevcutsa, ücretin bizzat mağdura veya üçüncü bir kişiye verilmesi önem teşkil etmez. Örneğin, A isimli kişi, henüz reşit olmayan P isimli kız çocuğuyla bir lokantaya gitmiştir, burada P isimli kızın önünde, N isimli tanıdığına P isimli kızla yatmak ister mi diye sormuştur. N buna olumlu yanıt vermiş ve sonrasında yakın bir yerde A isimli kişinin arabasında P isimli kızla cinsel ilişkiye girmiştir. Lokantaya geri döndükten sonra N isimli kişi A isimli kişiye 50 DM para vermiştir. Belirli bir zaman sonra A isimli kişi N isimli kişiye P isimli kız her istediğinde teslim etmiştir. N isimli kişi P isimli kız bir otele yerleştirmiş ve bunun ücretini kendisi ödemiştir. Sonrasında çocuğu her gün ziyaret etmiş ve düzenli olarak onunla cinsel ilişkiye girmiştir. A isimli kişinin talebi üzerine kendisine masrafların karşılığında ve P isimli kızın eski erkek arkadaşına kız almak için ödediği ücret karşılığında 1700 DM para ödemiştir. Federal Yargıtay (BGH, NStZ, 1995, s. 540), Ceza Kanunu’nun 180. maddesinin 2. fıkrası uyarınca A isimli şahsın reşit olmayan kişileri cinsel eylemlere teşvik etme suçundan ceza almasını onaylamıştır. Almış olduğu 50 DM ve konaklama masraflarının N tarafından ödenmesi cinsel eylemlerin ücreti olarak dikkate alınmıştır (Laubenthal, 2012, s. 250).

⁸⁰⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 370; aynı yönde bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 43; Halil Polat, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **CHD**, Y: 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 192. Kanbur’a göre, fail bu duruma göre tespit edilecek olduğundan, sanki evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla henüz 18 yaşını doldurmadan rüşte ermiş (*ergin olmuş*) olan çocukların da bu suç bakımından fail olabilecekleri gibi, maddenin amacı ile çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Burada kanun koyucunun amacı, kanuni yaş sınırı (*onsekiz*) itibarıyla rüşte ermiş ve cinsellikle ilgili tasarrufla bulunma bakımından bilinçli olduğu hukuken kabul görmüş birisinin, henüz yaş ve hukuken bu olgunlukta olmayan (*onbeş yaşını doldurmuş bir çocuk*) birisiyle cinsel ilişki kurmasını suç saymaktır. O zaman bu suçun faili ancak 18 yaşını doldurmuş birisi olabilecektir (Kanbur, Armağan, s. 4147).

doldurmuş kimselerle sınırlayan bir değişikliğin hem suçun haksızlık içeriğine daha uygun olduğunu hem de uygulamadaki sorunları ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz.

Fail bakımından özellik gösteren bir başka durum olarak, TCK m. 104/2'nin eski halinde "*Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır*" şeklinde bir düzenleme var idi. Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karar ile bu düzenlemenin iptal edilmiş olduğunu hususu tekrar vurgulanmalıdır⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3496. Sadece evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit olmuş çocuklar, bu suç bakımından fail olamazlar. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık, yakınlık ilişkisi, fail olma açısından özellik göstermez. Bu anlamda üstsoy ile onbeş yaşını doldurmuş altsoy arasındaki fücür niteliğindeki (*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın yaşanan*) cinsel ilişki bakımından da üstsoyun failliği gündeme gelebilecektir. Aynı biçimde 18 yaşını doldurmuş bir kişi ile kanuni şartlara uygun olarak evlenen çocuk arasındaki cinsel ilişkilerde de kocanın fail olma özelliği devam edecek, ancak fiil, Türk Medeni Kanunu kapsamında evlilik sözleşmesinden kaynaklanan kanuni bir hakka dayandığından hukuka aykırı olmayacaktır (Kanbur, Armağan, ss. 4147-4148). TCK m. 104 kapsamındaki fiillerin, altsoy-üstsoy arasında yaşanması durumunda çocuğun şikayetinin bulunmaması durumunda cezalandırılmayacağı ve çocuğun korumasız kalacağı yönündeki eleştiri için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 196. Kanbur'a göre, burada esas olan mahkemenin tutumu olacaktır. Gerçekten cinsel ilişkinin elde edilmesine yönelik cebir, tehdit ve hile olup olmadığının çocuk psikiyatrinin, çocuk gelişim uzmanının, çocuk pedagogunun olduğu bir uzman heyet ile değerlendirilmesi ve en ufak bir manevi cebrin, potansiyel tehdidin, hilenin olması durumunda çocuğun cinsel istismarı yönünde uygulama yapılması gerekecektir. Cebir, tehdit ya da hilenin olmaması durumunda ise çocuğun velayeti cinsel ilişkinin diğer tarafı olan üstsoydan alınarak, çocuk koruma kanununa göre çocuk, koruma altına alınmalı ve serbest irade ile şikayet hakkını kullanıp kullanmayacağı belirlenmelidir. Ayrıca bu gibi hallerde şikayetin yapılmaması durumunda, şikayete tabi olmayan ve "*aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birine kötü muamelede bulunulmasını cezalandırmakta*" olan TCK m. 232 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını sağlamaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olması gerekmektedir (Kanbur, Armağan, s. 4148, dn. 30).

4. Fail İle Mağdurun İkisinin de Onbeş Yaşını Doldurmuş Çocuklar Olmaları Bakımından Yapılan Tartışmalar

Üzerinde durulan bir diğer husus; cebir, şiddet ve hile bulunmaksızın meydana gelen cinsel ilişkinin⁸¹¹ taraflarının her birinin 15 yaşını bitirmiş çocuk olması durumunda failin kim olacağı sorunudur⁸¹². Maddede yapılan son değişikliklerle de, ne yazık ki ilgili sorunun hala tam olarak çözülmüş olmadığını belirtmek

⁸¹¹ Kanunda “rıza” dan söz edilmemekle birlikte, Soyaslan, “*cebir, şiddet ve hile olmaksızın*” denilmesini “*rızaya dayanan cinsel ilişki*” olarak değerlendirmektedir (Soyaslan, s. 256).

⁸¹² İlgili suçun failinin 18 yaşından küçük olabileceği belirtilmektedir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 317). Ünver, cinsel ilişkinin taraflarından birinin aktif olarak cinsel ilişkide bulunması, diğerinin ise bu hareketlerin kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilmesine rıza göstermesi durumunda, aktif hareketleri gerçekleştirenin fail olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, ilişki boyunca yahut farklı zamanlarda tarafların her ikisi de aktif hareketler gerçekleştirmişlerse bu halde her biri kendi filleri açısından oluşan suçun failidirler. Dolayısıyla bu suçta fail ve mağdur olmak bakımından sadece tek bir kişinin fail olacağı ve yaşının 18 yaşından büyük olması gerektiği yönünde bir kısıtlama ve zorunluluk bulunmamaktadır. Önemli olan bu suç kapsamında cezalandırılan fiilin mağdurunun fiil esnasında 15-18 yaş aralığında olması ve fiile hukuken geçerli bir rızada bulunmasıdır. Fail ve mağdurun rolleri bakımından tersine bir örnek söz konusu olduğunda, örneğin fail 15-18 yaş arasında ve fakat mağdur 15 yaşından küçük ise çocuğun cinsel istismarına ilişkin (TCK m. 103) ve mağdur 18 yaşından büyük ise bu halde (TCK m. 102) nitelikli cinsel saldırı suçu söz konusu olacaktır. Yazara göre burada belirleyici olan failin yaşı ve faille birlikte mağdurun yaşının 15-18 arasında olması değil, mağdurun yaşının 15-18 yaşında olması ve buna ek olarak fiile rıza göstermesidir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 45-46). İlgili suçta yer alan düzenlemenin failin reşit kişi olarak kabul edilmesi durumunda sorun ortaya çıkarmayacağı, diğer halde failin aktif taraf olan erkek olarak kabul edilmesinin doğuracağı sakıncalar hakkında eleştiri için ise bkz. Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 161.

gerekmektedir⁸¹³. Madde metnine bakıldığında söz konusu durumlarda her bir çocuğun fail olabileceği neticesi ortaya çıkmaktadır⁸¹⁴.

Doktrinde, bu konuya ilişkin olarak **çeşitli görüşlerin olduğu** söylenebilir.

104. madde metninde failin yaşı bakımından net bir düzenleme olmadığından, failin sorumluluğu genel hükümler uyarınca belirlenecektir ki, bu durumda, 18 yaşından küçük bir kişi de ilgili suç nedeniyle sorumlu olabilecektir⁸¹⁵.

⁸¹³ Bu konuda bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 269-278; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 411-412; Üzülmüş, Cinsel Suçlar, s. 6. Hafizoğulları/Güngör, 104. maddede yer alan suç bakımından reşit olmayan iki kişinin serbest iradeleri ile “cinsel ilişkide” bulundukları zaman, suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu, kimin kimden şikayetçi olacağı, belli olmadığını ifade etmektedirler. Burada amaç, reşit olmayan çocuklar, serbest iradeleri ile cinsel ilişkide bulunduklarında fiil suç olmuyor demek midir ya da ilgili suçun oluşması için cinsel ilişkinin tarafı olan kişilerden birinin reşit mi olması aranmaktadır? Aslında bu halde de sorun bir son bulmamaktadır. Serbest iradeleri ile cinsel ilişkide bulunan kişilerden birinin reşit olduğunu düşünsek bile, kendisi ile cinsel ilişkide bulunulan “çocuk” erkekse veya kız ise şikayet sorunu nasıl çözülecektir ve kim şikayette bulunacaktır, bu soruların yanıtlarının hiçbirisi yine bilinmemektedir. Bu görüşe göre, kanunilik ilkesi hiçe sayılarak suçların tanımında gösterilen kayıtsızlık bu belirtilenlerle sınırlı kalmamaktadır. Aynı zamanda, re’sen kovuşturulan çocukların cinsel istismarı suçundan da bahsedilmektedir. Yazarlar, on beş yaşından küçük çocukların, bilerek ve isteyerek, kanunun ifadesi ile cinsel yönden birbirlerini istismar ettikleri hallerde; suçun failinin ve mağdurunun kim olduğunun, yoksa suçun çok failli bir suç mu olduğunun ve kim hakkında, neye göre kovuşturma yapılacağı sorularının ortaya çıkmakta olduğunu vurgulamaktadırlar. Hafizoğulları/Güngör, burada, hükümde yer alan “kişi” ifadesinin, ilkel toplum değerlerine göre yorumlanarak erkek çocuk (kişi) şeklinde anlaşılmadığı takdirde, haklı olarak bu soruların cevabını vermenin çok zor olduğunu ifade etmektedirler (Zeki Hafizoğulları, Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBB**, S. 69, 2007, ss. 39-40). Mahmutoglu, burada her iki çocuk bakımından fail ve mağdur sıfatı birleşeceğinden 104. madde uyarınca bunların cezalandırılması hususunda tereddütler doğabileceğini belirtmektedir (Mahmutoglu, İkinci Kitap, s. 373). Artuk/Gökçen/Yenidünya ise, yasa koyucunun amacına da uygun olarak, cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunan fail kabul etmenin çözüm olabileceğini ve yapılacak bu yönde bir değişiklik ile şikayet hakkının kullanılması ile ilgili problemin de sona erebileceğini vurgulamaktadır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 322).

⁸¹⁴ Polat, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 191. Cinsel ilişkiye giren kişilerin her ikisinin de 15-18 yaş arasında ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde kimin fail, kimin mağdur olacağı kanunun yürürlüğe girişinden bu yana tartışılmakta olan bir sorundur. Doktrinde bu suçun 18 yaşın üzerindeki bir kişi tarafından işlenebileceği ifade edilmekteyse de bunun kanuna dayanan bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanunun lafzı, fail ve mağdurun belirlenememesi sonucunu doğurduğu için bu yoruma ulaşılabileceğini savunanlar olduğu gibi, kanun koyucunun cezalandırmak istediği hususun cinsel olgunluğa ulaşmamış kişiyle bu olgunluğa ulaşmış kişinin ilişkisi olduğunu savunanlar da vardır. Ayrıca bu durumda her iki tarafın fail ve her iki tarafın mağdur olduğunu ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. Bu son görüşe göre kişilerin karşılıklı gerçekleştirdiği iki fiil vardır. Bu halde her iki çocuk da gerçekleştirdiği fiil bakımından fail ve kendisine karşı gerçekleştirilen fiil bakımından mağdur durumuna düşmektedir. Ancak fail ve mağdur sorunu aşılmış olsa da şikayet hakkına kimin sahip olacağı sorunu bu durumda da varlığını devam ettirmekte, şikayet hakkını her iki kişiye de tanımak bir zorunluluk olmaktadır.

TCK m. 104 yürürlüğe girdiği andan itibaren çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Madde fiil, fail-mağdur, şikayet hakkının kimde olduğu gibi hususların yanı sıra; varlığı bakımından da eleştirilere hedef olmuştur. 15-18 yaş arasındaki çocukların birbirleriyle rızai olarak girecekleri cinsel ilişkinin cezalandırılması olasılığı bu çocukların psikolojileri açısından doğru bulunmamış ve meselenin çözümünün çocukların doğru eğitilmelerinde aranması gerektiği vurgulanmıştır (Bengi Semerci, “Kanunlar Çocukları Korur mu?”, **HPD**, S. 2., Sonbahar 2004, s. 133; ayrıca bkz. Aksakal, s. 257).

⁸¹⁵ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, İstanbul 2009, s. 84.

-İlk görüşe göre, cinsel ilişkinin her iki tarafı reşit olmayan ve 15 yaşından büyük çocuk olması (*ilişki de rızaya dayanıyor ise*) halinde cinsel ilişkiyi başlatan ya da diğer tarafı cinsel ilişkiye ikna eden taraf fail sayılmalıdır⁸¹⁶. Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, bu kez fail ve mağdur sıfatının aynı kişilerde birleşmesi nedeniyle her iki çocuğun da cezalandırılması sorunu ortaya çıkacaktır⁸¹⁷.

-İkinci görüşe göre, bir kişinin aynı suçun hem faili hem de mağduru olabilmesi mümkün olmamalıdır⁸¹⁸. Eğer bu görüşü kabul edecek olursak karşılıklı olarak şikayetten vazgeçilmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi mümkün olamayacaktır⁸¹⁹.

- Üçüncü görüşe göre ise, kimin fail kimin mağdur olduğunun belli olmadığı bir suç tanımı olmayacağına göre, bu suçun failinin ancak 18 yaşından büyük bir kişi olabileceği kabul edilmelidir. Buna göre 15-18 yaş arasındaki iki çocuk arasında rızaya dayalı cinsel ilişki, TCK m. 104 hükmü kapsamında değildir ve bu madde bakımından suç olarak düzenlenmemiştir⁸²⁰. Söz konusu görüşe göre, bu yaş grubundaki çocuklar

⁸¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 322; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3768. Ünver, sonucu, ilişkinin aktif ve pasif taraflarına göre değerlendirmekte cinsel ilişkide taraflardan biri aktif diğeri pasif ise faillik mağdurluk sıfatının buna göre şekilleneceğini ifade etmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 45). Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel ilişkide kimin kimi ikna ettiği belirlenemeyeceğinden, bu görüş sorunu çözmeyecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 412, dn. 320).

⁸¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 371; Yenidünya, s. 3305; Mahmutoğlu, İkinci Kitap, s. 373. Artuk/Gökçen/Yenidünya’ya göre, 104. madde, kanunun 102 ve 103. maddelerindeki terminolojiyi terk etmiş olması bakımından yerinde olmamıştır. Bu durum görüldüğü gibi 6545 sayılı kanunla da düzeltilmemiş olup, maddede 15 yaşını doldurmuş çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın “cinsel ilişki” de bulunmak yaptırıma bağlanmıştır. Ancak cinsel ilişkide bulunan kimselerin her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş çocuk olmaları olasıdır. Bu durumda da, her iki çocuk açısından fail ve mağdur sıfatı birleştiklerinden, 104. madde itibarıyla bunların cezalandırılması hususunda tereddütler yaşanabilecektir. Kanun koyucunun amacına da uygun olarak cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunamı fail kabul etmek yazarlara göre çözüm olabilir. Ancak maddede bu yolda bir değişiklik yapılması daha yerinde olacaktır. Yazarlara göre, fail ya da mağdurun cinsiyeti önemli olmaksızın, taraflardan hangisi cinsel ilişki bakımından diğerini ikna etmişse fail olarak, ikna edilenin ise mağdur olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 322; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3768).

⁸¹⁸ Soyaslan, ss. 256-257; Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre, failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliği bulunmamaktadır (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3496).

⁸¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 371.

⁸²⁰ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 336-337. Suçun mağdurunun 15-18 yaş arası çocuklar olarak belirlendiği, böylelikle suçun failinin de 18 yaşını doldurmuş kişiler olabileceğine işaret edildiği belirtilmektedir. Maddenin kenar başlığının da “reşit olmayanla cinsel ilişki” biçiminde belirlenmiş olması, suçun faili bakımından bu sonuca varılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle 15-18 yaş grubundaki iki çocuğun karşılıklı rıza ile gerçekleştirdikleri cinsel ilişki 104. maddenin ilgi alanına girmemektedir. Zira 18 yaştan küçük olanların da suçun faili olabileceği kabul edildiği takdirde, suçun failinin ve mağdurunun kim olduğunu belirlemek olanaklı değildir (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 330; Özgenç, s. 806). Bu gibi haller de suçun failinin toplumda geçerli olan düşünce, örf ve adetlere göre belirlenebileceği ve dolayısıyla aynı yaşta iki çocuğun cinsel ilişkisinde

arasındaki ilişkinin, toplum ve aile disiplini arasında düzenlenmesi⁸²¹ çok daha uygun bir çözüm olacaktır⁸²².

Kanun koyucunun kanunilik ilkesi ve özellikle belirlilik ilkesi bakımından, bu kadar tartışmalı bir hükme yer vermemesi gerektiği görüşündeyiz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, madde hükmü değiştirilmeli ve aslında 18 yaşını bitirmiş bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bir çocukla cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın cinsel ilişki yaşaması halini gösterecek biçimde düzenlenmelidir⁸²³.

failin erkek olabileceği söylenmekte ise de (Meran, s. 371), böyle bir ilişkide kadının da aktif taraf olması mümkün görüldüğünden, bu yorum şeklinin doğru olmadığı Koca/Üzülmez tarafından belirtilmektedir.

⁸²¹ Aydın, bu son görüşteki düşünüş tarzının, on beş yaşından büyük çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki eylemlerini ceza hukuku alanının dışında tutması sebebiyle yerinde olduğunu vurgulamaktadır. TCK'nın 104/1 maddesinde düzenlenen suçun failinin en azından 18 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Çocuk yaştaki bir kişinin ilgili suçun faili olması, bu görüşe göre mümkün görünmemektedir (Aydın, Ağustos 2014, s. 90).

⁸²² Özgenç, s. 824; aynı yönde Hafizoğulları, ss. 366-367. Doktrindeki tüm görüşler ve bu görüşlere yönelik eleştiriler hakkında bkz. Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, ss. 297-299. Doktrinde bazı yazarlar, fail ve mağdur sıfatının birleşmemesinden yola çıkılarak bulunan çözümün hükmün amacına uygun olmadığını ifade etmektedirler. Bunlara göre, cinsel ilişki ancak rızaya dayalı ve reşitler arasında ise caizdir. Öte yandan 15 yaşından büyük iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin suç olamayacağını ifade etmek de ceza hukukunun amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Ceza hukukumuzda ve modern ceza hukukunda ancak reşit kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere cevaz verilmektedir. Buradaki hareket noktası ise reşit kişilerin yaptıkları hareketin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecekleri konusundaki “varsayımdır”. Aynı varsayımı 15 yaşını doldurmuş ancak henüz reşit olmamış kişileri de kapsayacak şekilde kabul etmek olası değildir. Bu yönüyle TCK m. 104 hükmünün çocuğun cinsel istismarını düzenleyen m. 103 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi doğru olacaktır. Zira TCK m. 104, ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere, çocukların cinsel olarak istismar edilmesi yönüyle onların korunmasını amaçlamaktadır. Bu koruma yazarlara göre, sadece çocuğun reşit olana karşı korunmasını değil birbirlerine karşı korunmasını da içine alır ki, aksi halde m. 103'ü anlamlandırmak mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla m. 103 açısından suç olan bir eylemi m. 104 bakımından sadece rızanın varlığına dayalı olarak suç olmaktan çıkarmak yerinde olmayacaktır. Hükmün lafzına bakıldığında cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15–18 yaşları arasında olmaları durumunda her iki taraf için de m. 104 hükmünün uygulanması dışında bir seçenek bulunmamaktadır. Aksi bir kabul yani ancak 18 yaşını dolduran bir kişinin bu suçun faili olabileceği yönündeki bir düşünce, ancak tip içerisinde bu yönde bir düzenleme getirilmesi halinde mümkün olabilir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 371-372).

Kanbur aksi görüşte olup görüşünü “*Cinsel ilişki şeklindeki fiiller, fiziki görünüş şekli olarak aynı olmakla birlikte hukuki anlam bakımından ayrıdır. Burada fiillerin aynı olduğu için faililik ya da mağdurluk söz konusu değildir. Her biri kendi fiili bakımından fail, diğerinin fiili bakımından mağdur olabileceklerdir. Ancak kişilerin cezalandırılmamalarının nedeni fiillerin ve fail mağdur sıfatlarının aynı olması değil, bu tür fiillerin TCK m. 104 tipine uymuyor olmasıdır*” şeklinde belirtmektedir (Kanbur, Armağan, ss. 4151-4152).

⁸²³ Kanbur, Armağan, s. 4152. Öğretide, belirttiğimiz üzere, m. 104 düzenlemesinin mevcut halinin, cinsel ilişki taraflarının her ikisinin de onbeş yaşını doldurmuş çocuk olmaları halinde de suçun oluşmasına engel oluşturmayaacağı ve failin sadece onsekiz yaşından büyük kişiler olabilmesi için bunun kanunda düzenlenmesi gerektiği şeklindeki aksi görüş ve TCK m. 104 çerçevesinde fail hakkında yapılan tartışmalar için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, ss. 366-368.

Yargıtay bir kararında, cezaevindeki on altı yaşındaki iki çocuğun, birinin diğerine karşı, fiili livata yoluyla cinsel istismarı suçundan açılan davada, fiilin rıza üzerine işlenmesi nedeniyle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğunu hükme bağlamıştır⁸²⁴. Görüldüğü gibi Yargıtay, cinsel ilişkinin her iki tarafının da 16-18 yaş aralığında olması halinde bu fiilin TCK m. 104 kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁸²⁵.

Aksi görüşte olanlara göre, öncelikle, fiilin failinin tespiti gerekir. Bu suçun faili 18 yaşını doldurmuş bir kişidir⁸²⁶. Bu halde cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olması durumunda, fiil m. 104 kapsamında olmayacaktır⁸²⁷. Bu görüşte olanlara göre, bu

⁸²⁴ “Sanığın mağdura yönelik eyleminin TCK’nin 104. maddesinde öngörülen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...hükümün...bozulmasına karar verilmiştir.” (Y. 14. CD., 24.01.2013 T., 2012/13961, 2013/467) (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 372, dn. 189). Kanbur’a göre Yargıtay’ın kararına katılmak mümkün değildir. Zira, 16-18 yaş grubundaki çocuklar söz konusu olduğunda her halde erkek çocuk fail olmaktadır. Bu karara hem yaş aralığı hem de failin aktif erkek olması zorunluluğu kısımları itibariyle katılmak Kanbur’a göre mümkün değildir (Kanbur, Armağan, s. 4151, dn. 43; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 412). Bu suçun failinin ancak 18 yaşını dolduran kişi olabileceği sonucuna ulaşılmak isteniyorsa, bunun yolu temelini yasada bulmayan çözümler üretmek değil, yasal bir değişiklik yaparak ilgili suçun sadece 18 yaşından büyük kişiler tarafından işlenebileceği yönünde düzenleme yapılmasıdır (Kanbur, Cinsel İlişki, ss. 41-42).

⁸²⁵ Kanbur’a göre, burada aynı fiilden iki kişinin cezalandırılması söz konusu olmamaktadır. Çünkü her bir fiilin faili diğerinden ayrıdır. Fiiller görünüş itibariyle aynı olmasına karşın, hukuki anlam açısından birbirinden ayrılır. Bu nedenle fail mağdur sıfatı doğmaz. Her biri kendi fiili bakımından fail, diğerinin fiili bakımından mağdur olabilecektir. Ancak kişilerin cezalandırılmamalarının nedeni fiillerin ve fail-mağdur sıfatlarının aynı olması değil, bu tür fiillerin TCK m. 104 tipine uymamasıdır (Kanbur, Armağan, ss. 4151-4152). Ünver’e göre, bu suçun faili 18 yaşından küçük bir kişi de olabilir. Bir kişinin bu suçun hem faili ve mağduru olamayacağına kuşku yoktur. Ancak bu kural eylemin tek olduğu hallerde geçerlidir. Suç sayısı fazla ise, örneğin ilk suçta fail olan ikinci suçta mağdursa, ortada iki ayrı suçun varlığı söz konusudur (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 317). Tezcan/ Erdem/ Önok ise, cinsel ilişkiye giren kişilerden, niçin vücuda organ sokan kişinin fail, sokulan kişinin ise mağdur olduğunun anlaşılamadığını vurgulamaktadırlar. Yazarlara göre, Ünver, bu suçun bir kadın tarafından bir erkeğe karşı da işlenebileceğini belirtmektedir. O halde, iki kişinin katılımını gerektiren bir cinsel ilişkide faillik ve mağdurluk sıfatının, organı kimin soktuğuna göre belirlenmesinin mümkün olmaması gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 412, dn. 321).

⁸²⁶ Doktrinde, 15 yaşından büyük bir çocuğun, herhangi bir şekilde ergin olması halinde bu suçun faili olabileceği belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 412, 414). Aksi görüşe göre, burada istisnai değil doğal rüşt esas alınmalıdır. Aksi durum aynı yaştaki çocukların hukuki güvenliğe aykırı bir şekilde farklı uygulamalara maruz kalmasına neden olacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4150, dn. 41; Kanbur, CHD, s. 105, dn. 42).

⁸²⁷ Kanbur, Armağan, ss. 4150-4151; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 336-337. Koca/Üzülmöz’e göre, kanun koyucu bu suç tanımını fail bakımından açık hale getirmelidir. Ceza hukukunun güvence fonksiyonunu icra edebilmesi, suç tanımlarının unsurları itibariyle şüpheyi yer bırakmayacak şekilde belirli olmasını gerektirmektedir. Aynı yaş kategorisinde yer alan küçükler arasındaki cinsel ilişki ve diğer cinsel davranışlar açısından, cinsel istismarı oluşturan cebir, tehdit ve hile ile iradeyi etkileyen başkaca bir vasıta kullanılmadıkça ceza hukukunun prensiplerine uygun

durum m. 104'teki tipe uymamaktadır, kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandıracak şekilde herhangi bir suç tipini 5237 sayılı TCK'da düzenlemiş değildir. Kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırmak istemekteyse bunu karşılayacak şekilde bir suç tipi oluşturmalı, bu suç tipinde fiili cezalandırılabilir ve/veya güvenlik tedbiri uygulanabilir şekilde özel düzenleme getirmelidir. Aksi halde 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisi biçimindeki bu fiillerinin m. 104 kapsamında suç olarak nitelendirilmesi olası görünmemektedir⁸²⁸.

Kanun koyucu görüldüğü kadarıyla, reşit olmayan kişinin tam anlamıyla cinsel özgürlüğünü kullanma yeteneğine sahip olmadığı kanaatindedir. Aslında 15-18 yaş gurubundaki kişilerin cinsel ilişkinin ne olduğunu bilmesi olasıdır. Hatta bir fiilin getireceği haz ve uyandıracığı merakın da bu açıdan onlara cazip de gelebilme imkanı vardır. Ancak fiilin diğer tüm şahsi, ailevi, manevi ve psikolojik neticelerini idrak edebilmeleri mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla cinsel ilişkiye yönelik o anda oluşan geçici duygular, merak ve arzular, çocuğun rızasının o anlık ortaya çıkması açısından esasen sonradan kabullenemeyeceği durumların oluşumuna yönelik olasılıkları düşünmesine imkan vermeyebilir⁸²⁹. 15 yaşını bitirmiş çocuğun

olarak failin ve mağdurun tayini mümkün değildir. Bu konuda, bu tür ilişkilerde daima failin erkek olabileceğini kabul eden klasik görüş bir çözüm gibi görünse de, gerçeklerle bağdaşmadığı gibi yeni Kanunun cinsel suçlar konusundaki anlayışıyla da uyumlu görünmemektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu suç tipini, örneklerine mukayeseli hukukta raslandığı gibi failini 18 yaşını dolduran kişi olabileceğini belirtir şekilde düzenlemesinde fayda ve gereklilik vardır (Koca/Üzülmüş, s. 330). Suçun failinin erkek olduğu biçimindeki klasik görüş, cinsel ilişkiye girenlerden her ikisinin de erkek olması halinde failin kim olduğu ve dolayısıyla şikayet hakkını da kimin kullanması gerektiği sorusunu yanıtsız bırakmaktadır. Cinsel ilişkiye giren kişilerin her ikisinin de reşit olmaması (ve her ikisinin de algılama yeteneğinin bulunması) halinde, bu suçun oluşmayacağı görüşü yazarlarca da isabetli bulunmaktadır. Şu halde suçun faili ancak 18 yaşını tamamlamış bir kişi olabilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 412). Örneğin, 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde 18 yaşını bitiren bir kişinin 18 yaşını bitirmeyen bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesinden bahsedilmektedir (Bkz. Friedrich-Christian Schroeder, Thomas Bednarz, **Strafgesetzbuch der Russischen Föderation Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996**, Freiburg 1998, ss. 114 vd.).

⁸²⁸ Kanbur, Armağan, s. 4151. Doktrinde, maddede yapılacak değişikliklerle, 18 yaşını bitirmiş bir kimsenin, 15 yaşını tamamlamış (ve 18 yaşını tamamlamamış) bir çocukla, cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişki gerçekleştirmesinin suç olarak düzenlenmesi önerilmektedir (Ataç, s. 131; Koca/Üzülmüş, s. 330). Var olan düzenlemenin de failen bu neticeği doğurduğu konusunda bkz. Hafizoğulları/Özen, ss. 168-169).

⁸²⁹ Kanbur, Armağan, s. 4153. Kendi ailesi içinde istismara uğramış çocukların sağlıksız düşüncelerle yoğrulması neticesi cinsel davranış bozukluğu yaşadıkları ve bu durumun çocukları gelecekte potansiyel cinsel suç faili olmaya ittiği hakkındaki görüş için bkz. Mustafa Tören Yücel, "Cinsel Suçluların Tretmanı", **TBBĐ**, Yıl: 24, S. 94, Mayıs-Haziran 2011, s. 71, dn. 1. Kontrol kuramına göre ergen bir kişinin, toplumsallaşma sürecindeki kontroller yeterli olmadığından ne yapması ve ne yapmaması gerektiğini öğrenememesi ve dolayısıyla geleneksel sosyal düzen ahlaki bağları

yaptığı her fiilin, her yönden anlam ve sonuçlarını her zaman bildiğini ya da bilmediğini söyleyebilmek mümkün olmamaktadır. Aynı şey 15 yaşını bitirmemiş çocuklar ve hatta bazen 18 yaşını tamamlamış kişiler için dahi geçerlidir. O halde sorulması gereken kanun koyucu bu sınırı nasıl belirleyecektir⁸³⁰?

Kanun koyucunun kişiye özel bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadan, belli bir yaş sınırı ile bu durumu düzenleme altına alabileceği belirtilmektedir. Bu husus kanun koyucunun takdirindedir. Bu düşünceye göre, kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel özgürlüklerini, hiçbir sınırlama olmadan yaşamalarına izin vermek düşüncesindeyse, bu halde m. 104 kapsamında kalan fiilleri suç olmaktan çıkarmalıdır. Şayet kanun koyucu bu özgürlüklerin bu biçimde kullanılmasını onaylamıyorsa, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, m. 104'ün içeriği, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş bir kimse ve suçun mağdurunun da 15-18 yaş aralığındaki bir çocuk olmak üzere yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır⁸³¹.

geliştirememesi sebebiyle istismara uğraması, suç mağduru ve/veya faili olması hususunda geniş araştırma için Esra A. Gazioğlu-İşmen, "Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi", **Aile İçi Şiddet Kolokyumu 22-23 Mayıs 2006, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, Aralık 2007, ss. 419 vd..

⁸³⁰ Bu durumu her somut olayın özelliğine göre mahkeme mi takdir edecektir? Öncelikle belirtilmesi gereken, cinsel ilişkiyi yaşayan çocuğun bu duruma ilişkin iç dünyasının belirlenmesine yönelik bütün yükü mahkemeye vermek doğru olmayacaktır. Çünkü mahkemenin asıl görevi kişilerin iç dünyasını ve tercihlerini araştırmak olmayıp, yapılan hareketlerin suç tipine uyup uymadıklarını belirlemektir (Kanbur, Armağan, s. 4153; aynı yönde Ersan Şen, Tuğçe Başarır, "Ensest Mağdurlarından Birisi: "Kadın"", **TBBB**, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Özel Dosya Yazıları, s. 317 vd.; Ersan Şen, "Ensest Mağdurlarından Birisi: "Kadın"", **Yorumluyorum-Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış-II-**, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 129).

⁸³¹ Kanbur, Armağan, s. 4154; Kanbur, CHD, ss. 107-108. Kanunilik ilkesi gereğince bir suçta kimin fail kimin mağdur olduğunun açıkça tespiti zorunludur. Aksi halde ceza normu kendinden beklenen amacı gerçekleştiremeyecektir. Fail ve mağdurun kanunilik ilkesi çerçevesinde tespit edilemediği bu suçta, düzeltici yorumlarla sonuca ulaşılması ceza hukuku tekniği ile bağdaşmayacağından suçun hiç düzenlenmemesi daha yerinde olabilir. Kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir özgürlüğüne ilişkin rızası varsa bu rıza üzerine gerçekleştirilen fiiller ceza hukukumuzda göre suç oluşturmaz. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiile başta rıza gösteren kişiye, şikayet hakkı tanınarak fiilin suç teşkil etmesi, ne cinsel özgürlüğe karşı suçlar başlığı ile ne de ceza hukuku kuralları ile bağdaşır. Bu çelişki de suçun düzenlenmemesini zaruri kılmaktadır. 104. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise suçun; mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde re'sen kovuşturulacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemede sayılan kişilere çocuğun rıza göstermesi diğer kişilerden farklı olarak daha kolaydır zira bu kişilerin çocuk üzerindeki hüküm ve nüfuzu bulunmaktadır. Alman Ceza Kanununda çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında bu nitelikli hallerin rıza verme yaşını yükselten nedenler arasında bulunduğu göz önüne alınırsa ilgili düzenlemelerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başlığı altında ve sadece cinsel ilişki ile sınırlı olarak değil çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Ayrıca bu fıkralar yukarıda açıkladığımız suçun bizatihi varlığından kaynaklanan sorunları da ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle böyle bir suçun ve bu fıkraların kanunda yer almaması gerektiği düşünülebilir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda aynı sorunun diğer ülkeler bakımından da ortaya çıktığını ve konuya ceza kanununda düzenleme getirerek çözüm bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 182/1'e göre, 18 yaşını tamamlamış olan bir kişi henüz 16 yaşını tamamlamamış bir kişiye karşı cinsel istismar niteliği taşıyan eylemleri gerçekleştirecek olursa cezalandırılmaktadır. Alman Ceza Kanunu § 176, 14 yaşını doldurmayan çocukların cinsel istismarını düzenlerken; § 182 ile 14-16 yaş grubu çocuklar için ayrı bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Buradan da anlaşıldığı üzere, söz konusu yaş grubunda bulunan çocuğun Alman hukukunda bu suçun faili olabilmesi söz konusu değildir. O halde Türk hukuku bakımından da benzer bir neticeye ulaşılabilmesi için konuya ilişkin açık yasal düzenlemeler getirilmesi yerinde olacaktır⁸³².

Mevcut durumda kanımızca TCK m. 104'e gerek bulunmamaktadır. Eğer maruz kaldığı fiilin niteliğini ve sonuçlarını anlayamayacak durumda yahut iradesi cebir tehdit gibi yöntemlerle fesada uğratılmış bir çocuk söz konusu ise bu durumda zaten TCK m. 103 gerekli korumayı sağlamaktadır. Öte yandan Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre evlenebilecek bir çocuğun kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girmesini cezalandırmak hukuk sisteminin birliği ile uyuşmamaktadır. Kanunkoyucu 18 yaşından küçükleri mutlak manada korumak niyetinde ve onların cinsel olgunluğa erişmediği kanısında ise hukuki düzenlemelere evlilik yaşını istisnasız olarak 18'e çıkartarak başlamalıdır.

Çocukların merak, haz duygusu gibi nedenlerle cinselliği tam olarak kavramadan cinsel ilişki yaşamaları ceza hukukunun değil sosyolojinin sorunudur. Bu durumda aynı yaş aralığında olup sırf erkek olduğu için dominant olduğunu kabul ederek erkek çocuğunu cezalandırmak o çocuğa çok daha büyük zarar verecektir. Çocuklara ilişkin her konu TCK ile değil; bazıları da sosyal yapı içinde çözümlenmelidir.

⁸³² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 372. Çocukların ve gençlerin cinsel gelişimlerinin, rahatsız edilmeden korunmasına yönelik ceza hükümleri, Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölümünün tamamına sistemsiz bir şekilde yayılmış bulunmaktadır. Buna göre, gençlik koruma mevzuatı aşağıdaki suçları içerir: • Korunmaya muhtaç kişilere yönelik cinsel istismar (Ceza Kanunu'nun 174. maddesi); • Çocuklara yönelik cinsel istismar (Ceza Kanunu'nun 176b maddesi) ve çocuklara yönelik ağır cinsel istismar (Ceza Kanunu'nun 176a maddesi) ve çocuklara yönelik ölümlü sonuçlanan cinsel istismar (Ceza Kanunu'nun 176b maddesi); • Küçükleri cinsel davranışlarda bulunmaya teşvik etme (Ceza Kanunu'nun 180. maddesi) • Gençlere yönelik cinsel istismar (Ceza Kanunu'nun 182. maddesi) (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Schroeder, JZ, s. 832; ayrıca bkz. Frank Dietmeier, "Marburger Strafrechtsgespräch 1997", ZStW, S. 110, Heft 2, 1998, s. 399).

Kanunkoyucu TCK m. 104'ü mutlaka kanunda tutmak istiyor ise bir başka çözüm de bu suçun failinin mutlaka 18 yaşından büyük bir kişi olarak belirlenmesidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda gençlerin cinsel istismarı suçunda 18 yaşından ve 21 yaşından büyük olmak üzere iki fail kategorisi bulunmaktadır⁸³³.

5. 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri İle Getirilen Özgü Faillik Halleri

6545 sayılı kanun m. 60 ile TCK m. 104'te yapılan değişiklik neticesinde kısmen de olsa hukukumuzda da enste ilişkin bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. Buna göre 15-18 yaş gurubundaki çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi arasındaki cinsel ilişki de bu hükme göre cezalandırılacaktır. Özgü faillik ihdas eden düzenleme şu şekildedir: *“Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”⁸³⁴.*

6545 sayılı kanun ile TCK m. 104/2'ye getirilen bu yeni düzenleme, öncekinden farklı bir nitelikli hale yer vermektedir. Bu nitelikli hal, suçun failinin özel sıfatından kaynaklanmakta olup, ancak *“mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi”* tarafından gerçekleştirilebilecektir. Nitelikli halin gerçekleşmiş sayılması için failin yaşının ya da cinsiyetinin bir önemi yoktur. Kimlerin bu kapsamda olduğu hususunda TMK m. 129 hükmüne bakmak gerekecektir. Buna göre, aralarında evlenme yasağı olan kişiler şu şekilde sıralanabilir:

- Üstsoy ile altsoy; kardeşler; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri;
- Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu;
- Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi.

Söz konusu hükme göre mağdurun reşit olmaması aranmaktadır. Mağdurun reşit olup olmadığı ise cinsel ilişkinin gerçekleştirildiği tarihe göre belirlenecek olan bir husustur. Dolayısıyla mağdurun cinsel ilişkinin gerçekleşmesinin ardından 18

⁸³³ Al.CK. § 182'de (*Gençlerin cinsel istismarı*) yer alan suçun içeriği hakkında bkz. Yenisey/Plagemann, ss. 284-286; Laubenthal, 2012, ss. 253-268.

⁸³⁴ Görüldüğü üzere, bu yeni düzenleme bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, suçun mağduru olan 15 yaşını doldurmuş çocuk ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişi olmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 373; Kanbur, Armağan, s. 4154).

yaşını doldurmuş ya da evlenmiş olması nedeniyle rüştünü kazanmış olması, suçun oluşmasına engel olmayacaktır⁸³⁵. Bunun sonucu olarak da cinsel ilişkiden sonra fail ile mağdur arasında evlenme gerçekleşmiş olsa da, bu durum failin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını engellemeyecektir. Bir taraftan cinsel ilişki dışındaki her türlü cinsel davranışa ve bu arada vücuda cisim sokulmasına rıza gösterme bakımından “*olgun*” sayılan ve hatta 16 yaşını doldurması halinde evlenmesine de imkan tanınan kişiler arasında gerçekleşen “*cinsel ilişki*” nin suç sayılmasını, cinsel suçlarla, cinsel özgürlüğün korunduğu yönündeki anlayışla bağdaştırmanın mümkün gözükmediği vurgulanmaktadır⁸³⁶.

6545 sayılı kanun m. 60 ile TCK m. 104’ün failine ilişkin olarak getirilmiş önemli olan bir diğer düzenleme de, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında “*koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*” olmasıdır. Evlenme yasağının yanısıra bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişiler de bir diğer özgü fail grubu oluşturmaktadır⁸³⁷. Konuya aşağıda suça etki eden nedenler başlığı altında dönülecektir.

⁸³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329.

⁸³⁶ Tezcan/Erdem/Önok’a göre, evlendikten sonra cinsel ilişki gerçekleşirse, mağdur “*reşit*” sayılacağından, suç oluşmayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414). Toroslu’ya göre, onaltı yaşını doldurmuş olan çocuk gerektiğinde evlenebileceğine göre, bu kişi ile rızaya dayalı cinsel ilişkinin neden suç sayıldığını anlamak güçtür (Toroslu, Özel Kısım, s. 70; benzer eleştirisi için bkz. Kanbur, Armağan, s. 4154).

⁸³⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 373; Kanbur, Armağan, s. 4154.

C. Mağdur

1. Genel Olarak

TCK m. 104'te mağdur 15 yaşını doldurmuş çocuk olarak düzenlenmiştir. Ancak evlilik, erginliğin sonradan kazanılması, fiilin işlenişinin organ yahut sair cisim sokma şeklinde olup olmamasına göre çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Aslında bu sayılan ve aşağıda ayrıntılarıyla değineceğimiz hususlar suçun faili ve suçun maddi unsuru ile de doğrudan bağlantılı olan hususlardır.

2. Mağdurun Yaşı Bakımından Yapılan Tartışmalar

15 yaşını bitirmiş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olan ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuk bu suçun mağdurudur⁸³⁸. Şikayet hakkı açısından, buradaki mağdurların sezgin olmaları arandığından ve şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusu olduğundan, bu hakkı bizzat kullanabileceklerdir. Şikayet edip etmeme hususunda uyuşmazlık çıkması halinde de, yasal temsilcilerin değil, mağdurun iradesi esas alınacaktır⁸³⁹.

Mağdurun daha önce bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunmuş olup olmaması hali suçun oluşmasına engel değildir⁸⁴⁰. Mağdurun yaşının kesin olarak tespit edilmesi

⁸³⁸ Kanbur, Armağan, s. 4155; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 404; Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3496-3497; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 330. TCK m. 104'te suçun mağduru 15 yaşını bitirmiş bir çocuk olarak belirlenmiştir. Yazarlara göre, TCK m. 6/1-b'de çocuk, 18 yaşını doldurmayan kişi olarak tanımlanmış olduğundan, ancak 15-18 yaş arasında olan, daha öncesinde şu ya da bu yolla erginliğini kazanmamış ve algılama yeteneği gelişmiş erkek ya da kadın çocuklar bu suçun mağduru olabileceklerdir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414; Köksal, ss. 689-690; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329).

⁸³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3503; Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 270; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 305; Hatice Karakuş, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı", **Hukuk Gündemi**, S. 2, 2012, ss. 90-91. Yargıtay da aynı görüştedir. "Hükümden sonra 25.02.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren, Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün ve 2005/103-89 sayılı kararıyla 5237 sayılı TCK'nın 104/2 maddesinin iptal edilmiş olması ve suç tarihi itibarıyla 16 yaşı içinde bulunan mağdurenin 01.03.2004 tarihli duruşmada alınan beyanında sanık hakkında şikayetçi olmaması nedeniyle, reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi münasebette bulunma eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1 maddesi kapsamında olup takibinin şikayete tabi olması karşısında sanık hakkındaki kamu davasının 5237 sayılı TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8 maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi lüzumu, bozmayı gerektirmiş, ..." (Y. 5. CD., 18.06.2009 T., 2007/1833 E., 2009/ 7760 K.). Bununla beraber, Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 26.04.2007 tarihli (44/44) kararında, veli/vasinin de şikayet hakkının bulunduğu kabul edilmiş bulunmaktadır (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 414-415, dn. 332).

⁸⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 415; aynı yönde bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329.

suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya fiilin hangi suç tipine ait olduğunun tespiti bakımından büyük önem arz etmektedir. Nitekim mağdurun 15 yaşını doldurmamış olması halinde, TCK m. 104 değil m. 103 yani çocuğun cinsel istismarı suçu söz konusu olacaktır. Keza, mağdurun 18 yaşını birkaç saat önce olsa bile doldurmuş olması halinde herhangi bir suç oluşmayacaktır. Yaşın tespiti nüfus kayıtlarına göre söz konusu olacaktır. Bunların yetersiz kalması halinde ise mağdura ait onaylı doğum tutanağının incelenmesi, mağdurun resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılması veya yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilmesi şeklinde bilirkişi raporuna dayanılmasına ihtiyaç duyulabilecektir⁸⁴¹. Nitekim Yargıtay da çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarında bu konuya dikkat çekmektedir⁸⁴².

⁸⁴¹ Kanbur, Armağan, s. 4155. Mağdurun yaşına itiraz edilmesi ya da mağdurun nüfus kaydı ile vücut ölçüleri arasında uyumsuzluk olduğunun mahkemece gözlemlenmesi halinde, doğum tutanağı getirilmeli ve yaşı düzeltilecek kimse adli tıp uzmanına gönderilerek gerçek yaşının bilimsel olarak tespit edilmesi sağlanmalıdır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 415). “*Mağdure Sibel A...’un nüfus kaydında doğum tarihinin 25.6.1982, nüfusa tescil tarihinin ise 5.4.1982 olarak görünmesi karşısında; bir kişinin doğmadan nüfusa tescil edilmesinin mümkün olmadığı ve suçun oluşumuna etkisi nedeniyle mağdureye ait doğum tutanağının getirtilip, tescil tarihi ve resmi bir sağlık kuruluşunda doğup doğmadığı hususları araştırılıp, resmi bir sağlık kuruluşunda doğmamış olması halinde, yaş tespitine esas kemik grafileri de çektilerilek rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hükme varılması, kanuna aykırıdır.*” Y. 5. CD., 10.07.2006 T., 2006/ 6738 E., 2006/ 6514 K. sayılı karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3498-3499, dn. 1144.

⁸⁴² Kanbur, Armağan, s. 4155. “*Suçun niteliğini belirlemeye etkisi bakımından dosyada bulunan nüfus kayıt örneğine göre, 04.02.1989 doğumlu, suç tarihinde 17 yaş 11 ay 28 günlük olan mağdureye ait doğum tutanağının onaylı sureti getirtilip, mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilerilek tam teşekküllü bir hastanede içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir heyetten sağlık kurulu raporu alınması duraksama halinde adli tıp kurumundan da görüş sorularak mağdurenin gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ...*” hükmün bozulmasını gerektirmiştir (Y. 14.CD., 14.01.2013 T., 2011/6391, 2013/56). “*Resmi bir kurumda doğup doğmadığı dosya kapsamından anlaşılamayan mağdureye ait nüfus kaydının incelenmesinde 01.03.1991 doğumlu olan mağdurenin bu tarihten 4 yıl sonra 28.09.1995 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında ilgili nüfus idaresinden mağdurenin doğum tutanağı getirtilerek resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde yaşının, suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımından Devlet Hastanesi sağlık kurulunun 08.10.2009 tarihli raporunun sonuca ulaşmaya elverişli olmaması ve tereddüt oluşturmaması nedeniyle mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde çekilen kemik grafileriyle birlikte bir kez de adli tıp kurumuna gönderilerek gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması, bunun mümkün olmaması halinde ise mağdurenin doğumunu bilen kişiler ile annesi bu hususta tanık sıfatıyla dinlenerek nüfus aile kayıt tablosundaki diğer kardeşlerin durumu da gözetilerek aşı, okul kayıtları gibi diğer belgeler ve delillerle gerekli araştırmanın yapılarak mağdurenin gerçek yaşının saptanması ayrıca mağdurenin –sanık Mehmet ile 03.01.2004 tarihinde törenle evlendik- şeklindeki kollukdaki beyanı ile duruşma beyanı ve sanıkların aşamalarındaki beyanları arasındaki çelişki giderilerek suç tarihinin kesin olarak tespitinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi...*” bozmayı gerektirmiştir denilmek suretiyle yaşın

3. Mağdurun Evlilik ya da Diğer Kanuni Usullerle Erginliğini Kazanmış Olması Bakımından Yapılan Tartışmalar

Doktrindeki bir görüşe göre, evli küçükler bakımından, evlilik birliği içindeki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan eşler açısından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir⁸⁴³. Bu görüşe göre, kişinin yaşı kaç olursa olsun **cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden yoksa** evliliğin varlığı durumunda gerçekleştirilen cinsel ilişki herhangi bir suç oluşturmayacaktır. Bu durum reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için de geçerlidir⁸⁴⁴.

TCK m. 104/1 bakımından, 16-18 yaş grubunda olan ve evli bulunan kişilerin durumuyla alakalı bir diğer görüşe göre, bu soruna bir çözüm aranırken TCK m. 104'ün başlığı ile metni arasındaki çelişkiye dikkat çekmek gerekmektedir. TMK m. 124'te erkek ya da kadının⁸⁴⁵ 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak, hakim olağanüstü hallerde ve pek önemli bir nedenle 16 yaşını doldurmuş olan erkek ya da kadının evlenmesine izin verebileceği belirtilmektedir. TCK m. 104'te “15 yaşını bitirmiş olan çocuk” tan söz edildiği ve çocuk da TCK m. 6/1-b'de “18 yaşını

tespitinin önemine değinilmiş ve usulüne ilişkin şartlar sıralanmıştır. (Y. 14.CD., 14.02.2013 T., 2011/21554, 2013/1359) (Kararlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 373-374, dn. 191).

⁸⁴³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 369. Aksi yönde bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 46-47.

⁸⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 374. Koca/Üzülmez ise, madde başlığında yer alan “*reşit olmayanla*” ibaresinden yola çıkarak evlenme ile reşit olan kimsenin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinde bu suçun mağduru olamayacağını savunmaktadır. Yazarlar, evlenme ile reşit olan kişinin artık cinsel ilişkinin sonuçlarını kavramak bakımından bir sorunla karşılaşmasının mümkün olmayacağını belirtmektedirler (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 330-331). Mahkeme kararıyla reşit olan kişi ancak medeni haklar bakımından desteklenmiştir. Bu durum kişinin ceza hukuku karşısındaki durumunu etkilemez. Dolayısıyla ekonomik hayatını devam ettirebilmek için mahkeme kararıyla reşit olan çocuğun bu suçun mağduru olması mümkündür (Kanbur, Cinsel İlişki, s. 46). Ünver ise, tartışmaların ve hatalı uygulamaların önüne geçmek için, bu sorunu giderici kanuni değişikliğe ihtiyaç olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, yalnızca genel olarak evlilik kurumuna atıfla bu sorun tereddütsüz şekilde çözüme kavuşmamaktadır. Çünkü TCK ve TMK hükümleri çeliştiği gibi, TCK'nın sadece yaş dilimine atıf yapması ve fakat ne evliliği ne de reşitlik statüsünü dikkate almaması ve hatta önceki düzenlemede olan reşitlik kavramından yeni TCK'da vazgeçilmesi bahsi geçen kanun değişikliğini gerektirmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 47).

⁸⁴⁵ Çocuğun erkek ya da kız olması hüküm açısından bir fark yaratmaz. Keza kaç kişiyle cinsel ilişki yaşadığı da hüküm açısından önemsizdir (Tezcan/Ertem/Önok, Özel Hükümler, s. 415; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 331-332; Taner, Cinsel özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329). Bu durumda suçun mağduru hem erkek hem de kız çocuk olabilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu suçun hemcinsler arasında işlenebileceğini de ifade edelim (Kanbur, CHD, s. 110).

doldurmayan kişi” olarak tanımlandığı için bu görüşe göre, ilk bakışta, evli olsun ya da olmasın, salt mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde bu suçun oluşacağı neticesine varmak gerekecektir. Oysa, TCK m. 104’ün başlığı “*reşit olmayanla*” cinsel ilişki olup, TMK m. 11 uyarınca da evlenme kişiyi reşit kılacaktır. Bu durumda, 18 yaşından küçük olmakla beraber, evlenme yoluyla reşit olan kişilerin söz konusu suçun mağduru olamayacağı neticesine varmak gerekecektir⁸⁴⁶. Aynı görüşe göre, TMK m. 12 uyarınca mahkeme kararıyla reşit kılınan⁸⁴⁷ 15 yaşını doldurmuş kişi de söz konusu suçun mağduru olamayacaktır⁸⁴⁸.

Burada yanıtlanması gereken bir soru da, 18 yaşını doldurmadan reşit olan bir kişinin (evlenme ile ya da mahkeme kararı ile), ergin bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi durumunda konunun hukuken nasıl değerlendirileceğidir. Öğretide bir görüşe göre, bu durumda eşitlik ilkesi gereği bir suç söz konusu olmayacaktır. Zira kişinin eşi yahut

⁸⁴⁶ Evlilikle kazanılan rüşt, evlilik birliği içindeki cinsel ilişkileri hukuka uygun kılar (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 415; aynı yönde Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 129 vd.; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 330-331; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 296; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 330). Söz konusu evlilik mağdur 18 yaşına gelmeden sona erse de durumun değişmeyeceği ayrıca belirtilmektedir (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3497-3498). Köksal, evli olan çocuğun eşiyle rızaya dayalı şekilde yaşadığı cinsel ilişkinin doğru ve düzgün cinsel gelişimine zarar vermeyeceği için suç oluşturmayaacağı belirtilmektedir (Köksal, s. 693). Kanbur ise, evli olan 18 yaşından küçük çocuğun eşiyle girdiği cinsel ilişkinin hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygun olduğunu vurgulamaktadır. Burada sorun, evli çocuğun eşi dışındaki kişilerle yaşadığı cinsel ilişki bakımındandır (Kanbur, Armağan, s. 4161; aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3497). Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ilgili mevcut hükümlere bakıldığında, esas itibarıyla sistematik ve kavramsal olarak anlaşılır bir düzenin hakim olduğu vurgulanmaktadır. Ancak korunan hukuki değer toplumsal olmaktan çıkıp bireysel bir özgürlüğe dönüşmesinin ardından olması gereken ciddi anlayış değişikliğinin tam olarak gerçekleşmemesine bağlı kimi sorunların bulunduğu da ayrıca belirtilmektedir. Özellikle de evlilik içi cinsel davranışlara ilişkin belirttiğimiz farklı görüşler –madde gerekçesi bağlamında kanun koyucunun yaklaşımı dahil- bu duruma örnek olarak verilmektedir (Dursun, s. 71).

⁸⁴⁷ Kanbur’a göre, eğer mağdur olan çocuğun gerçek yaşı 16-18 arasında ve fakat çocuk, yaşın tashihi davası ile mahkemede yaşını 18’in üzerine yükseltmişse, fiil yaşın yükseltilmiş olduğu dönemde işlenmiş olmak şartıyla, çocuk bu suçun mağduru olamayacaktır. Ancak cinsel ilişkinin yaşandığı esnada mağdurun yaşı 15’ten büyük 18’den küçük ise, daha sonra yaşın tashihi davası ile yükseltilmesinin oluşan suça etkisi bulunmayacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4156).

⁸⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 415; Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3497-3498. Karşı yönde bkz. Köksal, s. 692; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 331; Kanbur, Armağan, s. 4162. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre, evlilik ile reşit olan çocuk, eşi dışındaki bir başkasıyla cinsel ilişki yaşarsa, söz konusu suçun mağduru olabilecektir. Bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla mahkemeye rüştüne karar verilen çocuğun da TCK m. 104 bakımından mağdur olması olasıdır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 370). Tezcan/Erdem/Önok’a göre ise, suç tipi “*reşit olmayan*” ile cinsel ilişkiyi cezalandırdığından, rüştünü elde etmiş kimselerin bu suçun mağduru olması mümkün değildir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 415, dn. 334). Ünver ise, 15-18 yaş arasındaki çocuk evlenmek suretiyle reşit olsa da, maddenin metninde çocuktan söz edildiğinden, 18 yaşından küçük olan evli bir kişinin eşiyle girdiği cinsel ilişkinin dahi suç oluşturacağını belirtmektedir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 318).

başka kişiyle cinsel ilişki yaşaması hususunda ceza hukuku bir ayırım gözetemez⁸⁴⁹. Bir diğer görüşe göre ise, TCK m. 104 mağduru yaşa göre belirlemiştir. Dolayısıyla evlenme ile kazanılan rüşt sadece evlilik birliği ile ilgili konularda sonuç doğurur. Diğer kişiler bakımından fiil suç olmaya devam eder ve 18 yaşını doldurmamış kişi TCK m. 104 açısından suçun mağdurudur⁸⁵⁰.

Kanımızca, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere burada temel sorun Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır ve evlilik yaşına ilişkin düzenlemenin değişmesi gerekmektedir. Mevcut durumda ise evlilik ancak çocuğun eşi ile girdiği cinsel ilişkiyi hukuka uygun hale getirir. Çocuk, hem TCK'da hem uluslararası metinlerde rüşt değil yaş esas alınarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla çocuk ister evlilik ister mahkeme kararıyla reşit olsun rüşt konusu dışında çocuk olarak kalmaya devam edecek ve TCK açısından kendi yaş grubuna ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır.

4. Suçun Fail ve Mağdurunun Her İkisinin de Kadın Olması ve Vücuda Erkeklik Organı Dışında Bir Organ veya Sair Cisim Sokma Filleri Bakımından Yapılan Tartışmalar

Suçun mağdurunun her iki cinsten olabileceği defaatle belirtilmiştir⁸⁵¹. Madde metninden bu suçun hemcinsler arasında işlenemeyeceği gibi bir sonuç çıkmadığı için bu suçun hem failinin ve hem de mağdurunun erkek olabilmesi mümkündür. Öte yandan suçun hem failinin hem mağdurunun kadın olup olamayacağı tartışmalıdır. Bu sorunun cevabı ise cinsel ilişki için duhulün aranıp aranmayacağına dair görüşe göre değişiklik gösterecektir. Buna göre, cinsel ilişki

⁸⁴⁹ Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 132.

⁸⁵⁰ Mahkeme kararıyla reşit olan kişi ise, medeni haklarını kullanma açısından kanuni menfaati gereği özel olarak, hukuk tarafından desteklenmektedir. Ancak bu durum, o kişinin suç düzenlemelerinin tarafı olma olasılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bir meslek ya da sanatın icrası maksadıyla mahkemece rüştüne karar verilen 15 yaşını bitirmiş çocuğun, bir başkasıyla cinsel ilişki yaşaması halinde, bu suçun mağduru olması olasıdır. Yazara göre burada cinsel ilişki mahkeme kararıyla rüşte ermenin doğal bir sonucu olmadığından, korunan hukuksal değer varlığını devam ettirecektir. O halde, 17 yaşında evlenen bir kişi, eşi dışında 18 yaşından büyük bir kişiyle cinsel ilişki kurarsa, söz konusu suç anlamında bu fiilin mağduru olabilecektir (Kanbur, Armağan, ss. 4161-4162).

⁸⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 374; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 330; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329.

sadece duhul olarak anlaşılırsa lezbiyen ilişkiler TCK m. 104'e vücut vermez. Aksinin kabulü halinde lezbiyen ilişkilerin de bu suçu oluşturacağı aşıkardır⁸⁵².

Bir diğer görüşe göre, “*cinsel ilişki*” kavramından sadece duhulün anlaşılması, yani doğal yollar dışındaki ilişkinin suç olarak görülmemesi, 15-18 yaş grubundaki küçüklerin korunması amacına uygun düşmeyecektir⁸⁵³. Çünkü çok zaman erkeklik organı söz konusu olmasa da aynı niteliği haiz fiillerin suç kapsamı dışında kalması söz konusu olacaktır⁸⁵⁴. Bu durum bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucunun 15 – 18 yaş arasındaki kişileri koruma yönündeki amacına aykırı olacaktır⁸⁵⁵. Kanaatimizce, 18 yaşını tamamlamış bir kadının cebir, tehdit ve hile

⁸⁵² Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 405. Doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen (bir kadının diğer kadının cinsel organına sair bir cisim veya yapay penis sokması gibi) birleşmeler madde metninde bahsedilen kişinin cinsel organının diğerinin cinsel organına duhulü niteliğinde anlaşılması gereken cinsel ilişki niteliği taşımamaktadır. Yazarlar tarafından, kanun koyucu da bu davranışlara ayrıca yer vermeyerek aslında zımni olarak cevaz vermiştir denilmektedir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3499).

⁸⁵³ 765 sayılı TCK döneminde, ırza geçme fiilleri açısından iki kadın arasında cinsel birleşme olamayacağı öne sürülmektedir. Bu görüşün dayanağını ise ırza geçme fiillerinin yalnızca erkek tarafından işlenebileceği, kadınlar arasındaki fiillerin ise yalnızca ırza tasaddi niteliğinde kalacağı oluşturmaktaydı. “...genelde klitorisleri fazla gelişen sevicilikle meluf kadınların, diğer bazı kadınlar üzerinde cinsel ilişkiye benzer birtakım şehveti tatmin edici hareketlerde bulunmaları “ırza tasaddi” teşkil edecektir.” Bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Caner Yenidünya, “Evlilik İçinde ırza Geçme”, **İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, s. 57; ayrıca bkz. Artuk, Evlilik İçinde ırza Geçme, ss. 31-32. Aksi görüş için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1997, s. 298.

Yargıtay da yakın zamanlarda verdiği bir kararda, bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokarak kızlığını bozması eylemini cinsel ilişki olarak görmediğini belirtmiştir. Kararda TCK m. 104 bakımından cinsel ilişki; “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bir kadının erkeklik organına fizyolojik olarak sahip olmaması, TCK m. 104'deki cinsel ilişki fiilini fiziken gerçekleştiremeyecek olması biçiminde değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Yargıtay söz konusu suçta kadın cinsiyetinde olan (*erkek organına sahip olmayan*) bir kişiyi TCK m. 104 açısından fail olarak kabul etmemektedir (Y. 14. CD., 21.04.2014 T., 2012/ 6729 E., 2014/ 5373 K. sayılı kararı için bkz. Kanbur, Armağan, s. 4158).

Aksi görüşe göre, bu görüşün ileri sürdüğü husus, iki kadın arasında doğal bir cinsel birleşme olamayacağı ve bu sebeple fiilin 765 sayılı TCK anlamında ırza geçme olarak nitelendirilemeyeceğidir. Oysa, 5237 sayılı TCK m. 104'de ırza geçme olarak kabul edilen cinsel birleşmenin aranmadığı görülmektedir. Kanun koyucu bu görüşe göre, cinsel ilişki terimini cinsel birleşmeyi de kapsayacak biçimde geniş kullanmıştır. O halde, reşit olan bir kadının, 15 yaşını bitirmiş bir çocuk ile vücuduna dokunma, öpme, yalama şeklinde gerçekleştireceği hareketlerin geniş anlamda cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmemesi için bir sebep bulunmamaktadır. Bir başka tartışmalı husus ise, kadınlar arasındaki sair cisim sokmak suretiyle yaşanan ilişkinin cinsel ilişki sayılıp sayılamayacağı hususudur. Bir görüşe göre; doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen (*bir kadının diğer kadının cinsel organına sair bir cisim sokması gibi*) birleşmeler, madde metninde bahsi geçen kişinin cinsel organının diğerinin cinsel organına duhulü niteliğinde anlaşılması gereken cinsel ilişki niteliği taşımadığı için, kanun koyucu da bu davranışlara ayrıca yer vermeyerek aslında zımni olarak izin vermiş görünmektedir (Artuk/Gökcan/Yenidünya, 12. Baskı, ss. 195-196; aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, **Özel Hükümler**, s. 416; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3499).

⁸⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, ss. 370-371.

⁸⁵⁵ Bu konuda bkz. Kanbur, Cinsel İlişki, ss. 42-45; Kanbur, Armağan, s. 4159; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 371. Öğretide cinsel ilişki kavramını geniş

olmaksızın 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun anal ve/ veya vajinal bölgesine yapay penis ve/ veya sair bir cisimle duhulde bulunması TCK m. 104’de düzenlenmiş “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunu oluşturacaktır⁸⁵⁶.

Eğer mağdur olan çocuğun gerçek yaşı 15 – 18 arasında ve fakat çocuk yaştan tashihi davası ile mahkemede yaşını 18’in üzerine yükseltmişse, bu durumda fiil yaştan yükseltilmiş olduğu dönemde işlenmiş olmak kaydıyla çocuk bu suçun mağduru olamayacaktır. Ancak cinsel ilişkinin yaşandığı sırada mağdurun yaşı 15’ten büyük 18’den küçük ise daha sonra yaşının söz konusu dava ile yükseltilmesinin oluşan suça bir etkisi olmayacaktır⁸⁵⁷.

D. Eylem

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki yaşanmasıdır⁸⁵⁸. Eğer cebir, tehdit ve hile vasıtalarıyla bu

yorumlayarak belirtilen tür fiilleri de kapsar nitelikte yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Soyaslan, bu maddede düzenlenen cinsel ilişki kavramını, flört aşamasını aşan her türlü ilişki olarak kabul etmektedir (Soyaslan, ss. 256-257).

⁸⁵⁶ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Kanbur, CHD, ss. 42-45; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 371; aynı yönde bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 44. Maddenin dar yorumlanması hem çocukların cinsel dokunulmazlığının korunması amacına aykırı olacak hem de cinsel ilişki kavramının bu denli dar yorumlanmasını gerektiren bir yasal düzenleme olmaması sebebiyle yerinde olmayacaktır. Bu kapsamda, bir kadının veya bir erkeğin karşısındaki bir kadının veya erkeğin, vajinasına, anüsüne ya da ağzına cinsel organını veya yapay penisi yahut sair bir cismi sokması halleri cinsel ilişki kavramı içinde olmalıdır (Aydın, Ağustos 2014, s. 89).

⁸⁵⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 371.

⁸⁵⁸ Her kim, Alman Ceza Kanunu’nun 182. maddesinin 1. fıkrası uyarınca zorda kalma durumundan faydalanarak 18 yaştan altındaki kişiyi yönelik cinsel istismarda bulunursa veya reşit olmayan bir çocuğun kendisine yönelik cinsel eylemlerde bulunmasını sağlarsa veya reşit olmayan çocuğun, üçüncü bir kişiyle cinsel eylemde bulunmasını veya üçüncü bir kişinin reşit olmayan küçük üzerinde cinsel eylemde bulunmasını sağlarsa suçlu olacaktır. Ceza kanununun 182. maddesinin 1. fıkrası suçlular için bir yaş sınırlandırması içermez. Bu nedenle zorda kalma durumundan faydalanarak cinsel eylemlerde bulunma suçunda yaş önemli değildir. Ceza kanununun 182. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 18 yaştan altındaki mağdurun aleyhine suç işleyen ve ceza ehliyeti bulunan tüm kişiler suçlu olabilir (Laubenthal, 2012, ss. 256-257). Zorda kalma durumunda mağdur kişisel veya ekonomik açıdan zorda kalmıştır (BT-Drs. 12/4584, s. 8; bkz. Stephan, s. 94; Laubenthal, 2012, s. 257). Bu acil bir durumun mevcut olmasını gerektirmez. Zorda kalma durumunda daha kapsamlı bir terim söz konusudur. Reşit olmayan küçük, zora sokan koşullar neticesinde cinsel eylemde bulunmaya yönelik karar verme özgürlüğünden mahrum kalmış olmalıdır. Örneğin, gencin uyuşturucu bağımlısı, evsiz olması; evden veya yurttan kaçmış olmasına bağlı acil durumu gibi (Friedrich-Christian Schroeder, “Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB”, **NJW**, 1994, ss. 1501-1502). Zorda kalma durumu ekonomik veya kişisel nedenlere bağlı olabilir. Psikolojik sorunlar da burada dikkate alınır. Zorda kalma durumunun nasıl oluştuğu, olay anında mevcut olup olmadığı, reşit olmayan küçük için engellenebilir miydi veya suçlu tarafından mı oluşturulduğu hususu önem teşkil etmez (BT-Drs. 12/4584, s. 8; bkz. Laubenthal, 2012, s. 257). Çocuk veya genç kişi için zorda kalma durumundaki nedenler objektif açıdan gerçekleşmiş olmak zorunda değildir.

cinsel ilişki elde edilmişse artık 104'e göre değil, somut olayın özelliğine göre 103. madde hükümlerine göre hareket etmek gerekecektir⁸⁵⁹.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, “*cinsel ilişkide bulunmak*”⁸⁶⁰ olarak belirtilmekte olduğundan, cinsel ilişki kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durmak gerekmektedir. Cinsel ilişki kavramı 765 sayılı TCK döneminde⁸⁶¹ hem uygulamada⁸⁶² hem de doktrinde failin tenasül uzvunun kadının ya da erkeğin vücuduna girmesi olarak anlaşılmaktaydı⁸⁶³. Dolayısıyla burada cinsel ilişkiden

Reşit olmayan kişilerin karar verme hürriyeti sadece subjektif zor durumla da kısıtlanabilir. Bu tür durumlarda suçlu belirli koşulların mevcut olduğunu uydurabilir ve mağdur uydurduğu bu koşullarla kendisi için zorlayıcı durumların oluşacağını düşünebilir ya da mağdur yanlışlıkla bu tür koşulların var olduğuna inanır. Bu bağlamda durumun sadece subjektif olarak değerlendirilerek bir hüküm verilmesi kanunun amacını aşmak olur. Bu nedenle reşit olmayan küçük tarafından varsayılan zor durumun, karar verme hürriyetini etkileyip etkilemediğine dair hüküm verirken mantıklı bir üçüncü kişinin daha görüşünün alınması gerekir. Ceza Kanunu'nun 182. maddesinin 1. fıkrası uyarınca zorda kalma durumu için daima zora sokan koşulların mevcut olması gerekir. Bu koşullar çocuk veya gencin cinsel istismara uğramalarını teşvik etmeliler ve bu kişiler yaşları gereğince gerçekleştirilen eyleme karşı koyamamalıdır (BGHSt. 42, s. 401; BGH, NStZ-RR, 2008, s. 238; bkz. Laubenthal, 2012, ss. 257-258). Reşit olmayan kişinin suçlunun şiddet uygulayacağına dair duyduğu korku, Ceza Kanunu'nun 182. maddesinin 1. fıkrası uyarınca zorda kalma durumunu kanıtlayabilir ve cinsel amaca yönelik karar verme hürriyetini kısıtlayabilir. Ancak aciz hissetmek tek başına ciddi zorda kalma koşullarını teşkil etmez. Örneğin, A isimli kişi bir moda dergisi çalışanı olarak kendisini tanıtmıştır ve genç kızlara fotoğraf çekirmek isterler mi diye sormuştur. Çoğunlukla daha iyi ışık koşullarına ihtiyaç duyduğunu söyleyerek A isimli kişi reşit olmayan kızları sessiz ve تنها olan yerlere götürüp soyunmalarını sağlamıştır. Bu esnada onları filme almıştır ve çeşitli nedenlerle göğüslerine ve cinsel organlarına dokunmuştur. Kızlar itiraz ettiklerinde herhangi bir şiddet uygulamadan onlardan uzaklaşmıştır. Eyalet Mahkemesi, A isimli kişiyi 3 ayrı olayda gençlere karşı cinsel istismar suçundan dolayı hapis cezasına çarptırmıştır. Federal Yargıtay (BGH, NStZ-RR, 2008, s. 238), A isimli kişinin açtığı temyiz davasında, Ceza Kanunu'nun 180. maddesinin 1. fıkrası uyarınca gençlere karşı cinsel istismar suçu açısından Eyalet Mahkemesi'nin kararını iptal etmiştir. Zira Eyalet Mahkemesi'nin tespitleri A isimli kişinin cinsel eylemleri “*zorda kalma durumundan faydalanarak*” gerçekleştirdiğini kanıtlayamamıştır. “*Mağdur A isimli kişinin onu ormana götürmesine rağmen, duruma karşı çıkıp A isimli kişinin cinsel eylemlerini durdurabilmiştir. Mağdurun kendisini aciz hissetmesi, giderek korkması ve ağlaması gerekli olan belirleyici koşulların var olduğunu kanıtlamaz.*” (Laubenthal, 2012, ss. 258-259).

⁸⁵⁹ Kanbur, Armağan, s. 4162; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 256; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3499. Yazarlar, suçun belirgin özelliğinin çocuğun cinsel ilişkiye gösterdiği rıza olduğunu belirtmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 415-416).

⁸⁶⁰ Tıbbi terim olarak söz konusu fiil, penis başının himen halkasını veya anüs halkasını geçmesi, rektuma sokulması, içeriye ejekülasyon olabilecek kadar girmesi biçiminde tanımlanmaktadır (Akkay, Irza Geçme, ss. 653-654).

⁸⁶¹ Nitekim 104'üncü maddenin 765 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan 416/son maddesinde de, “*reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar*” denilmekte ve suçun maddi unsuru da; “*Kanun cinsi münasebet dediğine göre duhul şarttır. Duhulün vajinal ya da anal yoldan olması fark etmez. Oral seks durumu, maddede geçen cinsi münasebet sayılmaz. Oral seks ancak irza tasaddi sayılabilir*” biçiminde açıklanmaktaydı (Otacı, s. 73).

⁸⁶² YCGK, 04.06.1990 T., 101/ 56 sayılı kararı için bkz. Yenidünya, s. 3305.

⁸⁶³ Dönmezer, Özel Kısım, s. 53; ayrıca ayrıntılı değerlendirme için bkz. Dönmezer, Özel, ss. 53-56.

mutlaka duhul yani vajinal, oral⁸⁶⁴ ya da anal⁸⁶⁵ yoldan bir birleşme aranmaktaydı⁸⁶⁶. Bu durumda, ancak bir erkek ile bir kadının yahut iki erkeğin birleşmesi cinsel ilişki olarak kabul edilebilecek idi⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ Daha önce de vurguladığımız gibi, bu kabul oral cinsel birlikteliklerin ırza tasaddi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktaydı (Otaç, s. 73). Yazarlara göre, TCK bakımından oral seksin de cinsel ilişki olarak değerlendirilmesi mümkündür (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 375; Kanbur, Armağan, s. 4163).

⁸⁶⁵ Bu konuda bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 323.

⁸⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 375. Taner ise, oral yoldan ilişkilerin cinsel ilişki olarak sayılamayacağını belirtmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334).

⁸⁶⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3499. Görüldüğü üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 15-18 yaş arasındaki bir erkek çocuğu ile 18 yaşından büyük bir erkeğin rıza ile gerçekleştirecekleri cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır. Erkekler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişki bir tarafın 15 yaşından büyük bir çocuk olması durumunda suç teşkil etmektedir. Cinsel ilişkinin dar yorumlanması halinde, kadınlar arasındaki eşcinsel ilişki ise suç kabul edilmiyor görünmektedir. Başka ülkelerde de gözlemlenmiş bu çelişki AİHM'in önüne gelmiştir. Sutherland v. Birleşik Krallık davası (Sutherland v. United Kingdom, App. No. 25186/ 94, Judgment of 27 March 2001) bu noktada değinilmesi gereken bir karar niteliğindedir. Dava konusu olayda başvuru, ilk eşcinsel ilişkisini 16 yaşında kendisiyle aynı yaştan başka biri ile yaşayan bir erkek olup, o dönemde Birleşik Krallıkta eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 16 yaşın üstünde olduğundan başvuru cezalandırılacağı düşüncesiyle endişe duymuştur. Ancak hiçbir zaman cezalandırılmamıştır. Burada belirtmek gerekir ki, AİHM buna benzer olaylarda başvurunun eşcinsel ilişkiyi yasaklayan yasadın, kendisine birebir uygulaması olmasa bile, doğrudan etkilenebileceğini kabul etmektedir. Kanun uyarınca heteroseksüel ve lezbiyen cinsel ilişkiye rıza yaşı 16 iken, erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı önce 21, sonra 18 olarak belirlenmiştir. Mahkeme bu ayrımın hangi temele dayandığından bağımsız olarak, bireylerin özel hayatının en mahrem boyutunun etkilendiğini belirterek, devletin bu konuda takdir marjının oldukça dar olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda cinsel ilişkiye rıza yaşının heteroseksüel ve homoseksüel ilişkiler bakımından eşitlendiğine vurgu yapmıştır. Bahsi geçen kanun ile 18 yaşından küçük erkek çocukların eşcinsel ilişkiye karşı korunması amaçlanırken, cezai yaptırımların eşcinsel ilişkiye girmeleri halinde yine 18 yaşından küçük çocuklara uygulanacak olması orantılı bir tedbir olarak kabul edilemez. Heteroseksüel ve lezbiyenlere kıyasla erkek eşcinseller için daha yüksek bir rıza yaşı belirlenmesinin nesnel ve makul bir gerekçesini tespit edemediğinden Mahkeme, başvurunun AİHS m. 8 ("Madde 8- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımına, bir kamu makamı tarafından ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı/(esenliği) yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak getirilen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlar dışında/(hariç), hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.") ile güvence altına alınmış özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanması bakımından AİHS m. 14 ("Madde 14- Ayrımcılık Yasağı Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılamaksızın, güvence altına alınacaktır.") ile getirilen ayrımcılık yasağına aykırı tasarrufla bulunulduğunu bulgulamıştır (Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. I, 2012, s. 68; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında bu konudaki ayrıntılı düzenlemeler ve ilgili kararlar için bkz. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Mart 2011, ss. 158-166, 206-213).

Aksakal, bahsi geçen kararın Türkiye'de TCK m. 104 ile yapılan ayrıma ışık tutabilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir. Zira bu madde ile bir anlamda heteroseksüel ve erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 18 olarak belirlenirken, lezbiyen ilişkiye rıza yaşının 15'te kalmakta olduğu vurgulanmakta ve cinsel yönelimler arasında yapılan böyle bir ayrımın nesnel ve makul gerekçelerini ortaya koymanın kolay olmadığı hususu da belirtilmektedir. Bu şekliyle 104. madde, AİHS m. 8'den yararlanılması bakımından ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturma potansiyeli taşımaktadır. AİHM'in kararında da

Yukarıda da belirtildiği üzere, öğretide bir görüş⁸⁶⁸ cinsel ilişkiyi, flörtü aşan her türlü ilişki olarak kabul etmekte ise de, Yargıtay aksi görüşte olup, kararında sevişme niteliğindeki hareketleri (*boynunu ve elini ısırma, mağdurun pantolonunu ve külotunu çıkardığı için vücuduna çıplak olarak sürünme vb.*) de cinsel ilişki olarak kabul etmemekte olduğunu belirtmektedir⁸⁶⁹.

Cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması halinde⁸⁷⁰, bir penisin vücuda girmesi şart olacaktır. Bu durumda taraflardan birinin mutlaka erkek olması gerekecek ve penisin diğer tarafın vücuduna dercedilmesi aranacaktır⁸⁷¹. Bu durumda fail her

cinsel ilişkiye rıza yaşı konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda gözlemlenen konsensüse vurgu yapılmıştır. Mahkeme özel hayatın korunması hakkına müdahale olup olmadığını incelerken Avrupa’da uzlaşmaya konu olmuş rıza yaşını referans almıştır. Aksakal’a göre, Türkiye’de kabul edilen cinsel ilişkiye rıza yaşı Avrupa Konseyi üyesi devletlere göre yüksektir. Üstelik kanun koyucu TCK m. 104’ün gerekçesinde bu farklılığın nesnel ve makul gerekçelerini ortaya koymaya çalışmamıştır. Bu nedenle bu görüşe göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hem 15-18 yaş arasındaki ergenlerin hem de onlarla cinsel ilişkiye girecek yetişkinlerin özel hayatına müdahale potansiyeli taşımaktadır. Ayrıca belirttiğimiz genel görüş ve uygulama uyarınca cinsel ilişki deyimi dar yorumlandığında lezbiyen ilişkiler m. 104’ün kapsamı dışında kalacağından, heteroseksüel ve homoseksüel cinsel ilişkiler bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası gündeme gelebilecektir. Cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren 15-18 yaş arasındaki çocuğun sonradan yapacağı şikayet üzerine failin cezalandırılabilir olması yazara göre bir anlamda cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren çocuğun keyfiyetine bırakılmaktadır. İncelenen son AİHM kararı göstermektedir ki eleştiriye açık olan esasen maddenin bizatihi varlığıdır. Dünyada ve özellikle Avrupa Konseyi üyesi devletlerde kabul edilen rıza yaşları gözetilmeksizin daha yüksek bir rıza yaşı kabul etmenin nesnel ve makul gerekçeleri ortaya konulmalı şayet bu yapılamıyorsa, dünyada ve özellikle Avrupa Konseyi ülkelerde kabul edilen cinsel ilişkiye rıza yaşlarının gerekçeleri incelenerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerekliliği gözden geçirilmelidir. Zira bu düşünceye göre, muhafazakar düsturların çocuğun cinsel gelişiminin ve yararının önüne geçirilmesi demokratik bir toplumda kabul edilebilir değildir. Bu açıdan 104. maddenin kaldırılması fikri Türk hukukunda tartışılmalıdır (Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aksakal, ss. 272-275).

⁸⁶⁸ Soyaslan, Özel Hükümler, ss. 256-257.

⁸⁶⁹ Y. 14. CD., 11.03.2013 T., 2011/9207, 2013/2448 (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 375, dn. 203).

⁸⁷⁰ Bu suç açısından “*cinsel ilişki*”nin anlamının, erkek cinsel organının, vajinaya veya anüse sokulması veya sokturulması olduğu belirtilmektedir (Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 300; Köksal, s. 707; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334). Buna göre, cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan (penetrasyonun gerçekleşmediği) cinsel davranışlar, vücut dokunulmazlığını ihlal etseler de etmeseler de, söz konusu suçu oluşturmazlar. Oral ilişki de Yargıtay tarafından “*cinsel ilişki*” olarak kabul edilmemektedir. (Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 297; Tuğrul, s. 508; Köksal, s. 707; Ataç, s. 132; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 323). Bu nedenlerle, bu görüşe göre, TCK m. 104, iki kadın arasında işlenemeyecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 416).

⁸⁷¹ Madde metninde, cinsel ilişkinin vajinal veya anal yoldan yapılması açısından bir ayrıma gidilmediğine göre, livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeler de cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir (Baytemir, s. 629; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 300). Yargıtay’da aynı yönde karar vermiştir. “...*mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden re’sen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.*” (Y. 5. CD., 23.05.2011 T., 2970/ 4134). Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe’ye göre,

zaman erkek olacak, kadın olması mümkün olmayacaktır. Zira bir kadının⁸⁷² bir başka kişiye penis duhul etmesi fiziken imkansızdır⁸⁷³. Doktrinde yer alan benzer ve fakat

Yargıtay'ın bu kararda livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeleri de cinsel ilişki olarak kabul etmesi yerinde olmakla birlikte karar metninde “gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin” ifadesini kullanması uygun olmamıştır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 375, dn. 204).

⁸⁷² Cengiz, cinsel azınlıkların (*gay, lezbiyen, biseksüel, transseksüel*) karşılaştıkları insan hakları ihlallerinin çok uzun bir geçmişe sahip olduğunu belirtmektedir. Bu durumun ancak son yıllarda uluslararası insan hakları hukukunun ilgi alanına girmiş olduğunu da söylemek gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), gay ve lezbiyenler tarafından açılan davaları bu anlamda karara bağladığını görmekteyiz. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) son derece kısıtlı yapısına rağmen, her davada olduğu gibi, cinsel azınlıkların açtığı davalarda da hukuk yaratmaya devam etmiştir. Cinsel azınlıkların açtığı davalar, Sözleşmenin üç maddesini konu almakta olup, bunlar aile hayatına ve özel hayata müdahaleyi yasaklayan 8. madde, evlenme hakkını düzenleyen 12. madde ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde olarak sayılabilir. AİHM, 1981 tarihli *Dudgeon* kararıyla rızaya dayalı eşcinsel ilişkiyi suç sayan yasal mevzuatı, özel hayata bir müdahale olarak kabul etmiş ve İngiltere'yi mahkum etmiştir. Bu kararla, insan hakları hukuku açısından bir ilke imza atılmış ve ilgili karar uluslararası pek çok yapının benzer kararlarında etkili olmuştur. Ancak Cengiz'e göre, mahkeme takip eden yıllarda açılan davalarda daha muhafazakar bir tutum benimsemiş görünmektedir. Örneğin, Mahkeme, homoseksüellerin topluca cinsel ilişkiye girmesini yasaklayan İngiltere yasalarını (*Johnson, 1987*) ve cinsel ilişkinin kurulabileceği en erken yaş konusunda heteroseksüeller ve homoseksüeller için farklı düzenlemeler getiren Avusturya yasal mevzuatını (*Zukrigl, 1990*) sözleşmeye aykırı bulmamıştır. AİHM yukarıda sözü edilen *Zukrigl* davasındaki yaklaşımını ise 1997 yılında verdiği bir kabul edilebilirlik kararıyla (*Sutherland davası*) yukarıda bahsettiğimiz üzere değiştirip, heteroseksüeller ve homoseksüeller için getirilen farklı yaş sınırlamalarını sözleşmeye aykırı bulmuştur (*Sutherland*). Mahkeme böyle bir düzenlemenin hem özel hayata müdahale ve hem de ayrımcılık oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Yukarıda sözü edilen kararların da gösterdiği üzere, “özel yaşama saygı” prensibi, cinsel azınlıkların başvurularında da önemli bir yer almaktadır. Böyle olmakla birlikte “özel yaşam”ın, cinsel alanda sınırsız bir özgürlük getirmediğini de belirtmek gerekmektedir. Örneğin, İngiliz polisinin gerçekleştirdiği rutin aramalardan birinde ele geçen video kasetler nedeniyle (görüntülerde üç gay'in giriştikleri sadomazoşistik ilişkilerin görüntüleri yer almakta idi) bu kişilerin hapis cezasına çarptırılmasını (*Laskey davası*) haklı bulan AİHM kişiye fiziksel zarar verilmesinin (*mağdurun rızası olsa bile*) özel hayat içinde değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bahsi geçen *Sutherland* kararı, AİHM'in çok az kullandığı ayrımcılık kelimesini kullanmış olması ve madde metninde, ayrımcılık sebeplerinden birisi olarak sayılmamasına rağmen, 14. maddenin “cinsel yönelim” temelinde gerçekleştirilen ayrımcılığı da kapsamına aldığı belirtilmesi bakımından oldukça önemli bir karar niteliğindedir (Orhan Kemal Cengiz, “Cinsel Azınlık Hakları”, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=706, Erişim Tarihi: 13.01.2016; cinsel yönelim ve cinsel ilişki şekilleri konusunda AİHM'in yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ss. 207-213).

⁸⁷³ Aynı görüşe göre, vajinal veya anal yoldan olmayan birleşmeleri (*örneğin ağza değgin surette/ ağız boşluğuna sokmak suretiyle oral yoldan birleşmeyi*) ve/ veya penis kullanılmaksızın vücuda sair cisim sokmayı da (*örneğin kadına anal veya vajinal yoldan, erkeğe ise anal yoldan cop-şişe-yapay penis gibi aletler sokmayı*) cinsel ilişki olarak kabul etmemektedir (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3499-3500). Yazarlara göre, her iki fıkra açısından da bu söylenenler geçerlidir. Öte yandan, TCK m. 102/1 ile m. 102/2 arasındaki ilişkiyi değerlendirirken belirtildiği üzere, Yargıtay uygulamasında, failin kendisine mağdurun organını sokturması hali, suçun basit hali kapsamında ele alınmakta, “vücuda organ veya sair cisim sokmak” şeklinde değerlendirilmemektedir. Buna karşılık, TCK m. 104/2 uygulamasında, reşit failin, çocuk mağdurun organını kendine sokturması halinde de, nitelikli halin oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira Tezcan/Erdem/Önok'a göre, cinsel ilişki karşılıklı bir davranış olup, taraflardan biri için cinsel ilişki teşkil eden fiilin diğeri bakımından teşkil etmemesi kabul edilemeyecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 417).

soruna eleştirel açıdan bakan bir diğer görüşe göre⁸⁷⁴, cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar ve vücuda cinsel organ dışında bir organ yahut cisim sokmak, bu madde çerçevesinde cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyecektir⁸⁷⁵. Başka bir ifadeyle cinsel birleşmeyi andırırsalar da, birleşme dışındaki uygunsuz hareketler ve doğal olmayan/duhul içermeyen cinsel birleşme cinsel ilişki sayılmayacaktır⁸⁷⁶. Bu anlamda yukarıda ifade edilen koşulları sağlamayan şehevi hareketler de cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ 15 yaşını bitirmiş küçüğün rızasıyla cinsel organına bir cisim sokan kimse, bu fiil tipik olmadığından, yani cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyeceğinden cezalandırılmayacaktır. Kanunda bu konuda bir boşluk olduğu açıktır. Yazara göre bu boşluğun doldurulması için kanuni bir düzenleme ile madde metni değiştirilmeli “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğa organ veya sair cisim sokan erişkin kimse...cezalandırılır*” biçiminde bir ibare getirilmeli ve sorun çözülmelidir (Yenidünya, s. 3305). Aynı şekilde olmak üzere Artuk/ Gökçen/ Yenidünya’ya göre de, “*cebiri, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair bir cisim sokan kimse...cezalandırılır*” biçiminde bir düzenleme getirilmelidir. Bu sayede 102, 103 ve 104’üncü maddeler arasında bağlantı da sağlanabilecektir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 323).

⁸⁷⁵ Yenidünya, s. 3305; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 323. Tezcan/Erdem/Önok’a göre, “*Cinsel özgürlüğü korunan hukuksal yarar olarak esas alan TCK’nın, bu özgürlük yalnızca cinsel ilişki yoluyla ihlal edilemeyeceğine göre, suçun oluşmasını niçin “cinsel ilişki” ile sınırlı tuttuğu anlaşılamamaktadır.*” (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 417). Kanbur’a göre ise, mağdurun yaşı ve genel olarak korunan hukuki değer esas alındığında, cinsel ilişki terimi geniş yorumlanarak oral-ağza değgin yolla cinsel ilişki, vajinal veya anal boşluklara sair cisim ya da yapay penis sokulması fiilleri de TCK m. 104 kapsamında kalacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4165, dn. 77). Yargıtay ise yeni tarihli bir kararında cinsel üreme organlarının birleşmesi dışındaki cinsel hareketlerin yaşanmasını “*doğal olmayan cinsel ilişki*” olarak değerlendirmiştir. Buna göre; “*kadın kadına sevişme, anal, oral ve grup seks görüntülerinin 226/4. Maddedeki “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar”a girmektedir, görevsizlik kararı verilerek dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesi yerine devamlı hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” (Y. 5. CD., 2008/14636, 2009/1404). Kararın her ne kadar 226. maddeyle ilgili ise de Yargıtay’ın bu tür fiillere bakışını yansıtmaması bakımından önemli bir karar olduğu belirtilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 375-376, dn. 206). Görüldüğü üzere, Yargıtay TCK m. 104’de bulunan “*cinsel ilişki*” kavramını, “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde kabul etmektedir. Buna göre, söz konusu suçun faili sadece erkek olabilecektir. Çünkü kadınlarda erkeklik organı doğal olarak bulunmamaktadır. Bunun dışında mağdurun ağız boşluğuna cinsel organ sokulması veya mağdurun cinsel organlarına cinsel organ dışında sair bir cisim sokulması Yargıtay tarafından cinsel ilişki olarak değerlendirilmemektedir (Kanbur, Armağan, ss. 4166-4167).

⁸⁷⁶ Cinsel ilişki “*normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak cinsel münasebette bulunmaları*” olarak da tanımlanmaktadır (Polat, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 190).

⁸⁷⁷ Burada bahsedilen kişilerin rızası çerçevesinde temas olmayacak nitelikteki hareketler olup, kişinin rızası olmaksızın ve fakat temas gerçekleşmeksizin kişinin rahatsız edilmesi durumunda ileride de ayrıntılı olarak değinecek olduğumuz cinsel taciz suçunun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Yenidünya, s. 3311; Mustafa Artunç, “Cinsel Taciz Suçu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, S. 11, Temmuz 2007, s. 105; Leyla Gerçek Çakıcı, “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, **AÜHF**, C. 60, S. 1, 2011, ss. 54 vd.; Gülşah Kurt, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu, Cilt I, İstanbul Haziran 2008, ss. 513 vd.; ayrıca bkz. Muzaffer Aydemir, **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, 1. Baskı, 2007, ss. 3-6; Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **CHD**, Y: 4, S. 11, Aralık 2009, s. 122.

Doktrindeki bir diğer görüş ise cinsel ilişki terimini geniş yorumlayan görüş olup, “*çiftlerin karşılıklı olarak cinsel güdü ve arzularını tatmine yönelik hareketleri olabileceği gibi, organları vasıtasıyla tam birleşmeyi de içeren hareketleri*” cinsel ilişki olarak kabul etmektedir⁸⁷⁸. Bu görüşle aynı yönde olmak üzere bir diğer görüş ise⁸⁷⁹ cinsel ilişki kavramını organ ya da sair cisim sokma fiillerini⁸⁸⁰ ve oral seks de içine

⁸⁷⁸ Soyaslan, Özel Hükümler, ss. 256-257. Kanbur, TCK m. 104’de bulunan cinsel ilişki terimini geniş yorumlayarak, “*aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da*” içerecek biçimde tanımlamaktadır. Cinsel ilişkinin, sadece erkek failin kendi erkeklik organını bir oğlan çocuğunun anüsüne ya da bir kız çocuğunun vajian/ anal bölgesine sokması olarak nitelendirilerek dar yorumlanması, maddenin çocuğun yüksek yararına yorumlanmasına engel olacaktır. Bu aynı zamanda çocuğun aşırı kötü cinsel deneyimlerden korunması yönündeki kanun koyucunun amacından da uzaklaşmak anlamına gelecektir. Geleneksel anlayışta kalan bu tür yorumlar, sosyal anlamda gerçekleşen her çeşit cinsel ilişkiyi de karşılayamayacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4170).

⁸⁷⁹ Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 272.

⁸⁸⁰ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 318. Yargıtay’ın yeni tarihli bir kararına göre cinsel ilişki; “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay bu nedenle bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokması eyleminin TCK m. 104 kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş olmaktadır. Karar konu olan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Olayın gerçekleştiği tarihte fail 23 yaşında bir kadın olup, mağdur olduğu iddia edilen kişi ise 17 yaşında (henüz 18 yaşını ikmal etmemiş) bir kız çocuğudur. Sanık ve mağdur çalıştıkları sebze bahçelerinde tanışmışlar ve ilk olarak biber tarlasındaki işçilerin kaldığı binada sevişmişler, takip eden günlerde ise tarlada, mağdurenin evinde, her ikisi de tamamen soyunmuş halde ilişkide bulunmuşlardır. Bu ilişkiler esnasında sanığın, mağdurenin cinsel organına müteaddit defalar parmaklarını sokmak suretiyle ilişkiyi sürdürdüğü anlaşılmıştır. Bahse konu eylemler farklı zaman ve mekanlarda defalarca gerçekleşmiştir. Mağdurenin kanuni temsilcisi, bu fiiller esnasında çocuğunun kızlık zarının bozulduğunu ileri sürmüştür.

Yargıtay; “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine düşme kararı verilmesi...kanuna aykırı görülmüş olduğundan...bozulmasına...*” karar vermiştir (Y. 14. CD., 21.04.2014 T., 2012/ 6729 E., 2014/ 5373 K.).

Kanbur’a göre, Yargıtay’ın, mağdurun vajinal bölgesine failin parmak sokmasına ilişkin cinsel davranışları, TCK m. 104 kapsamında cinsel ilişki saymamasına dair söz konusu kararına katılmak mümkün değildir. Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun vajinal bölgesine parmak (*erkeklik uzvu dışında sair organ*) sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemektedir. Yargıtay görüldüğü üzere bu sonuca cinsel ilişkiyi dar anlamda yorumlayarak ulaşmaktadır. Cinsel ilişkiyi ancak erkeklik organının duhulü suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar olarak değerlendiren bu tür bir yaklaşım cinsel ilişki kavramının “*cinsel birleşme*” biçiminde en dar anlamda kabul edildiğine işaret etmektedir. Yazara göre, Yargıtay’ın bu tür kararları vermeden önce yapması gereken; özellikle doktrinde söz konusu suç tipi ve suçun maddi unsuru ile ilgili tüm görüş ve eleştirileri dikkatlice okumak, gerekirse kararı verirken acele etmeyip bu konudaki tartışmaların olgunlaşmasını beklemek ve nihayet korunun hukuki değer, cinsel ilişki kavramının günümüzde sahip olduğu anlam, cinsel ilişkinin gerçekleşme türleri ve çocuğun yüksek yararının korunması konularını değerlendirerek gerekçeli bir karara ulaşmak olmalıdır. Yazar, Yargıtay’ın bu konuları dikkate almadan özensiz bir şekilde hareket ettiğini, kanun koyucunun amacını dikkate almadığını ve tamamen gerekçesiz bir

alacak şekilde daha da geniş yorumlayan görüştür⁸⁸¹. Yargıtay ise yeni tarihli bir kararında, oral seksi cinsel ilişki olarak açıklayan görüşün aksine⁸⁸², rızaya dayalı da olsa oral ilişkiyi nitelikli cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir⁸⁸³.

Bu suç tipinde yer alan fiillerin rıza dahilinde yapılması nedeniyle, TCK m.102'deki cinsel saldırı suçu ya da TCK m. 103/1 haricindeki çocukların cinsel istismarı suçunun da oluşması söz konusu olmayacaktır. Cinsel ilişki kavramını dar yorumlarsak⁸⁸⁴, yasa koyucunun 15 yaşını doldurmuş kişilere, cinsel organların

karar verdiğini belirtmektedir. Bu örnekte görüldüğü gibi muğlak ifadelerle gerekçesiz ve özensiz üretilen kararların uygulamada ciddi sorunlar doğuracağını muhakkak olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır (Karar ve söz konusu görüş için bkz. Kanbur, Armağan, ss. 4168-4169).

⁸⁸¹ Soyaslan, Özel Hükümler, ss. 256-257; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 48, Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 271-274; Kanbur, CHD, s. 116; Kanbur, Armağan, ss. 4165-4166. Oral yoldan cinsel birleşmenin cinsel ilişki oluşturmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 300.

⁸⁸² Doktrinde, cinsel ilişki kavramını en geniş anlamda yorumlayan Ünver, cinsel ilişki kavramının genel bir ifade olarak hem basit hem de nitelikli cinsel saldırı kapsamında kalan hareketleri kapsadığını vurgulamaktadır. Bu durum yazar tarafından, TCK m. 103 ile 104 arasında terim birliğinin sağlanmamış olmasına bağlanmaktadır. Bununla birlikte yazar, TCK m. 104'deki cinsel ilişki kavramından, m. 103/1-a'nın mefhumu muhalifinden kanun koyucunun 15 yaşını tamamlayan çocuğa basit cinsel saldırı niteliğindeki eylemlerine rıza göstermek açısından yetki tanıdığını, bu sebeple sadece nitelikli cinsel saldırı biçimindeki hareketlerin cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre cinsel ilişki, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun cinsel anlam içeren bölgelerine, organ (cinsel ya da bir başka organ) ya da sair cisim sokma olarak anlaşılmalıdır (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 47-48).

⁸⁸³ Karara konu olan olay şöyledir: Fail 60 yaşında bir erkek olup, mağdur olduğu iddia edilen katılan ise 15 yaşını ikmal (16 yaşında) etmiş bir erkektir. Olay günü gar sahası elektrik trafosu yanında kuytu bir yerde görgü tanığı güvenlik görevlisinin anlatımıyla fail oturmakta iken fermuarını açmak suretiyle mağdura cinsel organını okşatmıştır. Daha sonra fail ayakta durur şekilde mağdurun eğilerek, failin cinsel organını ağzına alması ve ardından güvenlik görevlisinin kendilerini görmesi üzerine olay yerinden uzaklaşmaya çalışırlarken diğer güvenlik görevlilerince yakalanmışlardır. Yargıtay'a göre; "Sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nin 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanlıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiştir." (Y. 14. CD., 16.01.2013 T., 2011/7214, 2013/240). Yargıtay'ın, mağdurun ağız boşluğuna failin cinsel organını sokmasına dair cinsel davranışları, TCK m. 104 anlamında cinsel ilişki saymamasına yönelik bu kararına katılmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun ağzına cinsel organ sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemiş, buna yönelik de failin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki olmadığı gerekçesini ileri sürmüştür. Ancak Yargıtay kanunun hangi fiilleri cinsel ilişki olarak kabul ettiğine yönelik bir açıklama veya değerlendirme ise yapmamıştır. Muğlak ifadelerle gerekçesiz üretilen kararların uygulamada ciddi sorunlar doğuracağını belirtmek gerekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 376, dn. 208; aynı yönde bkz. Kanbur, Armağan, ss. 4167-4168; Kanbur, CHD, s. 117).

⁸⁸⁴ Cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşe katılmayanlar bu görüşlerine bir başka dayanak olarak da TCK m. 225'de bulunan "Hayasızca Hareketler" başlıklı suç tipini göstermektedirler. Cinsel ilişki terimi bu suç tipinin maddi unsuru olarak da kullanılmıştır. TCK m. 225'deki hayasızca hareketler suç tipi kapsamında bulunan cinsel ilişki terimi doktrinde geniş yorumlanmakta olup, bu bağlamda aynı ya da farklı cinste iki kişinin cinsel uzuvlarıyla birleşmeleri de dahil olmak üzere, birleşme aşamasına varmayan ancak yoğun cinsel anlam içeren fiiller de cinsel ilişki olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre, eylemin m. 225 anlamında değerlendirilmesi için cinsel organların mutlaka birleşme pozisyonuna gelmesi ya da cinsel ilişkinin tamalanması gerekmez. Tarafların öpüşmeleri cinsel ilişki anlamına gelmez ise de, öpüşmeden sonraki aşamalar cinsel ilişki

birbirine girmesi, duhulü, birleşmesi dışındaki her türlü ilişki niteliğindeki cinsel deneyimi (*cinsel organ dışında bir organ ya da sair cisim sokma fiili dahil*) yaşama konusunda özgürlük tanıdığını söylemek gerekir. Bu sonuca varırsak neden sadece cinsel ilişki yaşanmasının suç sayıldığını anlamak olası değildir⁸⁸⁵. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe'ye göre, aslında fiillerin hepsi cinsel içerik itibariyle aynı anlamları taşımaktadır⁸⁸⁶.

şeklinde anlaşılmaktadır. Örneğin “*erkeğin kadının göğüslerini öpmesi, cinsel organın elle uyarılması*” gibi hareketler de cinsel ilişki olarak anlaşılmalıdır (Baytemir, s. 641). TCK m. 225’in gerekçesinde de cinsel ilişki terimi “*cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış*” şeklinde ifade edilmiştir (Madde gerekçesi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 267). Kanbur’a göre, her ne kadar TCK m. 104 ile m. 225’in koruduğu değerler tam olarak aynı değilse de kullanılan terim olan “*cinsel ilişki*” aynı yönde yorumlanabilecektir. Kanun koyucunun TCK m. 104’de kullandığı “*cinsel ilişki*” terimiyle yalnızca vajinal ya da anal yoldan cinsel birleşmeleri kastettiğini, TCK m. 225’te kullanmış olduğu “*cinsel ilişki*” terimiyle ise cinsel birleşmeyle sınırlı kalmayıp daha geniş kapsamda cinsel davranışları kastettiğini ileri sürmek hukuki dayanaktan yoksun bir değerlendirme olacaktır. Kanun koyucunun böyle bir farklılık ortaya koymaya çalıştığını düşünsek bile, bu halde kanun koyucunun madde metinlerinde aynı terimi (*cinsel ilişki*) kullanma özensizliğine düşmemesi gerektiğini söylemek mümkün olacaktır. Nitekim m. 225’te suçun eylem unsurunun “*hayasızca hareket*” olarak belirlenmesi, cinsel birleşmeyi de kapsayacak biçimde geniş anlamda cinsel davranışlar olarak yorumlanması açısından yeterli olacaktır. Bu durumda da, TCK m. 104’ün yalnızca cinsel birleşmeleri kapsadığı yönünde yorum yapmak mümkün olurdu. Ancak madde metinlerinde böyle bir farklılaşma söz konusu olmadığından, TCK m. 104’ün de yalnızca cinsel birleşmeler şeklinde değil, daha geniş şekilde yorumlanarak oral ilişkiyi ve/veya vücuda cinsel uzuv dışında sair bir organ ya da cisim sokmayı da kapsar nitelikte anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir (Kanbur, Armağan, ss. 4171-4172).

⁸⁸⁵ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 376; Toroslu, Özel Kısım, ss. 70-71; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 417. Bu maddedeki cinsel ilişki terimi, cinsel birleşme ile vücuda organ ya da sair cisim sokma biçimindeki tüm davranışları kapsayıcı surette yorumlanmalı ve m. 104 hükmü bu biçimde uygulanmalıdır. Bu yorum tarzı çocuğun da cinsel açıdan yoğun anlamlar içeren bu tarz fiillerden korunması hedefine daha uygun olacaktır. Nitekim çocuğun cinsel organına parmak, yapay erkeklik organı veya sair cisim sokulması veya çocuğun ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması da yoğun bir şekilde cinsel anlam içeren fiillerdir. Bu tür fiillerin mağdur çocuk üzerinde yaratacağı travma, aynı çocuğun sevdiği, duygusal yoğun bağlar hissettiği erkek arkadaşı ile yaşayacağı cinsel birleşmeden çok daha ağır nitelikte olacaktır. Yazara göre, ikinci verilen örnekte çocuk henüz yaşı açısından yeterli olgunluğa erişmeden doğal bir cinsel deneyim yaşamaktadır. Ancak ilk verilen örnekte çocuğun cinsel organına parmak, sair organ ya da sair cisim sokulması çocuk açısından daha yoğun bir travma oluşturacak bir husustur. Çocuk burada bir araç gibi yalnızca kullanılmış, hatta insani bir özelliği olmadan duyguları, hazzı dikkate alınmadan suiistimal edilmiş bir objedir. Çocuğun korunması amacı çerçevesinde yalnızca erkeklik organı duhulü niteliğindeki cinsel birleşmeler değil, çocuğun cinsel organlarına (*vajinal ya da anal yoldan*) cinsel organ, sair organ veya sair cisim sokulması veya ağız boşluğuna failin cinsel organının sokulması niteliğinde fiiller de cinsel ilişki şeklinde değerlendirilmelidir (Kanbur, Armağan, ss. 4170-4171).

⁸⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 376. 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit, hile bulunmaksızın anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 44; aksi yönde bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334); ya da ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, 16-18 yaş arasında bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile bulunmaksızın anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması yahut ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, TCK m. 104’de düzenlenmiş olan “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunu oluşturacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4172). Suçun eylem unsurunu oluşturan “*cinsel ilişki*”nin gerçekleşmesinde, ilişkinin taraflarının birinin veya

Cinsel ilişki kavramına sırf doğal yollardan yaşanan ilişki yorumu getirmek kanun koyucunun 15-18 yaş ararsındaki kişinin korunması yönündeki amacına uymayacaktır. Burada erkeklik organının sırf fiziki sebeplerle taraflarda bulunmaması sebebiyle içerik itibarıyla aynı anlam ifade eden (*hatta bazen duhulün yapay penis ya da sair cisim ile olması halinde daha da ağır sonuçlar ortaya çıkabilir*) fillerin birinin TCK m. 104'deki suç kapsamında değerlendirilmesi, diğerinin ise m. 104 kapsamı dışında kalması gibi neticeler ortaya çıkabilecektir. Bu görüşe göre, söz konusu düşünce kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki kişileri koruma yönündeki hedefine aykırı olacaktır⁸⁸⁷. Bu görüşe göre, kanun metnindeki cinsel ilişki kavramının, cinsel davranışlar ya da hareketler olarak değiştirilmesi belirtmiş olduğumuz küçükleri koruma hedefine daha uygun bir ifade olacaktır⁸⁸⁸. Cinsel ilişki kavramı sadece cinsel uzuv duhulü olarak yorumlanırsa şu örnekler bakımından çocuğun korunması mümkün olmayacaktır: Örneğin 40 yaşındaki kadının 16 yaşındaki kız çocuğuna vajinal ya da anal yolla yapay penis, şişe, parmak⁸⁸⁹, el, dil sokması ya da oral ilişki

hepsinin cinsel doyuma ulaşmış olması, cinsel duygularının tatmin edilmesi ya da fiziki bir boşalma gerçekleşmiş olmasına gerek olmaksızın suç gerçekleşmiş olacaktır (Kanbur, CHD, s. 118).

⁸⁸⁷ Kanbur, Armağan, s. 4159; Kanbur, CHD, s. 112; aynı yönde bkz. Polat, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, ss. 190-191. Soyaslan, cinsel ilişki kavramını belirtilen filleri de kapsar nitelikte yorumlamaktadır. Bu maddede düzenlenen cinsel ilişki kavramını, flört aşamasını aşan her türlü ilişki olarak kabul etmektedir. Yazar flört derecesini aşmayan rızaya dayalı fillerin ise TCK m. 103/1-b hükmünün meşruluk izni çerçevesinde suç oluşturmayacağını vurgulamaktadır (Soyaslan, Özel Hükümler, s. 256).

⁸⁸⁸ Kanbur, CHD, ss. 42-45; Kanbur, Armağan, ss. 4159-4160; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 371.

⁸⁸⁹ Alman hukukunda da, cinsel bölgelere parmak veya sair organ sokulması filleri, cinsel organ sokma benzeri filleri olarak aynı kapsamda değerlendirilmektedir (Koç, ss. 248-249).

Alman Ceza Kanunu 176a/2-1 uyarınca, 18 yaşından büyük olan her kim bir çocukla cinsel ilişkide bulunursa veya bir çocukla “*cinsel ilişkiye benzer eylemlerde*” bulunursa veya bunları çocuk tarafından kendisi üzerinde yaptırırsa, cezalandırılır. Bu hüküm mağdurun önemli ölçüde mahrem alanını ve cinsel davranış biçimini tayin etme hakkını ihlal eden cinsel eylemlerle ilgilidir (BT-Drs. 13/7324, s. 6; BGH, NStZ-RR 2010, s. 278; bkz. Laubenthal, 2012, s. 201). Cinsel ilişkide bulunma bu suça dahildir. Bu tür bir suç, eğer erkeğin cinsel organı mağdurun vajinasına sokulmuşsa gerçekleşmiş olacaktır. Suçun oluşması için vajinaya kısmen girilmiş olması yeterlidir. Ancak penisin sadece vajinanın giriş bölümüyle temas etmesi durumunda, cinsel ilişki suçunun şartları yerine getirilmiş olmaz, aynısı Ceza Kanunu’nun 177/2-1 ve Ceza Kanunu’nun 179/5-1 maddesi için de geçerlidir (Laubenthal, 2012, s. 201). Ceza Kanunu’nun 176a maddesinin 2. fıkrası uyarınca da, suç sadece heteroseksüel cinsel ilişki ile sınırlanmaz. Kanun koyucu, bedenine girme ile bağlantılı olan cinsel ilişkiye benzer eylemlerde bulunmayı veya bunlara katlanmayı, özel bir şekilde mağdurun bedenine girmeyi, cinsel ilişki ile eşit kılmıştır. Bu özellikle “*oral*” (BGH St. 45, s. 131; BGH, NStZ-RR 2009, s. 308) ve “*anal*” (BGH, NStZ 2000, s. 27) cinsel ilişkiyi ve “*heteroseksüel ve homoseksüel*” cinsel ilişkiyi kapsamaktadır (Laubenthal, 2012, s. 201). Suçlunun mağdur üzerinde gerçekleştirdiği veya mağdur tarafından kendisi üzerinde gerçekleştirdiği, bedenine girme ile bağlantılı olan cinsel ilişkiye benzer eylemlerdeki suç alternatifi sadece oral ve anal cinsel ilişkiyi kapsamaz. “*Penetrasyonun gerçekleşmiş olması*” en belirleyici bağlantı noktasıdır (BGH, NStZ 2000, s. 27; BGHSt. 53, s. 119; Laubenthal, 2012, s. 202). Ceza Kanunu’nun 176a/2-1 ve 2.

yaşamaları durumu⁸⁹⁰. Bir diğer örnek ise, 50 yaşındaki bir kadının ya da bir erkeğin 16 yaşındaki bir oğlan çocuğuna anal yoldan el, parmak gibi uzuvların ya da şişe,

maddesi, bu nedenle erkek cinsel organın haricinde, “*vücudun diğer bölümleriyle de bedene girilmesini*” -örneğin parmaklarla- kapsamaktadır (BGH, NJW 2000, s. 672; BGH, NSTZ 2004, s. 441; BGH, NSTZ 2005, s. 153; BGH, NSTZ-RR 2007, s. 196; BGH, NJW 2011, s. 3111; bkz. Laubenthal, 2012, s. 202). Buradaki cinsel içerikli aktivitenin, yasa tarafından koruma altında olan “*çocuğun sorunsuz cinsel gelişimini, cinsel ilişkide bulunma suçuyla eşdeğer bir şekilde ihlal etmesi gerekir.*” (BGH, NJW 2011, s. 3111; Laubenthal, 2012, s. 202).

Örneğin, T isimli şahıs, yüzmek için D adlı sahilde bulunmaktaydı. O zamanlar 12 yaşında olan A isimli kız çocuğunun peşinden yüzmüştü ve ona yetiştiğinde ayaklarından tuttu. Kız tekme atarak kendisini kurtarmaya çalıştı, çünkü yüzerek kendisini suyun üzerinde tutamıyordu. Sonuç olarak başıyla suyun altına girdi, su yuttu ve boğulacağını sandı. Bu esnada T isimli şahıs kızın mayoyla örtülmüş olan cinsel organını elledi ve bir parmağını mayonun içinden kızın vajinasına itirdi, kızın ağrı çekmesine sebep oldu. Kız sonunda kendisini tekme atarak kurtarmayı başardı ve yüzerek sahile ulaştı. Bu olayda Federal Yargıtay (BGH, NJW 2000, s. 672), hukuki açıdan doğru bir şekilde, Eyalet mahkemesinin vermiş olduğu kararın aksine, T isimli şahsın eylemini ceza kanununun 176a/2-1 maddesi uyarınca çocuklara yönelik cinsel istismarın ağır haliyle işlenmiş bir suç olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu evvela anal ve oral cinsel ilişkiyi düşünmüş olsa da, cinsel ilişkiye benzer suçları sadece bu tür cinsel ilişkilerle de sınırlandırmamıştır. Burada, bedenin içine cisimler sokmak da suç kapsamına girer denilmiştir. Bunun haricinde, Eyalet Mahkemesi Ceza Kanunu’nun 177. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi hükmünün aksine, Ceza Kanunu’nun 176a/2-1 hükümlerinin bedenin içine girmeyle bağlantılı olan cinsel eylemlerin mağduru oldukça küçük düşürmesini şart koşmadıklarını fark etmemiştir. Yasa, daha çok “*vücudun içine girme*” unsurunu temel almıştır. Bu tür cinsel eylemlerin cinsel ilişkiye benzerliğinde mağdur üzerinde işlendiği –buradaki örnekte olduğu gibi- veya suçlunun üzerinde işlendiği ve cinsel organın dahil edildiği durumlarda yasa uyarınca şüphe yoktur. Bu nedenle söz konusu örnekte suçlunun suçu işlediği anda parmağını kızın vajinasına sokmak için mayosunu kenara çekip çekmediği ve bunun tespit edilememesi önemli değildir, Eyalet Mahkemesi bu yüzden sanığın kızın mayosunu da vajinaya ittiğini varsaymıştır. Bu durum “*bedene girme hususunu*” değiştirmemiştir (Laubenthal, 2012, s. 202).

Cinsel ilişkiye benzer bir eylem, cinsel içerikli aktiviteye suçlu veya mağdurun cinsel organı dahil edildiğinde mutlak bir şekilde gerçekleştirilmiş olur. Bu nedenle Ceza Kanunu m. 176/2-1 uyarınca mağdurun ağzına boşalmayı da suç kapsamına dahil etmektedir (BGHSt. 53, s. 118; bkz. Laubenthal, 2012, s. 202). Bu durum sıvı maddenin vücuda girmesi ile bağlantılıdır. Yasa, “*vücut parçalarının suç aracı olarak kullanılmasına yönelik bir sınırlandırma getirmemiştir.*” Cisimlerin vücut boşluklarına sokulması da suç teşkil edebilir (BGH, NJW 2000, s. 672; BGH, NSTZ 2005, s. 153; BGH, NJW 2011, s. 311; bkz. Laubenthal, 2012, s. 203). Ancak burada cinsel ilişkiye benzer bir eylemin mevcut olması gerekir, yani ilgili bir ehemmiyet söz konusu olmalıdır. Ceza Kanunu’nun 176a/2-1 ve 2 maddesi alternatif olarak cinsel içerikli eylem amaçlı cisimlerin vajinanın haricinde vücudun başka boşluklarına sokulmasını da suç kapsamına almıştır, bu hükme göre suçun oluşması için cinsel organın da dahil edilmesi şart koşulamaz. Ceza Kanunu’nun 177. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin aksine Ceza Kanunu’nun 176a/2-1 hükmünde mağdurun oldukça küçük düşürülmesi şartı aranmaz. Bu nedenle yetişkin bir kişinin henüz 14 yaşına girmemiş bir kişiyle örneğin “*Fransız usulü öpüşmesi*”, ki bu durum Ceza Kanunu’nun 184g/1 maddesi uyarınca ehemmiyet sınırının aşılması anlamına gelir, suç teşkil edebilir (Ancak burada Ceza Kanunu’nun 176a/4-2 uyarınca suçun hafif hali kabul edilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Laubenthal, 2012, ss. 203-205).

⁸⁹⁰ Cinsel ilişki kavramına verilen anlamın penis duhulüyle sınırlanması 765 sayılı TCK döneminde m. 423 açısından da sonuç doğurmakta idi. Kızlık bozma suçunu düzenleyen bu hükmün parmakla yahut başka şekilde 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun kızlığının evlenme vaadiyle bozulması halinde uygulanması mümkün olmamaktaydı (Sedat Bakıcı, “Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **ABD**, S. 5-6, 1985, s. 711). Bu bakışa göre, mağdur çocuğun cinsel organına failin cinsel organı dışında bir organın ya da başka bir cismin sokulması cinsel ilişki biçiminde değerlendirilmemektedir. Ancak bu yorumun, yazara göre 5237 sayılı TCK’nın cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçlar sistematigi ve TCK m. 104 hükmü unsurları karşısında artık geçerliliği kalmamıştır. Çünkü cinsel ilişki kavramını cinsel organ veya başka bir

yapay penis gibi sair cisimleri duhul ettirmesi şeklinde verilebilir. Her iki örnek bakımından da, 16 yaşındaki çocuğa çok ağır cinsel müdahaleler olmakta ama sırf fiziki olarak doğal penis duhul ettirilmediği için cinsel ilişki kapsamı dışında tutulmaktadır ki, bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuçtur⁸⁹¹.

Bütün bunlardan yola çıkan görüşe göre, 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmadan anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması⁸⁹², 16-18 yaş arasında olan bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmadan anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması, TCK m. 104’de yer alan “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunu meydana getirecektir⁸⁹³.

Konuya ilişkin olarak, cinsel ilişkinin geniş anlaşılması gerektiğini belirtmiştik. Bu kapsamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için mutlaka organların duhulü gerekmez. Yukarıdaki örneklerde belirtilen haller de pekala cinsel ilişki sayılır ve TCK m. 104 kapsamındadır.

E. Suça Etki Eden Haller

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK m. 104’ün ilk halinde yer alan ikinci fıkrasında; “*suçun failinin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde, faile verilecek cezanın iki katına kadar artırılacağı*” öngörülmektedir. Ancak bu hüküm daha önce de belirttiğimiz üzere, Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.2005 tarih ve 2005/103, 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmiştir⁸⁹⁴. 5237 sayılı TCK ilk kabul edildiğinde madde metninin ilk halinde öngörülen ve Anayasa Mahkemesi’nin belirtilen kararı ile iptal edilen bu nitelikli hal dışında başka bir nitelikli hali de yoktu.

organ yahut sair cisim sokmaktan ayrı düşünmek bu suçla korunan hukuki değer açısından olası değildir (Kanbur, Armağan, s. 4160, dn. 59).

⁸⁹¹ Yazara göre, bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuç olmakla birlikte aynı zamanda çocuğun hukuki güvenliğine ve kanunlarca maddi bütünlüğünün korunması esasına da aykırı olacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4171).

⁸⁹² Ünver, Cinsel Suçlar, s. 44; aksi için de bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334.

⁸⁹³ Kanbur, Armağan, s. 4160; Kanbur, CHD, ss. 112-113.

⁸⁹⁴ Kanun koyucunun hangi nedenlerle böyle bir hükme yer verdiği anlaşılamamakta ve bu durum da haklı olarak eleştirilmekteydi (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 412-413; Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 49, 51; Hafızogulları, s. 367).

2. Evlenme Yasağından Kaynaklanan Nitelikli Hal

6545 sayılı kanun m. 60 ile 104. maddeye iki ayrı fıkra eklenerek suç u etkileyen iki yeni hal getirilmiştir: **-Bunlardan ilki**, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinin ayrı bir özgü faillik olarak düzenlenmesidir. Yeni getirilen bu hükme göre; *“Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur⁸⁹⁵.”*

Görüldüğü üzere bu yeni düzenleme bakımından yasa koyucu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birinci fıkrasında yer alan durumda *“iki yıldan beş yıla kadar (6545 sayılı yasa ile değiştirilmezden önce ceza miktarı altı aydan iki yıla kadardı)”* hapis cezası öngörürken, maddeye ikinci fıkra olarak eklenen yukarıda gösterilmiş olan düzenleme kapsamındaki fiiller bakımından *“on yıldan on beş yıla kadar”* hapis cezası getirmiştir. O halde failin, ikinci fıkra hükmünde belirtilmiş olan ve mağdur çocukla aralarında *“evlenme yasağı”* bulunan bir kimse olması hali cezayı ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Evlenme yasağının kapsamı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir⁸⁹⁶. Buna göre, TMK m. 129 hükmüne göre, *aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:*

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.

⁸⁹⁵ Alman Ceza Kanunu § 173’te “akrabalarla cinsel ilişki” suçu başlığı altında müstakil bir suç olarak ensesti düzenlemiştir. TCK’da evlenme yasağı ile ifade edilen hal, Alman Ceza Kanunu’nda altsoy, üstsoy ve kardeşlik ilişkisinden yola çıkılarak tanımlanmıştır. TCK m. 104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından akrabalığı nitelikli hal olarak kabul etmekle birlikte, Alman Ceza Kanunu’nda onsekiz yaşından küçüklerin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. İki kanun arasındaki son fark ise ensest fiillerinin düzenleniş yerlerindedir. TCK, ensest fiillerini cinsel suçlar içinde düzenlerken; Alman Ceza Kanunu, evlilik ve aile aleyhine suçlar içinde düzenlemiştir.

⁸⁹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 377; Kanbur, Armağan, ss. 4173-4174.

Burada açıklanması gereken bir diğer husus da, değişiklik sonucu ensest⁸⁹⁷ fiillerinin TCK bakımından suç kapsamına alınıp alınmadığıdır⁸⁹⁸. Her ne kadar maddeye getirilen ikinci fıkrada mağdur çocuk ile aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri suçun nitelikli hali olarak kabul edilse de kanaatimizce bu düzenleme tam olarak ensest fiillerine karşılık olarak gelmemektedir. Ensestin, dar anlamda altsoy üstsoy arasındaki cinsel ilişkileri kapsadığı gibi⁸⁹⁹ geniş anlamda yakın

⁸⁹⁷ Aile içi cinsel istismarın kız çocuklarda ortalama 5.5 yaşında, erkek çocuklarda ortalama 6.3 yaşlarında ve %80 olguda 12 yaşından evvel başladığı ifade edilmektedir. Yapılan çalışmaların bu istismarı uygulayanların sıklıkla öz baba olduğunu göstermekte olduğu söylenebilmektedir. İstanbul mahkemelerine yansıyan olgularla ilgili bir çalışmada ensest suçu işleyenlerin %22’sinin öz baba olarak belirlenmiş olduğunu belirtmek gerekmektedir. Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı tarafından 1998-2014 yılları arasında medikolegal değerlendirmesi yapılan 71 aile içi cinsel istismar olgusunun 66’sı (%93) kız, 5’i (%7) erkek ve söz konusu olguların %28’inde istismarcının öz baba olduğu belirlenmiştir (Ergönen/Özkara, s. 222).

⁸⁹⁸ Ensest kavramı ve bu kapsama giren fiiller hakkında ayrıntılı tanım ve bilgi için bkz. Polat, Tanımlar, ss. 159-188. Ensest, en geniş tanımla bir toplumun yerleşmiş törelerine göre evlenmeleri yasak olan hısımların, aralarında cinsel ilişki kurması; bir aile ünitesi içinde karı koca dışındaki bireylerin ya da yakın kan akrabalığı olanların arasındaki bilinçli cinsel uyarılmayı içeren yakın fiziksel ilişkidir. Ensest düzenlemesi açısından öncelikle rızaya dayalı ve rızaya dayanmayan olarak ayırım yapılmalıdır. Ceza hukukunun ele aldığı ensest, aralarında evlenme yasağı bulunan yetişkinler arasında yaşanan rızaya dayalı cinsel davranışlardır. Bu anlamda ceza hukuku rızaya dayalı ensesti ele almaktadır. Bu nedenle tartıştığımız konu rızaya dayalı ensesttir. Nitekim rızaya dayanmayan ensest; aile içinde yaşanan cinsel ilişkiler, cinsel istismar veya cinsel saldırı suçuna vücut vermektedir. Rızaya dayanan cinsel davranışlar ise aramızda çokça tartışmalara yol açmış ve muhtelif sebeplerle düzenlenmeye uygun bulunmamıştır. Şöyle ki: Öncelikle korunan hukuki değer tartışmalıdır. Ensest ile ilgili düzenleme yapılan ülkelere baktığımızda korunan menfaatin farklılığı göze çarpmaktadır. Geçmişten bu yana menfaatler arasında; aile birliği ve düzeni, genel ahlak, ırkın sağlığı, insanlık özsaygısı, cinsel ahlak veya çocukların korunması amacı olduğu ileri sürülmüş ancak korunan menfaatler zaman içinde değişmiştir. Günümüze göre değerlendirildiğinde ensestin ırkın sağlığı ile açıklanması uygun değildir. Hukuki konunun ailenin düzeni ve birliğinin korunması olduğu savunulup aileye karşı suçlarda düzenlendiğinde her iki tarafın da rızası kapsamında cinsel ilişki yaşandığından burada mağdur kim olduğu saptanamamaktadır. Aynı zamanda şikâyet hakkının kime ait olacağı da muammadır. Re’sen kovuşturulduğu takdirde özel alanı herkesin müdahalesine açık hale getireceği ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceği hususu da göz ardı edilemez. Rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak ele aldığımızda da fiil suç teşkil etmeyecektir. Korunan menfaat genel ahlak kapsamında ele alındığında ise kişilerin rızasıyla gerçekleştirdiği fiilin toplum tarafından ayıplandığı gerekçesiyle ceza kanununa konulması ahlakçılığa vücut verecektir. Ensestin ceza kanununda olması her ne kadar toplumu bilinçlendirmek adına düşünülebilirse de açıklanan hukuki nedenlerle ensest, ceza kanununda düzenlenmemeli ve bu konunun çözümü kültüre bırakılmalıdır (Bu konuda bkz. Atacan Köksal, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Yapılan Değişiklikler Bağlamında “Ensest”in Cezalandırılabilirliği”, **Güncel Hukuk**, Kasım 2014, S. 11, ss. 28-31; Ahmet Mumcu, “Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. I, 2010, ss. 261-270; Türkan Sancar Yalçın, Tuğçe Nimet Yaşar, “Ensest “Genel Ahlak” ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı”, **TBB**, S. 80, 2009, ss. 245-297).

⁸⁹⁹ Belirttiğimiz üzere, altsoy-üstsoy ve kardeşler arasındaki cinsel ilişki Alman Ceza Kanununda da cezalandırılmıştır. Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümler kısmının on ikinci bölümü “*kişisel hal, evlilik ve aileye karşı suçlar*” başlığı altında § 173’de “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*”yi düzenlemektedir. Hükme göre; “(1) Her kim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi, bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de, aynı şekilde cezalandırılır. (3) Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmuş olmayan

akrabalar arasındaki cinsel ilişkileri de kapsadığı kabul edilmektedir. Ensest ilişkilerde⁹⁰⁰ yaş unsuru tek başına bir kıstas olmayıp; yakınlık, akrabalık unsuru en önemli kıstas olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle maddeye getirilen ikinci fıkra hükmü, sadece 15 yaşını dolduran çocukların⁹⁰¹ verdikleri rıza üzerine aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri, suçun nitelikli hali olarak ensest kapsamını çok sınırlı bir biçimde düzenlemektedir. Doktrinde bir görüşe göre, 6545

hısımlar ve kardeşler, bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz.” Bahsi geçen madde metninin çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, s. 266.

⁹⁰⁰ 5237 sayılı kanun ensest fiilini dar anlamıyla “cinsel saldırı” (TCK m. 102/3-c) ve “çocukların cinsel istismarı” (TCK m. 103/3) düzenlemelerinde bir cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak ve rızaya ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel davranışlar bağlamında dar anlamı ile ele almıştır (Sancar Yalçın/Yaşar, s. 247). 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 60. maddesi ile yapılan değişiklikle “reşit olmayanla cinsel ilişki” (TCK m. 104/2) suçuna da yine bu şekilde geniş anlamıyla bir ensest düzenlemesinin getirildiği belirtilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 377). Yine 6545 sayılı Kanun’un 61. maddesi ile değiştirilen TCK m. 105/2-a ile cinsel tacizin aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi hali cezayı ağırlaştırıcı bir durum olarak düzenlenmiştir (Aslında bu düzenlemenin özünün 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile o dönemdeki TCK m. 105/2 genişletilerek zaten getirilmiş olduğu hakkında bkz. Şen/Başarır, s. 338). Görüldüğü gibi TCK rızaya dayanan ensesti değil, rızaya dayanmayan (TCK m. 102/3-c; m. 105/2) ve geçerli rızaya dayanmayan (TCK m. 103/3, m. 104/2) ensest fiillerini halihazırda cezalandırmaktadır (Kocaoğlu, s. 262).

⁹⁰¹ Esin Küntay ve Güliz Erginsoy tarafından hazırlanıp, 1. İstanbul Çocuk Kurultayı’nda da sunulan bir rapora göre, İstanbul’da 500 kız çocuğunun seks işçisi olarak çalıştığı ifade edilmiştir. Çocuk seks işçilerinin aile yapısı ve ailedeki diğer diğer seks işçileri gözönüne alındığında, %23,3’ünün anne-baba çekirdek aile olarak yaşarken; %76,7’sinin parçalanmış ailelerden (anne-baba boşanmış ya da boşanmamış oldukları halde ayrı, ölüm sebebiyle yalnız annesi ya da babası olan) geldikleri tespit edilmiştir. İlgili raporda çocukların seks işçisi olarak barlar, masaj salonları, özel evler, otel ve motel gibi konaklama yerlerinde pazarlandıkları; bazılarının ise telekız olarak ve otostop yapmak suretiyle çalıştıkları belirtilmiştir. Çocukların, ailelerinde duygusal, fiziksel ve cinsel yönden istismar edilmiş oldukları da vurgulanmıştır. Çoğunun, İstanbul dışından gelen göçmen ailelerin çocukları olduğu, İstanbul’da tutunmaya çalışan bu ailelerin kalabalık olduğu için, ekonomik sıkıntı yaşamakta oldukları da görülmüştür. Kısıtlı olanaklar, ilgisizlik ve eğitim seviyesinin düşüklüğü kızları sokağa itmekte, madde ve alkol bağımlısı babaların çıkardığı kavgalar da rapora göre bu süreci tetiklemektedir. Bunların tam tersi olarak da, geleneksel değerlere çok sıkı bağlı olunması da bir başka sebep olarak gösterilmiştir. Kızların bazıları, erkek arkadaşlarıyla beraber oldukları için evden kaçtıklarını, bir daha geri dönmediklerini, dönseler de kabul edilmeyeceklerini söylemişlerdir. Uzmanlar, yapılan görüşmelerde kızların ilk cinsel deneyim yaşının 13’te başladığını, 13-16 yaş arasında da bu deneyimi yaşayanların sayısının yüksek olduğunu ifade etmişlerdir: “*Ailelerinin kendilerini savaştıkları, kötü ekonomik koşullar, şiddet ve yakınlararası cinsel ilişki gibi etkenlere maruz kalarak geçirmiş oldukları duyarlı çocukluk dönemi ve parçalanmış aileler, bu kızların cinsel davranışı ile ilgili katı kültürel normların etkisini ortaya çıkarmıştır. Bütün bu nedenlerle, çoğu çocuk psikolojik olarak kendini bir ikilem içinde görüyor. Bunlarda kendine güven duygusunun çok az olduğu gözlenmiştir. Bu nedenle, yeniden özgüvenlerini kazanmaları ve yeni bir kimlik edinmeleri gerekmektedir. Kızlardan 20’si polis tarafından yakalandıktan sonra ailelerinin yanına geri dönmüş, ancak daha sonra bir fırsatını bularak tekrar evden kaçmışlardır. Asıl faktör ekonomik olmaktan öte, ailede çözülme, parçalanma, ilgi yoksunluğudur.*” (Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/boszamanlarindaparkagidiyorlaryaptiklariistenutaniyorlarkendilerinezararveriyorlar3698249>; Erişim Tarihi: 20.08.2016; <http://www.hurriyet.com.tr/sadece-istanbul-da-500-cocuk-fahise-39232853>, Erişim Tarihi: 20.08.2016; Ticari seks işçileri olarak sömürülen yüksek risk altındaki kız çocukları hakkında İstanbul’da yapılmış ilgili ilk sosyolojik araştırmadan elde edilen tüm veriler için bkz. Esin Küntay, Güliz Erginsoy, **İstanbul’da On Sekiz Yaşından Küçük Ticari “Seks İşçisi” Kız Çocuklar**, Kasım 2005, ss. 29 vd.).

sayılı kanun değişikliği ile, ensest ilişki⁹⁰² olarak sayılan fiillerin tümünün suç kapsamına alınmış olmadığını söylemek mümkündür⁹⁰³.

⁹⁰² Ensest ilişkiler dolayısıyla çocukların mağduriyetini önleyebilmek adına onlara küçük yaşlardan itibaren güvenli ilişkiler (güvenli dokunuşlar, güvenli mesafeler, kişilere göre mahremiyet alanları ve “*vücudun mahrem yerleri*”) konusunda farkındalık yaratacak ve onların ensest ya da diğer cinsel nitelikteki eylemlere maruz kalmalarını engelleyebilecek nitelikte eğitimler verilmesinin öneminden bahsedilmektedir. Benzer şekilde; çocukların pornografik yayınlara maruz kalmalarının engellenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ensest vakalarına dair cezai nitelikteki hükümlerin de kamuoyunda bilinir hale getirilerek cezaların caydırıcılığının sağlanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca; psikolojik rahatsızlıkları olması dolayısıyla ensest vakaları bakımından potansiyel risk altında olan mağdur ve failere yönelik etkin rehabilitasyon programlarının geliştirilmesi ve bu kişilerin bu programlara ulaşımının sağlanması gerektiği de vurgulanmaktadır. Ensest vakalarının açığa çıkartılması konusunda çalışmalar yürütülüp bu vakalara dair dataların toplanması ve böylece bu tür vakaların önlenmesi için yol haritası oluşturulup gerekli çalışmaların yürütülebileceği de ifade edilmektedir (Fırat/İltaş/İşık Yılmaz, s. 36).

⁹⁰³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 377. Yazara göre, getirilen düzenleme ensest fiillerinin sadece bir kısmını suç olarak düzenlemiş, ancak mutlak bir ensest/ fücür yasağı getirmemiş bulunmaktadır (Kanbur, Armağan, s. 4175). Ünver’e göre, ensestin suç olması için şimdiye kadar ileri sürülen tek mantıksal gerekçe yeni neslin korunması-soyun devamı gerekçesi olmuştur. Ancak bir tabudan kaynaklanan bu düşünce Alman doktrininde yetersiz ve sorunlu bir gerekçe olarak kabul edilmekte olup, küçüklerin korunması bir tarafa bırakılırsa, bu ilişkinin cezalandırılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu tür fiillerin cezalandırılması durumunda herhangi bir hukuksal değer korunmasına yardım edilmiş olmayacağı vurgulanmaktadır (Ünver, Hukuksal Değer, s. 1034). Yarsuvat’a göre ise, ceza normları ile aileye müdahale edilmesinin getireceği yararlar yanında zararlar da doğuracağı muhakkaktır. Bu nedenle ensest gibi eylemlerin cezalandırılmasını hukuk kurallarından ziyade, etik ve dini kanunlara bırakmak en iyi yol olacaktır (Yarsuvat, s. 164).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, kişi hakkında kız kardeşiyle ensest ilişkiye girmesi nedeniyle verilen mahkumiyet hükmünün Sözleşme’den doğan haklarını ihlal etmediğine ilişkin karar (ECHR 158 (2012) 12.04.2012 tarihli karar) vermiş bulunmaktadır. Mahkeme kaleminde hazırlanan basın açıklamasında; Stübing v. Almanya davasında (43547/ 08 başvuru numaralı dava) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Dairesi’nin oybirliğiyle aldığı karara göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin (özel ve aile yaşamına saygı hakkı) ihlalini oluşturmamakta olduğu ifade edilmiştir. İlgili dava, başvuranın mahkumiyet kararıyla ilgili olup yetişkin iken tanıştığı kız kardeşiyle ensest ilişki yaşaması ve bakıcı aile tarafından evlat edinilmiş olan söz konusu kardeşten 4 çocuğu olan kişiye verilen mahkumiyet kararıyla ilgili bulunmaktadır. Mahkeme, burada Alman yetkililerin bu sorunu çözmek ile alakalı çok geniş bir takdir yetkisi olduğuna ve yetişkin kardeşler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç oluşturup oluşturmadığıyla alakalı Üye Devletler arasında bir fikir birliği olmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla Alman mahkemelerinin, başvuran hakkında karar verirken bütün iddiaları her yönüyle tartmak durumunda kalmış oldukları ayrıca ifade edilmiştir. İlgili karar, yetişkin kardeşler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkiyi yasaklayan Alman Ceza Kanunu uyarınca verilmiş ve bu biçimde ahlakın ve başkalarının hakkının korunması hedeflenmiştir. Hükmün bu şekliyle madde 8’in amacına uygun bir biçimde gözetilmiş bulunmakta olduğu vurgulanmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ceza sorumluluğuna dair karşı ve lehte bütün iddiaları titizlikle incelemiş ve ailenin korunması, kendi geleceğini tayin ve kamu sağlığı dahil bütün amaçları göz önünde bulundurarak ensestin ceza sorumluluğuna konu olması gerektiğine karar vermiş olmaktadır. Mahkeme, kardeşler arasındaki cinsel birlikteliğin aile yapısına ciddi zarar vereceğini ve bunun neticesinde toplumun da zarar göreceğini dikkate almıştır. Sonuç olarak AIHM’de, Stübing kararıyla ilgili olarak Alman mahkemelerinin takdir alanını aşmadığına ve dolayısıyla madde 8’in de ihlal edilmediğine karar vermiştir (Karar hakkında bkz. “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ensestle İlgili Kararı*”, Çev: Alev Dilber, CHD, Yıl: 8, S. 21, Nisan 2013, ss. 215-217). Gerçekten de, daha önce de belirttiğimiz üzere Alman Hukuku’nda akrabalar arasındaki cinsel ilişkinin cezalandırılmakta olduğunu görmekteyiz. Al.CK. §173, “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” (Beischlaf zwischen Verwandten) başlığını taşımaktadır. İlgili madde bakımından cezalandırılan fiillerin, bir kişinin kan hısımlarıyla cinsel ilişkiye girmesi, üstsoy ile cinsel

3. Evlat Edinme Öncesi Bakım Üstlenmeden veya Koruyucu Aile İlişkisinden Kaynaklanan Nitelikli Hal

6545 sayılı Kanun ile getirilmiş olan (m. 60) faile ilişkin diğer bir nitelikli hal, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında “*koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*” olması durumudur. Bu düzenleme açısından da belirtilen ilişkiler çerçevesinde “*koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*” bakımından özgü bir faillik müessesesi getirilmiş bulunmaktadır. Bu halde, fail hakkında ikinci fıkra da belirtilen cezaya hükmolunacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ikinci fıkra da düzenlenen ceza miktarı, “*on yıldan on beş yıla kadar*” hapis cezasıdır. Aslında görüldüğü gibi burada iki ayrı nitelikli hal getirilmiş bulunmaktadır. Getirilen yeni nitelikli halin uygulanmasının ilk türü; çocuk hakkında “*koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*”nin çocuğu evlat edinecek olması ve evlat edinmeden önce bakımını üstlenmiş olması durumudur. Böylece evlat edinen ile evlatlık arasında yaşanan cinsel ilişki TCK m. 104/2’de suç olarak düzenlenirken, resmi ilişkinin kurulmasına takaddüm eden aşamadaki cinsel ilişki de aynı cezaya tabi tutulmuştur⁹⁰⁴. Bahse konu nitelikli hal bir başka durumda da uygulanabilecektir ki, buna göre, çocuk hakkında “*koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*”nin koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuğun koruma, bakım ve gözetimini üstlenmiş kişi olması hali olanaklıdır⁹⁰⁵.

ilişki, kardeşlerin cinsel ilişkiye girmesi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Söz konusu suçun takibi şikayete bağlı değildir. Maddenin son fıkrasında ise, cinsel ilişkiye giren kardeşlerin on sekiz yaşını doldurmamış olmaları durumunda cezalandırılmayacakları düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁹⁰⁴ Fakat TCK m. 104/3’teki söz konusu düzenleme, teknik olarak, m. 104/1’in nitelikli hali biçiminde düzenlenmiştir; zira, ikinci fıkraya yapılan gönderme, normalde m. 104/1’e girecek fiilin daha ağır cezalandırmasına yöneliktir. Ayrıca, bu halde, şikayet şartı da aranmayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 417).

⁹⁰⁵ Maddenin üçüncü fıkrasında getirilmiş olan her iki nitelikli halin de temeli olan evlat edinme ve koruyucu aile ilişkilerinin kapsamının medeni hukuk ve diğer hukuk alanlarının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 378; Kanbur, Armağan, ss. 4175-4176). Koruyucu aile ilişkisinin geçici ya da sürekli olması önemli değildir; önemli olan fiilin işlendiği esnada bu ilişkinin sürüyor olmasıdır. Burada da, ikinci fıkra da öngörülen daha ağır ceza verilecek ve şikayet şartı aranmayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 417). Ayrıca koruyucu aile kavramı için bkz. RG., 14.12.2012/ 28497.

Alman Ceza Kanunu § 174 - § 174a - § 174c hükümlerinde de birebir aynı nitelikte olmasa da kısmen TCK m. 104/3 hükmüne yakın düzenlemeler yer almaktadır. Sözü geçen düzenlemeler ile fail ile mağdur arasındaki belli bir “*bakım, koruma, himaye, yardıma muhtaç olma, muhafaza altında olma, danışma, tedavi veya yönlendirme*” gibi çeşitli ilişki türlerinden kaynaklanan hallerin kötüye kullanılması suretiyle kişilere karşı cinsel davranışlarda/ cinsel istismarda bulunma filleri için

Görüldüğü üzere bu fıkra iki farklı nitelikli hal yer almaktadır. Bunlardan ilki, suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen kişi tarafından işlenmiş olması halidir ki, evlat edinme ilişkisinin resmi olarak kurulmasından sonra TCK m. 104/2’de düzenlenen nitelikli halin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Fakat evlat edineceği çocuğun bakımını üstlenen kişi, resmi olarak bu ilişki kurulmadan, 15-18 yaş aralığında olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girerse 104. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ilgili nitelikli hal uygulanacaktır. TMK m. 305/1, bir küçüğün evlat edinilebilmesini, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartına bağlamış bulunmaktadır. Bu süre, çocuğun koruyucu aile sıfatıyla evlat edinmek isteyen kişilerin yanına verilmesi ile geçirilebileceği gibi, evlat edinmek isteyen kişi tarafından fiilen bir yıl çocuğa bakılmak suretiyle de geçirilebilecektir⁹⁰⁶.

Fıkra düzenlenen ikinci nitelikli hal, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kişi tarafından işlenmiş olması halidir. Koruyucu aile kurumu, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesi ve Koruyucu Aile Yönetmeliği’nde düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükümlere göre, koruyucu aile olarak belirlenmiş bir kişinin, 15-18 yaş aralığında olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi durumunda söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır⁹⁰⁷. Koruyucu aile kavramı hakkında TCK m. 103/3-d altındaki açıklamalarımıza bakılmalıdır.

cezalar öngörülmektedir. Bu hükümlerin kapsamının TCK m. 104/3’e göre çok daha geniş olduğunu görmektediriz. Sözü geçen hüküm metinlerinin çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, ss. 266-271.

⁹⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cem Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, ss. 593-598. İlgili suçun koruyucu aile tarafından işlenmesinin, fıkra yer alan diğer olasılığın kapsamına gireceği ifade edilmektedir. Suçun evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen bir kişi tarafından işlenmesi halinin, çocuğa fiili bir bakım değil, evlat edinme başvurusu sonucu ortaya çıkan resmi bir bakım söz konusu olduğunda uygulanması gerektiği belirtilmektedir. “*Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük*” (RG., 15.03.2009 – 27170) hükümlerine bakacak olursak, resmi kuruma evlat edinme başvurusunda bulunan kişi ile eğer şartları taşıyorsa bir geçici bakım sözleşmesinin imzalanacağını ve Tüzüğün 11. maddesine göre küçüğün en az 1 yıl süreyle bu kişilerin yanına yerleştirileceğini görürüz (Kantarıcı, ss. 198-199, dn. 704). Tüzüğün 11. maddesi hükmü şu şekildedir: “*Geçici bakım sözleşmesinin imzalanmasından sonra, evlat edinilecek küçük, en az bir yıl süreyle bakım ve eğitimi için uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilir.*”

⁹⁰⁷ Kantarıcı, s. 199.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suçun niteliği gereği meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme gibi hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu madde kapsamındaki fiiller açısından ortaya çıkması olası görünmemektedir⁹⁰⁸.

TCK m. 26/2 hükmüne göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” TCK m. 104 hükmü ise; “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı*” suç olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Bu suçta mağdurun/ilgilinin rızasının geçerli olmayacağı görüldüğü üzere açıkça hüküm altına alınmıştır⁹⁰⁹. Kanun koyucu 16-18 yaş arasındaki çocukların cinsel ilişki kurma konusunda mutlak tasarruf etme yetkilerini kabul etmemiş ve cinsel ilişkiye girme konusunda rıza verme yetkilerinin olamayacağını düzenleme altına almıştır⁹¹⁰. Maddede, cinsel ilişkiye girme konusundaki rıza beyanları geçerli kabul edilmemiş, böyle bir rızaya dayansa da onbeş yaşını bitirmiş bir çocukla gerçekleştirilen cinsel ilişki, suç sayılmıştır⁹¹¹.

Sonuç olarak, 16-18 yaş arasındaki çocuğun rızası TCK m. 104 açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir. Yine belirtmek gerekir ki, 16-18 yaş

⁹⁰⁸ Kanbur, Armağan, s. 4176; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 378.

⁹⁰⁹ Kanbur, Armağan, s. 4176; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 374; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 50.

⁹¹⁰ Gündüz/Gültaş, s. 287. Bireyin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hak bulunmuyorsa, rızanın varlığı herhangi bir etki doğurmaz.

⁹¹¹ Üzülmüş, Cinsel Suçlar, s. 6. İlgili suçun tipiklik unsuru, cebir, tehdit ve hile olmaksızın reşit bir kişinin, 15-18 yaş arasında olup da reşit olmayan bir diğer kişiyle rızası üzerine cinsel ilişkiye girmesiyle gerçekleşmiş olacaktır. Tipikliğin gerçekleşmesinin hukuka aykırılığın karinesi olduğu ifade edilmektedir. Bu suçta da mağdurun rızası suçun unsuru olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Şayet mağdurun rızası yoksa fiil 103. maddedeki cinsel istismar suçunun oluşacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla ilgilinin rızası bu suç tipi açısından bir hukuka uygunluk nedenini oluşturmamaktadır (Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 332). “*Katılan mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen 19.04.2010 günlü, 10368 sayılı cinsel muayene raporu nazara alındığında, kayden 16.06.1993 doğumlu olup, suç tarihinde 17 yaşı içerisinde bulunan mağdure ile tanışıp arkadaş olan sanığın, olay günü dışarıda bulunduğu mağdureyle gittiği inşaatta cebir tehdit veya hile kullanmaksızın cinsel ilişkiye girmesinden sonra, onu götürdüğü evinde ihbar üzerine polis memurlarınca yakalandığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurenin aşamalarda vekil huzurunda verdiği ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, bu suçun şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olup, süresinde yapılan şikâyetin suçun oluşumu açısından yeterli olduğu göz önüne alınarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken anılan maddenin yorumunda hata yapıp geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikâyetin hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kanuni olmayan gerekçeyle dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...*” (Y. 14. CD., 28.05.2014 T., 2012/ 9853, 2014/ 7117) (www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 05.06.2016).

arasındaki çocuğun cinsel ilişki açısından rızasızlığı söz konusu ise ya da rızası cebir, tehdit ya da hileyle elde edilmişse bu halde zaten fiil suç tipi itibarıyla değişecek ve TCK m. 103 kapsamında çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır⁹¹².

TCK m. 26/1’de düzenlenen “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk sebebinin, TCK m. 104 kapsamındaki fiiller açısından uygulanabilirliği tartışmalıdır. TCK m. 26/1’e göre; “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Bu hükmün hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için öncelikle “*hukuk düzenince kabul edilmiş olan bir hakkın varlığı*” gerekmekte, ayrıca bu hakkın “*fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilmesi*” aranmaktadır.

Suçun niteliği gereği diğer hukuka uygunluk sebeplerinin de fiiller bakımından ortaya çıkması mümkün gözükmemektedir. Ancak doktrindeki bir görüşe göre, evlilik içi cinsel birliktelikler Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında eşlere (*eşlerden birinin 16 veya 17 yaşında olması halinde*) verilen cinsel ilişki hakkının kullanılması çerçevesinde hukuka uygun sayılacaktır⁹¹³.

Burada esasen medeni hukuk içerisinde aile hukukuna ilişkin hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Evlilik birliği, hak ve yükümlülükler temeline dayalı olan bir hayat ortaklığı olarak tarif edilmektedir⁹¹⁴. Evlilik birliğinin kurulmasıyla beraber, eşler için birtakım hak ve yükümlülükler doğacaktır⁹¹⁵. TMK m. 185/2

⁹¹² Kanbur, Armağan, s. 4177. Mağdurun en geç fiilden önce veya fiil sırasında fiile hukuken geçerli bir rıza göstermesi suçun oluşumu için şarttır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 49).

⁹¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 378; Kanbur, CHD, s. 120.

⁹¹⁴ Ömer Uğur Gençcan, **Aile Hukuku**, Ankara 2011, s. 536.

⁹¹⁵ Ömer Uğur Gençcan, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İhtihatlar**, 2. Cilt (m. 185-494), Ankara 2015, s. 1099; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, Şubat 2015, s. 155; Bilge Öztan, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara 2014, s. 432. Önceki Medeni Kanun aile hukukunda, özellikle eşlerin evlilik birliği içindeki konumlarında kadın erkek eşitliğini tam anlamıyla sağlayamamış olduğundan, eşlerden her birine tanınan haklar ve yüklenen yükümlülükler farklıydı. Evlilik birliğininin yürütülmesinde, örneğin ortak konutun seçiminde ve evlilik birliğinin temsiline koca ön plana çıkarılmıştı. Bu itibarla eşlerin hak ve yükümlülüklerinden bazıları her iki eş için de söz konusu olurken, bazıları sadece kocaya veya sadece karıya tanınmış veya yükletilmişti. Yeni Medeni Kanun ile birlikte, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan yükümlülükler, eşler için ortak yükümlülük halini almışlardır. Diğer yandan, evlilik birliğinden doğan haklar için de aynı şeyler söylenebilir, yani yükümlülükler gibi haklar da her iki eş için ortak hak şeklinde düzenlenmiştir. Önceki Medeni Kanunda olduğu gibi her iki eş birbirinden çok farklı haklar tanınmamış, bu hususta da eşler arasında eşitlik sağlanmıştır (Turgut Akıntürk, Derya Karaman Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, İkinci Cilt-Yenilenmiş 15. Bası, Şubat 2013, s. 109).

Eşlerin hakları ve yükümlülükleri, TMK m. 185-186 hükümleri esas alınarak belirlenecektir. Eşler evlilik birliği süresince eşit haklara sahip, yükümlülüklere tabi olmakla beraber, eşlerden birisi için hak olan husus, diğer eş açısından ise bir yükümlülük oluşturabilecektir (Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, Ankara 2005, s. 151; aynı yönde bkz. Gençcan, Aile Hukuku, s. 536).

hükmü, evli kişilerin, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama konusunda birlikte yükümlü olduklarını vurgulamaktadır⁹¹⁶. Nitekim eşlerin evlilik birliğini mutlu olmak için gerçekleştirdikleri düşünülmektedir. Bahse konu mutluluğun elde edilmesi her iki taraf açısından bir yükümlülük olduğu gibi, eşlerden her birinin diğerinden yerine getirmesini isteyebileceği bir hak biçiminde de ortaya çıkacaktır. Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, evlilik birliğinin tüm alanları açısından kabul edilmekte olup, bu alanlara, duygusal-parasal-ahlaki-cinsel-barınılan alanlar örnek olarak gösterilmektedir⁹¹⁷.

Eşlerin evlilik birliği içerisinde⁹¹⁸ birbirlerinin cinsel alanda da mutluluğunu sağlama yükümlülüklerinin olduğu ve bu yükümlülüğün bahse konu mutluluğu talep eden eş açısından da bir hak olarak karşımıza çıkmakta olduğu vurgulanmaktadır⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 157; Öztan, Temel Kavramlar, ss. 432-433.

⁹¹⁷ Gençcan, Aile Hukuku, ss. 549-550; Gençcan, s. 1100.

⁹¹⁸ Bir diğer önemli husus da, aralarında resmi nikah olmaksızın, geleneklere göre yapılan düğün töreni sonucu 18 yaşından küçük biri ile “evlenen” ve onu “eşi sayarak” ilişkiye giren kişi bakımından durumun nasıl değerlendirileceği hususudur. Söz konusu düğün töreni sonucu, taraflardan birisi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan evli çiftin karı koca oldukları düşüncesiyle cinsel ilişkiye girmeleri durumunda, acaba burada eşi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin TCK m. 104 bakımından kastı bulunmakta mıdır? Burada 18 yaşını doldurmuş olan failin, 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin yaşı, rızası ve yaşayacaklarının cinsel ilişki olduğu konusunu bilmesi ve bunu bilerek cinsel ilişkiyi gerçekleştirmek istemesi yeterli olacaktır. Bu durumda kast unsuru oluşmuş olacaktır. Evlenme niyeti veya geleneklere uygun düğün ritüeli sonucu gerçekleştirilen cinsel ilişkide, suç işleme kastının bulunmadığını kabul etmek bu düşünceye göre olası değildir (Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3500-3501; Kanbur, Armağan, s. 4181; Kanbur, CHD, s. 121).

Daha önce medeni nikaha dayanarak evlenen kişinin reşit olduğuna ve reşit olan kişinin de bu suçun mağduru olamayacağına dair görüşler olduğunu belirtmiştik. Burada ise geçerli bir evlilik söz konusu olmadığından, ilişkiye gösterilen rızanın herhangi bir geçerliliği olmayacaktır. Cinsel ilişkiden sonra bu kez de TMK’ya göre geçerli bir resmi nikahla evlenmiş olmalarının dahi durumu değiştirmeyeceği belirtilmektedir. Bununla beraber “evli olduğunu” düşünerek “eşi bildiği” kişi ile ilişkiye giren kişinin bir “haksızlık” işlediği düşünülebilecek midir diye sorulacak olursa, böyle bir halde failin bir haksızlık yanılığı içerisinde olduğunun düşünülebileceği vurgulanmaktadır. Ancak bunun kusurluluğu kaldırması “kaçınılmaz olması” şartına bağlıdır. Bunun için ölçü de, yanılığa düşmemek için failin gösterdiği çaba olacaktır. Böyle olunca da Tezcan/Erdem/Önok’a göre, fail hakkında TCK m. 30/son uygulanamayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 418).

⁹¹⁹ Eşlerin cinsel alanda birbirlerine anlayışlı davranma yükümlülüğü ile bir eşin diğerinden bu alanda anlayışlı davranmasını bekleme hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Doktrinde cinsel ilişkiden sürekli ve sebepsiz yere kaçınan, bu konuda eşinin anlayışlı davranmasını talep eden eşin bu hakkını ihlal ettiği vurgulanmaktadır. Fakat aynı şekilde, eşlerden birinin hasta olması, ameliyatlı olması, eşin o zaman diliminde derin bir üzüntü içinde olması cinsel ilişkiden kaçınmak açısından haklı sebepler olarak sayılmıştır. O halde bahse konu haklı sebepler olmadan sürekli bir şekilde ve sebepsizce eşlerden birinin cinsel ilişkiden kaçınması diğer eş açısından bir hak ihlali olarak kabul edilecektir. “...Yapılan soruşturma, toplanan deliller ve davacı-karşılık davalı kocanın tanıklarının anlatımlarından; kocanın sebepsiz yere cinsel ilişkiden kaçındığı, çevreye evliliği istemediğini beyan ettiği ve evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davalı-davacı kadın dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK m. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe

Buraya kadar bahsi geçen görüşlerden anlaşıldığı üzere eşlerin birbirlerinden cinsel mutluluk ve cinsel ilişki talep etme yönünde hakları ve her bir eşin diğer eş açısından bu hususta yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu talep hakkı; kötüye kullanılmadıkça, diğer eşe zarar verici nitelikte olmadığı sürece ve diğer eş üzerinde cinsel ilişkiyi yaşama konusunda cebir, tehdit, hile gibi araç unsurlarla zorlayıcı etki göstermedikçe hukuk düzeni tarafından korunacaktır. Bu durumda aile birliği içerisinde, eşlerin cinsel ilişki konusunda talepleri, ancak diğer eşin de rızasıyla birlikte hak olarak kabul edilebilecek bir durumdur. Doktrinde bir görüşe göre, bu sebepler evlilik birliği içinde cebir, tehdit, hile gibi araç unsurlar olmaksızın her iki tarafın da karşılıklı rızalarına dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkiler, TCK m. 104’de yer alan suç tipine uymakla birlikte, yukarıda bahsi geçen hususlardan da anlaşılabacağı üzere Türk Medeni Kanunu’na, eşler açısından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir⁹²⁰. 18 yaşından küçük eşin söz konusu suçun faili olacağını kabul etmekle birlikte, evlilik hukukunun kişilere cinsel ilişki hakkı bahsettiği gerekçesiyle eşin eyleminin bu hak sebebiyle suç teşkil etmeyeceği görüşü bulunmakla birlikte tartışmaların ve hatalı uygulamaların önüne geçmek için, bu sorunu giderici kanuni değişikliğe ihtiyaç olduğu hususu da doktrinde

ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD., 06.05.2008 T., 13408/ 6544 sayılı karar ve söz konusu görüş için bkz. Gençcan, Aile Hukuku, ss. 551-552).

Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karara göre; “...Evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başırlamamış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı açısından bir kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonrada devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı (TMK m. 166/1) kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın yetersiz gerekçe ile reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” (Y. 2. HD., 07.03.2007 T., 15367/ 3526 sayılı karar için bkz. Gençcan, Aile Hukuku, ss. 549-550; Gençcan, s. 1100). Yargıtay görüldüğü üzere, eşlerden her birinin cinsel mutluluğu sağlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmekle birlikte, bir eşin diğerinden, makul bir süre içinde, belirli zaman dilimlerinde tekrarlanacak biçimde, cinsel ilişki kurmayı beklemesi yönünde bir hakkı olduğunu belirtmektedir. Diğer eşin bundan sebepsiz şekilde kaçınması ise talep eden eş açısından bir haksızlığa uğramak ve kendisinde haklı bir nefret uyandıracak tutum olarak kabul edilmiştir (Kanbur, Armağan, s. 4178).

⁹²⁰ Türk Medeni Kanunu esaslarına göre yapılmayan evlilikler (*töre veya geleneklere göre yapılan evlilikler, dini nikahlar, fiili birlikte yaşamalar, nişanlılık süreçleri*) içerisinde yaşanan cinsel ilişki, fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği de ayrıca belirtilmektedir (Kanbur, Armağan, s. 4179; aynı yönde bkz. Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 302).

dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, sadece genel olarak evlilik kurumuna atıf yaparak bu sorun tereddütsüz şekilde çözülemeyecektir. Çünkü TCK ve TMK hükümleri çeliştiği gibi, TCK'nın sadece yaş dilimine atıf yapması ve fakat ne evliliği ne de reşitlik statüsünü dikkate almıyor olması ve hatta önceki düzenlemede bulunan reşitlik kavramından yeni TCK'da vazgeçilmesi bu kanun değişikliğini gerektirmektedir⁹²¹.

V. MANEVİ UNSUR

Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın hem cinsel ilişkiye ve hem de mağdurun yaşına⁹²² ve ayrıca algılama yeteneğinin bulunduğu ve ilişkinin mağdurun rızasına dayandığına (*cebir-tehdit-hile kullanılmadığına*) yönelik olması aranacaktır. Bu konulardaki hata kastı ortadan kaldıracaktır (TCK m. 30/1)⁹²³. Failin, cinsel ilişki yaşadığı diğer tarafın yaşının 18'den küçük olduğunu bilmesi

⁹²¹ Ünver'e göre, madde metni cinsel olgunluk veya biyolojik yaş ya da evlilik kurumuna değil, resmi yaş dilimlerine istinaden düzenleme getirmiştir. Tam aksine, bir yaş tashihi davasıyla yaşını büyüten kişinin cinsel olgunluğa erişip erişmediği irdelenmeksizin, rıza ile ve suç teşkil etmeksizin cinsel ilişki kurabileceği söylenebilir. Kanunda bulunmayan "*cinsel olgunluk*" gibi suni terimler yanıltıcı sonuçlara götürebilecektir. Kanun bu tür bir unsuru arıyorsa, her olayda veya şüphelenilen olaylarda bunun için bilirkişiye başvurulması ve kazai tespiti isterdi. Ayrıca, cinsel olgunluğa biyolojik açıdan ulaşmak kız ve erkeklerde farklılık gösterdiği gibi, aynı ülke veya şehirde dahi çocuklar çok farklı yaşlarda bu cinsel olgunluğa erişirler. Hareket noktası cinsel olgunluk değil, kanuni yaş sınırı olmalıdır. Cinsel olgunluğu öğretti veya yargı uygulaması değil, kanun koyucu bu alandaki düzenlemeleri yaparken dikkate almak baskısından takdir edebilir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 46-47).

⁹²² Örneğin, mağdurun ablasının nüfus cüzdanını alıp faile göstermiş olmasında, failin mağdurun yaşı büyük zannederek onunla cinsel ilişkiye girmiş olması durumunda bu hatasından faydalanacağı belirtilmektedir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3501; Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 298).

⁹²³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 418; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 332; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 301; Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 298; Kanbur, Armağan, s. 4180; Köksal, Armağan, s. 708; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339; Aydın, Ağustos 2014, s. 94; Kocaoğlu, s. 418. "...kayden 01.06.1992 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 4 ay 26 günlük olan mağdure ile sanığın anlaşarak ailesinin karşı çıkmasına rağmen rıza göstermezlerse sanığa kaçacağını söyleyerek ikna etmek suretiyle, 27.10.2006 tarihinde gayri resmi olarak evlenerek birlikte yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birden fazla ilişkiye girerek mağdurenin hamile kaldığı, hükümden önce de resmi olarak mağdure ile evlenen sanığın aşamalarda, mağdurenin fizik olarak 17-18 yaş görünümünde olduğunu ve gerçek yaşının 15'ten küçük olduğunu bilmediğini savunması karşısında; TCK'nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak, mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir..." (Y. 14. CD., 28.01.2013 T., 8414/ 638) (Karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 418, dn. 347).

gerekmektedir. Eğer bu durumu bilmiyorsa⁹²⁴, örneğin 19 yaşında olduğunu zannediyorsa failin ceza sorumluluğu olup olmadığını hata hükümlerine (TCK m. 30) göre belirlemek gerekecektir. Yargıtay'da aynı yönde kararlar vermektedir⁹²⁵. Örneğin, bir gece kulübünde tanıştığı ve kendisine üniversite öğrencisi olduğunu söyleyen mağdure ile cinsel ilişkiye giren failin fiili reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermeyecektir. Zira fail mağdure ile tanıştığı mekanın özelliği ve onun beyanları dikkate alındığında hayatının olağan akışına göre mağdureyi 18 yaşında zannettiğinden TCK m. 30 gereğince hatasından yararlanabilecektir.

Suçun oluşmasında özel kast aranmamaktadır dolayısıyla genel kastın yeterli olduğunu söylemek mümkündür⁹²⁶. O halde şehvet maksadı ya da şehvi hisleri tatmin

⁹²⁴ Yargıtay, mağdurun yaşında hataya düşülmesi durumunda, söz konusu durumun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerektiği ve bu hususta mahkeme tarafından re'sen bir araştırma yapılmayacağı yönünde kararlar vermektedir. "...suçun maddi unsurlarında hata hali faile dair bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine dair bir araştırma yapılmayacaktır..." (YCGK., 03.12.2013 T., 14-576/ 581) (Karar için bkz. Kantarcı, ss. 191-192, dn. 679). Reşit olmayanla cinsel ilişki kasten işlenebilen suçlar arasındadır. Failin suçun maddi unsurlarına yönelik bilgisi suçun oluşumu için yeterli olacaktır. Dolayısıyla fail, reşit olmayan mağdurla cinsel ilişkiye girdiğini biliyor olmalıdır. Failin mağdurun yaşı hususundaki yanılması kastını kaldıracağı için suçun oluşumunu da engelleyecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 332).

⁹²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 378; ayrıca bkz. Aydın, Ağustos 2014, s. 94. "*Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; 15-18 yaş arasında bulunan sanığın, henüz 15 yaşını bitirmesine az süre kalan mağdure ile kaçtığı ve rızaya dayalı ilişkisinin gerçekleştiği, akabinde de resmi evliliğin vuku bulup, müşterek çocuk sahibi oldukları ve halen de evliliğin devam ettiği olayda, aynı yargılamada hakkında beraat kararı verilen sanığın babasının soruşturma safhasında Cumhuriyet Başsavcılığından alınan beyanında mağdureyi 15-16 yaşlarında olarak bildiğini söylemesi, Adli Tıp raporlarında da bazen hormonal gelişim ve beslenme nedeniyle kemik yaş ve görünümünün farklı olacağının belirtilmesi karşısında, sanık hakkında hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın, mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.*" (Y. 14. CD., 30.01.2013 T., 2011/8556, 2013/810) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.08.2016).

"Sanık ile mağdurenin bir buçuk yıldır duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu ve aynı okulda öğrenci oldukları hususlarının sabit olduğu somut olayda, sanığın kendisi ile birlikte bir süre aynı okulda öğrenci olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi...(TCK m. 30) mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus" da değildir (YCGK., 24.12.2013 T., 14-745/ 626 sayılı karar için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 378-379, dn. 215).

"...sanık, savunmalarında mağdurenin nüfus kaydına nazaran 21 yaşında olduğunu anlaması üzerine kendisi ile rızası ile cinsi münasebette bulunduğunu ileri sürmüştür. TCK'nın 45. maddesinde, cürüm kastı bulunmamasının cezaı kaldıracağı hakkında belirlenen kurala göre, failin cürmü oluşturan yaş unsurunda resmi bir belge olan nüfus hüviyet cüzdanındaki doğum tarihine inanıp hataya düşmesi halinde, bu hata sebebiyle suçluluğunun zail olması gerekli iken, bilahare mağdurenin mahkemece duruşmada düzeltilen doğum kaydına göre suç kastı bulunmadığı göz önüne alınmadan mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." (Y. 5. CD., 20.04.1983 T., 800/ 1354) (Karar için bkz. Kantarcı, ss. 189-190, dn. 672).

⁹²⁶ Nuhoğlu, Avrupa Konseyi, s. 296.

amacı kast bakımından önemsizdir demek yanlış olmayacaktır. Bunlar bulunmasa da cinsel ilişkiye yönelik bilme ve isteme, kastı oluşturacaktır⁹²⁷. Kanunun açık bir düzenleme ile özel olarak belirtmediği hallerde, genel kastla işlenen suçlar hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilecektir. TCK m. 104 anlamında da kanun açık bir yasaklama getirmediğinden suçun olası ve/ veya doğrudan kastla işlenmesi mümkündür⁹²⁸.

TCK m. 104/2 bakımından, failin, mağdur ile arasındaki akrabalık ilişkisini de bilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, aralarında madde hükmünde yer alan derecede akrabalık ilişkisi olan kişiler arasındaki cinsel ilişkinin suç oluşturduğunu bilmemek, ancak TCK m. 30/4 çerçevesinde değerlendirilebilecektir⁹²⁹.

⁹²⁷ Kanbur, Armağan, s. 4180; aynı yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 378; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 332; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 418; Toroslu, Özel Kısım, s. 71.

⁹²⁸ Kanbur, Armağan, s. 4180. Aksi yönde bkz. Kartal Memiş, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 135. Taner, suçun olası kastla işlenemeyeceğini belirtmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339).

⁹²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 418; Kocaoğlu, s. 418. Mağdur 15 yaşından küçük olmasına rağmen fail mağdurun 15-18 yaş aralığında olduğu düşüncesiyle cinsel ilişkiye girmiş ise, bu halde nasıl bir yol izleneceği de ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararlarında, bu hallerde failin TCK m. 103 hükmü bakımından kasten hareket etmiş sayılmayacağını ve ilgili suçun taksirle işlenmesinin de mümkün olmadığını söyleyerek fail hakkında beraat kararı verilmesine hükmetmektedir. "...fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir." (YCGK., 17.06.2014 T., 14-88/ 334) (Karar için bkz. Kantarcı, ss. 190-191). Failin TCK m. 103 bakımından hataya düşmüş olması bu suç açısından kastını kaldıracak ve fail TCK m. 103'ten sorumlu olmayacaktır. Bu durumda tartışılması gereken failin TCK m. 104 kapsamında sorumlu olup olmayacağı hususudur. Öğretideki ağırlıklı görüşe bakılacak olursa, fail yanılmamış olsa dahi fiil başka bir suç oluşturacaktı diyebiliyorsa, bu durum failin iradesi lehine çözümlenmelidir. Fail bu durumda somut olayda gerçekleşen suçtan değil işlemeyi kastettiği suçtan sorumlu olmalıdır. Örneğin, başkasına ait bir eşyayı alan kişi bu eşyanın kaybedilmiş olduğunu düşünmüş olsa hırsızlık suçundan değil, kaybolmuş ya da hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan cezalandırılacaktır. Yani kasıtlı suçlarda hata başka bir suçun ortaya çıkmasına neden olmuş ise artık fail bu hatasından yararlanamayacaktır. Zira söylediğimiz gibi fail yanılmasaydı da fiil suç teşkil edecekti. Bu durumda hata irade lehine çözümlenecek ve fail irade gerçekte işlediği değil, irade ettiği yani kastettiği suçtan cezalandırılacaktır (Özbek, Hata, s. 87; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 453; ayrıca bkz. Güngör, s. 81). Bu durumda bahsi geçen olayda da failin beraatına değil, şikayet şartı da sağlanmış ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekmektedir.

VI. TEŞEBBÜS

Suçun maddi unsuruna ilişkin hareketler cinsel ilişkinin⁹³⁰ gerçekleşmesi ile tamamlanacaktır. Burada cinsel ilişki kabul edilen hareketlerin yapılmış olması yeterlidir, ayrıca tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları gerekmemektedir⁹³¹. Suç teorik olarak teşebbüse elverişli gözükmemektedir⁹³². Failin teşebbüs açısından cezai sorumluluğu TCK m. 35'e göre belirlenecektir⁹³³. TCK m. 35'e göre, failin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması gerekmektedir. Yukarıda sayılan fiillerin genelde şekli suç, neticesi harekete bitişik suç olarak gerçekleşebileceğinden dolayı, icrasına doğrudan başlandığında bir görüşe göre cinsel ilişki⁹³⁴ tamamlanmış

⁹³⁰ Doktrindeki bir görüşe göre, 15 yaşını doldurmuş çocuğun vücuduna anal ve/veya vajinal yoldan cinsel organ, diğer uzuvlar (*parmak, dil gibi*) yahut sair cisim (*cop, şişe, yapay penis gibi*) sokulması halinde de fiil gerçekleşir. Oral yoldan ise ancak cinsel organın ağza sokulması (*sair cismin oral yoldan sokulması bu görüşe göre cinsel ilişki sayılamaz*) ile fiil tamamlanacaktır. Bu fiillerin yaşanmaya başlaması yeterli olup belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları, fiziki boşalmanın gerçekleşmesi aranmayacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4181; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 333; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334).

⁹³¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 379; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 333; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334.

⁹³² Kanbur, Armağan, s. 4181; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 419; Nuhoglu, Avrupa Konseyi, s. 296; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3501. Aksi yönde bkz. Meran, s. 286. Doktrinde ayrıca, suça teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğu ve fakat pratikte sanığın ikrarı olmadan ispatının oldukça zor olduğu ileri sürülmektedir (Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, ss. 301-302).

⁹³³ Doktrindeki bir görüşe göre, “*cinsel ilişki*”nin gerçekleşmesiyle suç tamamlanacaktır. Bu da, kısmen de olsa, anal veya vajinal penetrasyonu (*cinsel organa sokmayı/ sokturmayı*) gerekli kılmaktadır. Bu sürenin uzun ya da kısa olması, doyuma ulaşılıp ulaşılamaması, suçun oluşması bakımından önem arz etmeyecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 419; aynı yönde bkz. Köksal, Armağan, s. 709). Bu açıdan, o ana dek yapılan hareketlerin icra hareketi boyutuna ulaşması şartıyla suça teşebbüs mümkün olacaktır (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3501; Toroslu, Özel Kısım, s. 70; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 333). Yazara göre, cinsel ilişki öncesi davranışlar cezayı gerektirmediğinden, ilişkiden önceki davranışların cinsel ilişki kastıyla gerçekleştirildiğini ispat zordur (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 340; kıyaslayınız Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 302).

⁹³⁴ Cinsel ilişkinin görünüş şekilleri (*vajinal/ anal/ oral yoldan bir organ veya sair cisim sokulması*) bakımından teşebbüs sorununa bakılacak olursa, doktrindeki bir görüşe göre, vajinal ve/ veya anal ilişkiler bakımından vajina ya da anüs halkasına cinsel organ, sair organ veya sair cisim sokulmasıyla fiil tamamlanacaktır. Sokma fiili öncesinde gerçekleşen öpüşme, okşama, dokunma, sürtünme gibi fiiller cinsel ilişki fiili kapsamında değerlendirilemeyecek, belki bu, fiilin hazırlık hareketi niteliğinde görülecek ve fakat teşebbüsten söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak hazırlık hareketlerinin doğal sonucu olarak sokma fiili gerçekleştirilmeye yönelinmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmışsa (*örneğin vajina yanaklarına organ yerleştirilmeye yönelinmiş, anüs ağzı kayganlaştırılarak organ ya da sair cisim sokulmaya hazır hale getirilmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmış ise*) ancak bu halde teşebbüs söz konusu olabilecektir. Failin fiziki veya psikolojik iktidarsızlığı nedeniyle cinsel ilişki gerçekleştirilememiş ise, fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olduğu kabul olunmalıdır. Aynı görüşe göre oral yoldan cinsel ilişki bakımından cinsel organın ağza sokulması ile suç tamamlanacağı için teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak teorik olarak bu fiile teşebbüs olasıdır. Örneğin erkek üreme organı aktif/ erekte hale gelmiş ve fakat 15

sayılacaktır. Bu durumda failin hareketlerinin aşamalara bölünebildiği durumlarda suç teşebbüse elverişli duruma gelecektir⁹³⁵.

Fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse (*örneğin cinsel ilişki öncesi cinsellik içeren hareketler gerçekleştirmiş olmasına rağmen birleşmekten vazgeçmişse*) bu durumda TCK m. 36 hükümlerine göre, failin 104. maddeden cezai sorumluluğu yoluna gidilemez⁹³⁶. Ancak koşulları varsa ve failin o ana kadarki hareketleri ayrı bir suçu meydana getiriyorsa bu suçtan dolayı cezai sorumluluğu belirlenir. Ancak kanaatimizce, TCK’da failin hareketlerinin o ana kadar olan kısmına uyabilecek herhangi bir suç tipi yoktur⁹³⁷.

yaşını doldurmuş çocuğun ağzına sokulma öncesi –henüz tam olarak mağdur psikolojik veya fiziken hazır olmadan- fail yakalanmış ise teşebbüs aşamasında kalmış olarak kabul etmek gerekir. Failin oral yünden cinsel ilişki isteği çerçevesinde, 15 yaşını doldurmuş çocuk önce failin erkeklik organına dokunarak eliyle ereksiyon olmasını sağlamış, ancak ağza değgin olarak oral yoldan birleşme olmadan dokunma suretiyle fail boşalmış ise, bu halde teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Yine aynı görüşe göre, boşalma sonrası şehvi bir haz olmasa da ağız yoluyla birleşme gerçekleşirse suç tamamlanmış kabul edilmelidir (Kanbur, Armağan, ss. 4182-4183; Kanbur, CHD, ss. 122-123).

⁹³⁵ Ancak öncelikle somut olayın özeliğine bakarak o ana kadar gerçekleşen hareketlerin icra hareketi mi hazırlık hareketi mi olduğunu belirlemek gerekmektedir (Kanbur, Armağan, ss. 4181-4182; aynı yönde bkz. Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 299; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 406). “*Olayın gerçekleştiği yerin meskun mahal olması, sanık ile mağdurenin araç içerisinde bulundukları tanık beyanlarından anlaşılan durumları ve üzerlerinin giyinik bulunması nedeniyle, sanığın mağdurenin rızasıyla cinsel ilişkiye girmeye teşebbüs ettiğinin de kesin olarak kanıtlanmadığı, sanığın cinsel organını mağdurenin vücuduna dahil ettirmeksizin yalnızca onu öpmesi veya vücudunu okşamasının da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...*” (Y. 14. CD., 22.01.2013 T., 7863/320 sayılı karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3501-3502; dn. 1158). Yazarlara göre, teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirim açısından failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun konusu olan cinsel özgürlük üzerinde meydana getirmiş olduğu tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurulacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 419).

⁹³⁶ Kanbur, Armağan, s. 4183; Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 299; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 419; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3502.

⁹³⁷ Kanbur, CHD, s. 123; Köksal, Armağan, ss. 709-710. Yargıtay da, rızaya dayalı olarak anal yoldan cinsel ilişkiye yönelik hareketlerden, mağdur olduğu iddia edilen kişinin, canının acıdığını belirtmesi üzerine failin vazgeçmesini gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiş, o zamana kadar gerçekleşen sevişme (*boynunu ve elini ısırma, mağdurenin pantolonunu ve külotunu çıkardığı için vücuduna çıplak olarak sürünme*) şeklindeki hareketlerin ise cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması nedeniyle failin beraatine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Y. 14. CD., 11.03.2013 T., 2011/9207, 2013/2448 sayılı karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 379, dn. 218; Kanbur, Armağan, s. 4183). Başlıbaşına suç oluşturmayan cinsel ilişkiye öngelen davranışların cinsel ilişki kastıyla gerçekleştirildiğini ortaya koymak güç olduğu için, bu suçta gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanının sınırlı olacağı belirtilmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 340-341).

VII. SUÇA İŞTİRAK

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, iştirak bakımından bir özellik göstermez⁹³⁸. Suça azmettirme ve yardım etme de olanaklıdır⁹³⁹. Örneğin, mağduru, fail ile cinsel ilişki yaşamaya ikna eden⁹⁴⁰ veya yer sağlayan kişi⁹⁴¹, yardım eden olarak cezalandırılacaktır⁹⁴². Suç bakımından birlikte failliğin ortaya çıkması zor görünse

⁹³⁸ Aydın, Ağustos 2014, s. 94; Kantarcı, s. 203.

⁹³⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 379; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; Ataç, s. 133; Gerçekler, s. 2186; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; Parlar/Banko, s. 331; Kanbur, CHD, s. 123; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341; Kocaoğlu, s. 427; Taneri, s. 168; Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 293. Yargıtay bir kararında; “*mağdurun araçla alınıp sanığın olduğu yere götürülerek cinsel ilişkide bulunmasına imkan sağlamasını*” yardım etme olarak nitelendirmiştir (Y. 5. CD., 17.09.2009 T., 2006/ 10423, 2008/ 6350 sayılı karar için bkz. Kanbur, Armağan, ss. 4183-4184).

⁹⁴⁰ Koca/ Üzülmez’e göre, göre, küçüğü cinsel ilişkiye ikna eden kişi, bu davranışıyla failin fiilinin icrasını mümkün hale getirmekte ve iştirak iradesiyle hareket etmektedir. Mağduru ikna eden bu kişi, suçun icrasından önce faile yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmış olmaktadır. Faili, küçükle cinsel ilişkiye azmettiren ya da ona bu hususta yardım eden, mesela cinsel ilişkinin gerçekleşmesini sağlamak için evini tahsis eden kişi yardım eden olan sorumlu tutulacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334).

“*Dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onyediyi yaşında olan mağdurenin evden kaçıp rızasıyla sanıklar ..., ... ile’in bulunduğu eve gelip burada ...’le rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra’le birlikte sanık ...’in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla....’le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, ...’in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi nedeniyle TCK’nın 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık ...’in evini sağlamak suretiyle sanık ...’in işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK’nın 104/1, 39, 43. maddeleri ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan ise aynı Kanunun 234/3. maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi...*” (Y. 14. CD., 02.06.2015 T., 2013/ 7385, 2015/ 6774). “*K...’in anne ve babası olan sanıklar M... ve M...’in başlık parası karşılığında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin 21.12.2012 tarihli raporuna göre suç tarihi itibarıyla onaltı yaşı içerisinde bulunan mağdureyi K... ile gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade ettikleri ve bu sürede K... ile mağdurenin bir kaç kez rızasız cinsel ilişkiye girdikleri dosya kapsamından anlaşıldığından, yardım eden sıfatıyla sanıklar M... ile M...’in TCK’nın 104/1, 43/1 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyecek şekilde beraatlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı, mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 12.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.*” (Y. 14. CD., 12.11.2015 T., 4290/ 10517) (Kararlar için bkz. Kantarcı, s. 203, dn. 722).

⁹⁴¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341.

⁹⁴² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; ayrıca bkz. Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 299. Örneğin, 17 yaşındaki bir çocuğun babası, çocuğun büyük bir kimseyle (rızası dahilinde) cinsel ilişkiye girmesine aracılık ederse, suça iştiraketen sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. “*...sanık R. ’nin, suç tarihinde on beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını bitirmeyen ve mağduru bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan kız kardeşi mağdureyi, cinsel ilişkiye girmesi için sanık R. ’nin evine götürerek bu sanıkla cinsel ilişkiye girmelerini sağlamak ve bunun karşılığında sanık R. ’den para almaktan ibaret eylemi hem TCK’nın 104/1 maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak hem de TCK’nın 227/1-5. maddelerine uyan fuhuş suçunu oluşturduğundan...*” (Y. 14. CD., 25.11.2015 T., 5573/ 10993) (Karar için bkz. Kantarcı, s. 203, dn. 721).

de⁹⁴³ teorik olarak mümkün olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır⁹⁴⁴. Birden fazla kişinin⁹⁴⁵ aynı mağdurla ardı ardına cinsel ilişkide bulunması halinde, bunların her biri suçun doğrudan (*tek başına*) faili olarak nitelendirilmelidir⁹⁴⁶. Bu durumda birlikte faillikten bahsedilemez⁹⁴⁷.

VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde *cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları* açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yasaklanmış bulunmakta idi. Söz konusu yasak 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle kaldırılmıştır. TCK m. 104 bakımından ise TCK'nın gerek kabul edildiği gerekse yürürlüğe girdiği dönemden beri zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir yasak

⁹⁴³ Yazara göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, tipik fiile vücut verebilecek davranışlar açısından, bizzat işlenebilecek bir suç olması sebebiyle birlikte faillğe elverişli bulunmamaktadır. Bu bakımdan anal veya vajinal yoldan aynı anda cinsel ilişkiyi gerçekleştiren kimseler yönünden, ortada birden çok fail olduğu için birlikte faillikten bahsedilemeyecektir. Faillerin reşit olmayan mağdurla aynı anda gerçekleştirdikleri cinsel ilişkilerin birbirinden bağımsız olarak suç teşkil edeceği ve her failin kendi fiilinden sorumlu olacağı belirtilmektedir (Köksal, Armağan, s. 711).

⁹⁴⁴ Kanbur, Armağan, s. 4184; Kanbur, CHD, s. 124; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 379. Aksi görüşe göre, ilgili suç "*bizzat işlenebilen*" suç niteliğindedir, bunun sonucu olarak da birlikte faillik TCK m. 104 açısından söz konusu olamayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; aynı yönde Köksal, Armağan, s. 711; farklı gerekçe ile olsa da aynı yönde bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341).

⁹⁴⁵ Örneğin birden fazla failin aynı anda ve farklı duhul noktalarından çocukla cinsel ilişki yaşamaları durumunda birlikte faillikten söz edilebileceği örneği verilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekirse, TCK m. 104 hükmünde fiilin birden fazla fail tarafından birlikte işlenmesi halinin özel olarak düzenlenmediği görülecektir. Yazara göre, böyle özel bir ağırlatıcı hal düzenlenmiş olmasa da, TCK m. 61/ 1-a hükmü gereği suçun işleniş biçimi kıstası çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi gündeme gelebilecektir (Kanbur, Armağan, s. 4184).

⁹⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 379; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; Aksakal, s. 269; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 303. Taner, iki kişinin aynı anda birinin anal diğerinin vajinal yoldan mağdurla yaşadığı cinsel ilişkide iki ayrı suçun oluşacağını ve davranışların birlikte gerçekleşmesinin müşterek faillik olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır (Taner, Cinsel özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341). Gerçekten de reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bizzat işlenebilen bir suçtur. O nedenle ilgili suç bakımından birlikte failliğin söz konusu olamayacağını ve her failin kendi işlediği suçtan sorumlu olacağını belirtmek gerekmektedir (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420).

⁹⁴⁷ Kanbur, Armağan, s. 4184. Örneğin, aynı mağdurla iki kişinin aynı anda başka bir sanığın hazırladığı evde ilişkiye girmeleri halinde, her fail kendi eyleminden sorumlu olacaktır. Bu durumda evini hazırlayan ya da tahsis eden veya buna benzer bir faaliyette bulunan kişi, yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır. Diğer iki fail hakkında ise suçun birlikte işlenmesi hali faillere uygulanamayacak herkes kendi eyleminden sorumlu olacaktır. Ayrıca bir fail hakkında şikayetten vazgeçmenin diğer sanığa da TCK m. 73/5 maddesi uyarınca sırayet etmeyeceğini de belirtmek gerekmektedir (Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 303).

öngörölmüş değildir. O halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu zincirleme suça konu olabilmektedir⁹⁴⁸.

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında 15 yaşını bitirmiş bir çocukla⁹⁴⁹ değişik zamanlarda⁹⁵⁰ cinsel ilişkide bulunursa, bu halde 5237 sayılı TCK madde 43/1⁹⁵¹,

⁹⁴⁸ Kanbur, Armağan, s. 4184; Kanbur, CHD, s. 124. Fail ile reşit olmayan mağdur, aynı suçu işleme kararı ile değişik zamanlarda birden fazla defa cinsel ilişkiye girmişler ise, failin, suçu zincirleme olarak işlediği kabul edilerek cezasında TCK'nın 43/1 maddesi uyarınca artışa gidilecektir. Fail ile mağdurun, cinsel ilişkiye başladıktan sonra, aynı zaman dilimi içinde, önce vajinal sonra da anal yoldan cinsel ilişki kurması durumunda ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı (Yargıtay 5. CD.'nin 18.01.2011 gün, 2010/ 8595 E. ve 2011/ 82 K. sayılı hükmünden hareketle) belirtilmektedir (Aydın, Ağustos 2014, ss. 94-95).

⁹⁴⁹ Failin mağdur ile kurduğu cinsel ilişkiler, mağdur 15 yaşını doldurmadan önce başlamış, 15 yaşını tamamladıktan sonra da devam etmiş ise; bu halde failin, mağdur 15 yaşını doldurana kadar işlediği fiiller açısından zincirleme şekilde çocukların cinsel istismarı suçundan; mağdurun 15 yaşını doldurduktan sonraki fiiller bakımından ise kendi arasında zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. "...sanık E. hakkında, mağdurenin 15 yaşını ikmal ettiği 10.02.2007 tarihinden önce gerçekleşen cinsel ilişkiler için zincirleme şekilde işlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan, bu tarihten sonra gerçekleşen cinsel ilişkiler için ise zincirleme şekilde işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayrı ayrı hükümler kurulması yerine yazılı şekilde karar verilmesi..." (Y. 14. CD., 07.07.2014 T., 4536/ 9187) (Bkz. Kantarcı, s. 206, dn. 730).

⁹⁵⁰ Yazara göre burada, zincirleme suç kapsamında kalacak fiillerin mutlaka aynı türden olmasına gerek yoktur. Değişik zamanlarda aynı mağdura karşı tek suç işleme kararıyla farklı türden de olsa yaşanan cinsel ilişkiler (vajinal-anal-oral) zincirleme suç kapsamındadır. Fakat aynı zaman diliminde şekil itibariyle art arda yaşanan duhuller vücudun farklı yerlerine yönelik olsalar da tek bir suç olarak değerlendirilecektir. Ancak Yargıtay bir kararında (Y. 5. CD., 23.02.2006 T., 2005/ 19512, 2006/ 1058) mağdurla aynı zamanda hem anal hem de vajinal yoldan cinsel ilişki kurulmasının tek suça göre değil, zincirleme suç hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kanbur'a göre ise, cinsel ilişkinin kaç defa yaşandığı değil, bütünlük arzemesi önemlidir. Örneğin gece boyunca birden fazla kez cinsel ilişki yaşanması durumunda (bu görüşe göre, *ilişkinin vücudun anal-vajinal-oral bölgelerine yönelik olması ile birlikte failin duhul sayısı, fail ya da mağdurun tatmin olma sayısı herhangi bir önem arzetmez*) ilişki sayısı kaç olursa olsun, fiilin bütünselliği gereği tek bir cinsel ilişkinin olduğu kabul edilmelidir (Kanbur, Armağan, s. 4185).

⁹⁵¹ TCK m. 43/2 bakımından değişik kişilere karşı aynı suç işleme kararının kapsamında tek fiille bu suçu işleyebilmek mümkün olmadığından zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Her bir kişiye karşı işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 419-420; Kocaoğlu, s. 427).

yani zincirleme suç hükümlerine göre failin cezai sorumluluğu belirlenecektir⁹⁵². Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir⁹⁵³.

⁹⁵² Kanbur, Armağan, s. 4185; Kocaoğlu, ss. 426-427. Aynı kişiye yönelik olarak değişik aralıklarla gerçekleştirilen her bir cinsel ilişki ayrı bir suç oluşturmazken bunlar aynı suç işleme kararına bağlı ise, zincirleme suç hükümlerinin (TCK m. 43) uygulanması yoluna gidilecektir. Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için suçların “aynı kişiye karşı” işlenmesi zorunluluğuna bağlı olarak değişik kişilere karşı işlenen suçlar aynı suç işleme kararına bağlı olsa da, zincirleme suç kuralları uygulanmaz. Her bir kişiye karşı işlenen suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılır. Söz konusu suçun kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma (TCK m. 109), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları (TCK m. 234) ile birlikte işlenmesi halinde, bu suç yanında ayrıca ilgili suçlardan dolayı da failin cezalandırılması gerekecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 419-420; aynı yönde bkz. Köksal, Armağan, s. 711).

Araya kastın yenileneceği kadar süre girecek olursa zincirleme suç değil, yeni bir suç oluşacaktır. “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan yapılan yargılamada, oluş ve kabule göre; aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği anlaşılmakta ve eylemler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır.” (Y. 14. CD., 10.11.2014 T., 2013/ 2402, 2014/ 12359) (Bkz. Kocaoğlu, s. 427, dn. 146).

⁹⁵³ “Mağdurenin, aşamalarındaki beyanlarında sanığın arabasında ve evinde olmak üzere zorla iki kez cebirle ırzına geçtiğini beyan etmiş ise de; eylemleri kimseye anlatmadığı, sanığın başkasıyla ilişkisinin bulunduğunu ve daha sonra da kendisinin hamile olduğunu öğrendiği, annesinin çantasında hastaneden verilen muayene kağıtlarını görmesi ve olanları anlatması üzerine olayın anne ve babası tarafından Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirildiği, mağdurenin olaylardan yaklaşık 4-5 ay sonra şikayetçi olması, olay tarihinde 15 yaşını doldurmuş bulunması ve sanığın aşamalarda mağdureyle rızasıyla ilişkiye girdiğini savunması karşısında, kanıtlanan eylemlerinin, TCK'nın 104/1, 43. maddelerinde düzenlenen zincirleme biçimde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek TCK'nın 103/2 maddesi uyarınca hüküm kurulması...” (Y. 14. CD., 15.04.2013 T., 10779/ 4413). “Mağdurenin beyanı, sanığın ikrar içeren savunması ve tüm dosya içeriğinden sanığın mağdure ile rızası dahilinde birden fazla kez ilişkiye girerek zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği sabit olduğu halde mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 25.01.2013 T., 6338/ 616) (Bahsi geçen kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 3502, dn. 1164).

“Dosyada bulunan onaylı nüfus kayıt örneğine göre suç tarihinde 14 yaş 5 aylık, mahkemece düzeltilen doğum tarihine göre ise 16 yaş 5 aylık olan mağdurenin, 06.04.2010 tarihinde ailesinin haberi olmaksızın evden ayrılması üzerine eve gelmediğinden bahisle ailesi tarafından aynı tarihte polise müracaatta bulunulduğu, 13.04.2010 günü saat 22:45 sıralarında polisler tarafından otobüs durağında beklerken bulunan mağdure 14.04.2010 tarihinde vekil ve sosyal hizmet uzmanı eşliğinde polise verdiği beyanında, canı sıkıldığı için evden ayrılıp halk otobüsüne binerek Balıklı durağında indiğini, burada sanık ... ile tanıştığını, evden kaçtığını ve kalacak yeri olmadığını söylediği ve birlikte sanığın anneannesi olan ve tanık olarak dinlenen ...'in evine gittiklerini, geceleri sanık ... ile aynı yatakta anneannesinin bulunduğu odada yattıklarını, ilk kez vajinal yoldan ilişkiye burada girdiğini, sanığın kendisini zorlayınca ve bağırınca korktuğu için anal yoldan da ilişkiye girdiklerini, 08.04.2010 günü birlikte askerlik şubesine gittiklerini, çarşıda alışveriş yaptıktan sonra tekrar eve döndüklerini, 13.04.2010 günü ise sanık ile tekrar dışarı çıktıklarını ve parka gittiklerini burada sanığın kendisine beklemesini söyleyerek yanından ayrıldığını, sanığın geri gelmediğini daha sonra polislerin gelerek kendisini bulduklarını ifade ettiği, 15.04.2010 tarihinde vekil ve sosyal hizmet uzmanı eşliğinde polise verdiği beyanında ise, ilk beyanıyla çelişecek şekilde, 06.04.2010 günü açık kimlik bilgileri tespit edilemeyen ve arkadaşı olduğunu söylediği Mustafa isimli kişinin evlerinin yanına gelerek kendisiyle gezmek istediğini, ancak gitmek istememesi nedeniyle Mustafa'nın "seni mahallede rezil ederim" demesi üzerine kendisiyle dışarı çıktığını, Mustafa'nın geldiği araçta sanık ...'in de olduğunu ve birlikte çarşıya giderek gezdiklerini, daha sonra Cengiz'in evine gittiklerini, Mustafa'nın burada ayrıldığını, Cengiz'in kendisine tokat atarak ve boğazına bıçak dayayıp ölümle tehdit ederek zorla anal yoldan ilişkiye girdiğini, beş gün zorla kendisini evde tuttuğunu bu süre içinde Mustafa'nın da eve gelerek kendisiyle anal yoldan

6545 sayılı kanun değişikliği öncesi, reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin üstsoy tarafından 15 yaşını bitirmiş bir çocuğa rızası ile yapılması halinde öğretide tartışmalı olmakla birlikte⁹⁵⁴ (şikâyet şartı yerine gelmişse) hem m. 104'teki bu suçun hem de m. 232'de yer alan kötü muamele suçunun oluşacağını ileri sürülmekte idi⁹⁵⁵. Bu gibi durumlarda çocuğun şikâyetle bulunmaması halinde fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca tartışılıyordu⁹⁵⁶. Söz konusu

zorla ilişkiye girdiğini, 5. gün sanık ...'in kapıyı kilitlemeyi unutması nedeniyle evden kaçtığını ve Balıklı durağında sanık ... ile karşılaştığını ve Ahmet'in, kendisini anneannesinin evine götürdüğünü, burada istemediği halde gidecek yeri olmadığı ve sanığının anneannesinin de yanlarında yattığından sesini çıkartamadığı için anal yoldan ilişkiye girdiği, şeklinde ifadede bulunduğu, 24.09.2010 tarihli mahkeme beyanında da, Mustafa ile Cengiz'in kendisini zorla döverek araca bindirdiklerini, yine sanık ...'in anneannesinin evinde kaldıkları sırada anneannesinin başka yere gittiğini, vajinal yoldan Ahmet'le ilişkiye girmediklerini, ilk beyanında ise kızlığını sanık ...'in bozduğunu, ilk beyanlarıyla çelişkili şekilde ifadelerde bulunduğu, sanıkların kendisiyle zorla ilişkiye girdiklerini ifade ettiği halde, yetkili makamlara durumu bildirme imkanı varken herhangi bir müracaatının olmayışı, olayın ortaya çıkış şekli, sanık ... ile anneanesinin tek odalı evinde anneannesinin yanında kendisiyle zorla ilişkiye girdiğine ilişkin hayatın olağan akışına aykırı beyanı, 15.04.2010 tarih ve 3080 sayılı doktor raporuna göre mağdurenin livataya maruz kaldığı anlaşılmakta ise de, yine aynı tarih ve 4036 sayılı raporda hymenin anüler intakt tarzda, ekimoz ve hematom saptanmadığının tespiti, mağdurenin eylemlerin zorla olduğunu söylemesine rağmen zor bulgusuna rastlanmaması ve tüm dosya içeriği gözetildiğinde; cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine ve sanık ...'in mağdureyi zorla alıkoyduğuna ilişkin, şüpheden uzak kesin ve yeterli kanıya ulaşılmadığından, cinsel ilişkilerin rıza ile gerçekleştirildiği ve mağdurenin şikâyeti de gözetildiğinde sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen "zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki" suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş şekli ile hak ve oranlılık ilkesi gözetilerek temel cezaların alt sınırdan uzaklaştırılarak tayini gerektiği düşünülmeyen sanıkların 103/2-6, 43 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarına ve düzeltilen yaşına göre 17 yaşı içerisindeki mağdureyi rızasıyla alıkoyan sanık ...'in, aynı Kanunun 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, ancak sanığın mağdurenin kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın evden ayrıldığını bildiği halde ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin birlikte kalmalarının TCK'nın 234/3. maddesinde öngörülen çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ek savunma hakkı verilerek bu maddeden mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı..." (Y. 14. CD., 20.09.2013 T., 6432/ 9439) (Karar için bkz. Kocaoğlu, ss. 426-427, dn. 144).

⁹⁵⁴ Bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 342.

⁹⁵⁵ Bu duruma gerekçe olarak Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, rızaya dayalı olsa bile böyle bir fiilin aile fertlerine gösterilmesi gereken rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacağını söylemekte ve bu halde failin ceza sorumluluğunun fikri içtima kuralları çerçevesinde belirleneceğini kabul etmekteydiler (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 354; aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334).

⁹⁵⁶ O dönemde bu tartışmanın çözümüne yönelik yazarların görüşü şu şekildeydi: "TCK m. 232'de düzenlenen aile fertlerine kötü muamelede bulunma suçu resen takip edilen bir suçtur. Şikâyet edilen şey fail değil, fiildir. Bu durumda sorunu ikiye ayırarak çözebiliriz. Eğer suçun mağduru olan 15 yaşını bitirmiş çocuk, fiil hakkında şikâyetle bulunmuşsa bu durumda her iki suç da oluşmuş olacaktır. Faile fikri içtima kuralları gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK m.104'teki "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu" nun cezası verilecektir. Ancak fiil hakkında şikâyetle bulunulmamış ise fail sadece resen takip edilen TCK m.232'den sorumlu olacaktır. Suçlardan birinin şikâyetle tabi diğerinin resen soruşturulabilir olması, fikri içtima müessesesini uygulamaya engel değilse de şikâyet yoksa daha az cezayı gerektirse de resen takip edilen diğer suçun cezası verilebilecektir. Kanaatimizce fiilin hem şikâyetle bağlı bir suçu hem de resen takip edilen bir suçu oluşturması mümkündür. Bu durumda takibi şikâyetle bağlı olan suçtan dolayı şikâyetle bulunulmasa da resen

tartışma, 6545 sayılı kanun değişikliği sonrası şikayet şartı aranmaya ihtiyaç kalmayacak bir biçimde çözüme kavuşturulmuştur. Yukarıda fail mağdur başlığı altında belirttiğimiz üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı ikinci fıkrayla hüküm altına alınmıştır. Bu durumda artık şikayet şartı aranmaksızın doğrudan fikri içtima kuralları ile sorun çözülecektir⁹⁵⁷.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit hali bakımından birlikte işlenmeye müsait suç tiplerinden biri, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa ailesini veya yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin cezalandırılmasını düzenleyen TCK m. 234'te⁹⁵⁸ yer alan “*çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu*” dur⁹⁵⁹. Hem reşit olmayanla cinsel ilişki hem de

takip edilmesi gereken suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilir.” Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 354.

⁹⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 380; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 425; Kantarcı, ss. 209-210. Koca/Üzülmez, cinsel ilişkinin üstsoy tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, fiilin 104. maddenin 2. fıkrasındaki suçun yanı sıra, 232. maddedeki aile efradına kötü muamele suçunu da oluşturacağını ifade etmektedirler. Yazarlara göre, mağdurun şikayette bulunmadığı durumlarda, failin 104. maddeden cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Fail bu durumda re'sen kovuşturmaya tabi 232. maddedeki suçtan sorumlu tutulabilecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334). Yapılan bu yoruma katılmak mümkün görünmemektedir. Zira belirttiğimiz üzere bu iki suç tipi arasında fikri içtima ilişkisi bulunmaktadır. Ayrıca, TCK m. 104/2'de düzenlenen aralarında evlenme yasağı olan reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkiye girme suçu halihazırda zaten şikayete tabi bulunmamaktadır. 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 60. maddesi ile yeniden düzenlenen TCK m. 104/2'ye göre, ilgili suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi durumunda, şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

⁹⁵⁸ TCK m. 234/3: (Ek: 6/12/2006 – 5560/10 md.) “*Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Görüldüğü üzere, 234. maddenin 3. fıkrası TCK'na 5560 sayılı Kanun ile eklenmiş bulunmaktadır. Bu tarihten önce Yargıtay, 15 yaşını doldurmuş olan ve ayırt etme gücüne sahip bulunan çocukların rızalarını “*kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi (TCK m. 109/)*” açısından geçerli kabul etmiş ve söz konusu fiilleri hukuka uygun bulmuştur. Bu değişiklikten önce, 15 yaşını bitirmiş bir çocuğu rızasıyla cinsel ilişkiye girmek amacıyla yanında bulunduran ve cinsel ilişkiye giren kişi, sadece reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulmakta ve şikayetin yokluğu halinde de cezalandırılmamaktaydı (Kantarcı, s. 211). Bu durum o dönem doktrinde bir eksiklik olarak yorumlanmaktaydı (Bkz. Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 326).

⁹⁵⁹ “...TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen “zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş şekli ile hak ve oranlılık ilkesi gözetilerek temel cezaların alt sınırından uzaklaştırarak tayini gerektiği düşünülmeden sanıkların 103/2-6, 43 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarına ve düzeltilen yaşına göre 17 yaş içerisindeki mağdureyi rızasıyla alıkoyma sanık...’in, aynı Kanunun 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, ancak sanığın mağdurenin kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın evden ayrıldığını bildiği halde ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin birlikte kalmalarının TCK'nın 234/3. maddesinde öngörülen çocuğun kaçırılması veya

çocuğun alıkonulması suçlarında mağdurun rızasının suçun unsuru haline getirildiğini görmekteyiz⁹⁶⁰. Dolayısıyla rıza, bu suç tipini hukuka uygun hale getirmeyecektir. 15 yaşını tamamlamış olan ve kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden bir çocuğu rızasıyla yanında tutan ve yine rızasıyla bu çocukla cinsel ilişkide bulunan

alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ek savunma hakkı verilerek bu maddeden mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı...” (Y. 14. CD., 20.09.2013 T., 6432/ 9439). “Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 14.06.2012 günlü raporu ile “....ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan travma sonrası stres bozukluğu denilen psikiyatrik bozukluk ile sınır-hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı tespit edildiği, kendisinde tespit edilen zeka geriliğinin olay tarihindeki yaşı da dikkate alındığında mağduru bulunduğu olayın kötülüğünü anlamasına ve ruhsal yönden karşı koymasına engel olacak mahiyet ve derecede bulunmadığı ve kendisinde mevcut zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı” oybirliğiyle bildirilen, suç tarihinde onyediyi yaşta içerisinde bulunan mağdurenin, olay günü sanık ve suça sürüklenen çocukla buluşup, çarşıdan alkolü içecek aldıktan sonra sanığın arkadaşının evine gittiği, burada alkol aldıktan sonra önce sanık ardından suça sürüklenen çocukla cinsel ilişkiye girmesinin ardından dışarıya çıkıp suça sürüklenen çocukla discoya giderek burada da bira içtikten sonra birlikte yolda giderken polisler tarafından yakalandıkları olayda, sanık ve suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerinde cebir, tehdit veya hile kullandıklarına ilişkin mağdurenin dahi bir beyanda bulunmadığının ve alkolü rızasıyla aldığına anlaşılmaması karşısında, sanık ile suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin TCK’nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve TCK’nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetleri yerine, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı...” (Y. 14. CD., 10.11.2015 T., 5752/ 10400). “Mağdurenin aşamalarındaki anlatımlarına, sanığın mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği şeklindeki savunmalarına, duruşmada mağdure dinlenirken hazır bulunan pedagogun mağdurenin yönlendirmeye açık olduğu ve beyanlarına itibar edilemeyeceği biçimindeki görüşüne ve tüm dosya içeriğine göre, 17 yaşını bitiren mağdurenin, sanığın arabasıyla gezdikten sonra arabanın içinde rızasıyla sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, eylemlerin bu haliyle TCK’nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve TCK’nın 234/3 maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçlardan mahkumiyeti yerine, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı...” (Y. 14. CD., 18.02.2014 T., 2013/ 11356, 2014/ 1813) (Kararlar için bkz. Kocaoğlu, ss. 423-424, dn. 136-137).

⁹⁶⁰ “Mağdurenin, olay tarihinde sanık ile birlikte gittikleri kafede talep ettiği kolasının içine sanığın ilaç atarak kendinden geçmesini sağladığı ve devamında evine götürerek burada kendisi ile anal yoldan ilişkiye girdiğini iddia etmesine rağmen, akabinde evde bulunan sanık ve arkadaşlarına çay demlediğini beyan etmesi, sanık ile özellikle internet üzerinden görüşmeye devam etmesi ve bu esnada sanığın talebi ile göğüslerini açarak sanığa göstermesi, sanık savunması, tanıklar Büşra ve Kübra’nın anlatımları ile tüm dosya içeriğine göre, sanık ve mağdurenin duygusal anlamda arkadaşlık kurdukları, olay tarihinde 16 yaşta içerisinde bulunan mağdurenin sanık ile buluşarak sanığın kaldığı eve gittikleri ve burada anal yoldan cinsel ilişkiye girdikleri, sanık tarafından bu ilişkinin kayda alındığı ve arkadaşlarına gösterildiği, bu durumun duyulması üzerine, olaydan yaklaşık dört ay sonra mağdurenin sanık hakkında kendisine nitelikli cinsel istismarda bulunduğunu belirterek şikâyetçi olduğunun anlaşılmaması karşısında, mağdurenin sanığın evine rızası ile gittiği ve kendi isteğiyle sanıkla cinsel ilişkiye girdiğinin kabulü gerektiği, sanığın eyleminin bu haliyle TCK’nın 104/1 ve 234/3. maddelerinde reşit olmayanla cinsel ilişki ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu, anlaşılmakla ve 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler de gözetilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 11.11.2014 T., 2013/ 2858, 2014/ 12496) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2016).

kişi, hem reşit olmayanla cinsel ilşki suçundan hem de çocuğun kaçıırılması veya alıkonulması suçundan, şartları varsa, gerçek içtima hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır⁹⁶¹.

⁹⁶¹ Burada üzerinde durulan bir başka husus, eğer bahsi geçen çocuk 16 yaşını bitirmişse, TCK m. 234'ün uygulanamayacak oluşudur. Şayet, çocuk vasi, veli ya da bakım ve gözetimi altında bulunan kişinin yanından cebir ya da tehdit kullanılarak kaçırılırsa, uygulanacak olan norm TCK m. 234/2'dir. Ancak bu durumda da cebir ve tehdit söz konusu olduğundan rıza mevcut olmayacaktır. Zaten, böylesi bir halde uygulanması gereken normun TCK m. 104 değil, TCK m. 103 olması gerektiği belirtilmektedir. TCK m. 104'de mağdurun yaşı ile ilgili aranan alt sınırın "*15 yaşını bitirmiş*" bir çocuk olmak iken, 234/1'de "*16 yaşını bitirmemiş*" bir çocuktan bahsedildiği görölmektedir. Her iki ifade bu anlamda farklıdır. Arada bir yaş oynadığını söylemek gerekmektedir. Kocaoğlu, bu iki alt sınırın birbirine denkleştirilmesini, uygulamada çıkabilecek sorunların bu şekilde aşılabileceğini belirtmektedir (Kocaoğlu, ss. 423-425, dn. 143).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CİNSEL TACİZ SUÇU (TCK m. 105)

I. GENEL OLARAK

TCK m. 105/1’de⁹⁶² “*bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi*” cezalandırılır hükmüne yer verilmekte ve TCK m. 105/2’de ise cinsel taciz⁹⁶³ suçunun nitelikli halleri düzenlenmektedir. 6545 sayılı Kanun⁹⁶⁴ ile yapılan değişiklik sonrası, fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde suçun cezası artırılmış; ayrıca ikinci fıkrada öngörülen nitelikli haller yeniden düzenlenmiştir⁹⁶⁵.

5237 sayılı TCK m. 105’te düzenlenmiş olan “*cinsel taciz*” fiilleri, 765 sayılı TCK’da genel olarak söz atma ve sarkıntılık suçunu düzenleyen 421. maddede⁹⁶⁶

⁹⁶² Bazı ülkelerde bu suçun mevcut olmadığı, diğer ülkelerde de şiddet, cebir ya da temas gibi unsurlarla birlikte düzenlenmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, cinsel taciz suçuna öngörülecek cezanın öncelikle sırf adli para cezası olarak düzenlenmesinin daha doğru olacağı vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre, bedeni bir temas, vücuda organ ya da cisim ithali gibi unsurlar içermeyen sırf söz, işaret ya da yazı ile meydana gelen bir eyleme hapis cezası verilmesi oldukça gereksiz ve ölçüsüz olacaktır (Kocaoğlu, ss. 487-488).

⁹⁶³ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü’ne göre, “*cinsel*” kelimesinin anlamı, “*cinsiyetle ilgili, cinsi, eşeysel, seksüel*” şeklindedir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57f55a40a17561.60546131, Erişim Tarihi: 15.06.2016). Taciz ise “*tedirgin etme, rahatsız etme*” anlamlarına gelmektedir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57f55afdba9c06.71810245, Erişim Tarihi: 15.06.2016). Bu iki anlamdan hareket ederek, cinsel taciz eylemini, “*bir kimseyi cinsel yönden tedirgin etme ve rahatsızlık uyandırma*” şeklinde tanımlayabiliriz.

⁹⁶⁴ Doktrinde bir görüş, kanun koyucunun bu suçla yeni bir şey ortaya koymadığını, bilinen “*söz atma*” suçunu daha “*fiyakalı*” sözlerle ifade ederek, modernize etmiş ve kapsamını genişletmiş olduğunu belirtmektedir (Hafizoğulları/Özen, s. 170).

⁹⁶⁵ Karşılaştırmalı hukukta cinsel taciz suçunun nasıl düzenlenmiş olduğu hakkında bkz. Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 31 vd.; Artuk, HPD, s. 71; Artuk, CHD, ss. 7-9; Kurt, ss. 509-513; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 353-360.

⁹⁶⁶ 765 sayılı TCK – Söz Atma Sarkıntılık – Madde 421: “*Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.*”. Bu itibarla cinsel taciz içeren davranışlar ani olabileceği gibi, devamlılık da arz edebilecektir. Ancak 105. maddede yer alan cinsel taciz suçunun 421. maddede düzenlenen fiili sarkıntılık (vücuda temas) şeklinde gerçekleşmemesi gerekir. Aksi halde eylem 102/1 (cinsel saldırı) ve 103/1 (cinsel istismar) de yer alan suçlar kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin yolda yürüyen bir kimseye şehevi amaçla bir şeyler söylenmesi, söz atılması ve bu kimsenin takip edilerek söz atmaya devam edilmesi, el kol hareketlerinde bulunulması 105. madde kapsamında değerlendirilecektir. Bu bakımdan 105. maddenin sadece 765 sayılı TCK anlamında söz atma suçunun karşılığını oluşturmadığını, aynı zamanda bazı hallerde sarkıntılık teşkil eden fiillerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. (Yenidünya, ss. 3310-3311). Buna karşılık örneğin mağdurun yanağının okşanması, yanağından bir kez öpülmesi, vücudun cinsel amacı ifade eden veya hatırlatan biçimde ellenmesi fiili sarkıntılık olarak kabul edilmekle birlikte, bu eylemler TCK anlamında cinsel taciz olarak nitelendirilemeyecektir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 325-326). “*Hükümlü hakkında mağdure Gülistan’a karşı sarkıntılık olarak kabul edilen ve kesinleşen hükümde mağdurenin göğsünü tutup soyun diye söyledikten sonra başkaca harici engel olmadan ayrılmak şeklinde*

düzenlenmiştir. Günlük anlamıyla cinsel taciz, “bir kişinin bir başkasını rızası olmadan sözle, gözleriyle veya bedeniyle, cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesi” ya da “bireylerin edep ve iffetlerine yönelik, rahatsız edici nitelikteki hareketlerde bulunması” olarak tanımlanabilir⁹⁶⁷. Bu tür fiillerin her iki TCK bakımından suç olarak düzenlendiği yerler arasında farklılık bulunmaktadır. Buna göre bu tür fiiller 765 sayılı TCK m. 421’de sarkıntılık suçu olarak, genel adap ve aile düzeni aleyhindeki cürümler arasında düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK’da ise bu tür fiiller 105. maddede “cinsel taciz” suçu olarak, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölüm de kişilere karşı suçlar kısmında yer almaktadır⁹⁶⁸.

Önemle ifade etmek gerekir ki, 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun 61. maddesi hükmü ile TCK m. 105’te düzenlenen cinsel taciz suçu büyük ölçüde değişmiştir⁹⁶⁹. İlk olarak, suçun temel şeklinde fiilin bir çocuğa karşı işlenmesi hali

gerçekleşen ve vücut temasını içeren fiilin 5237 sayılı Yasanın 102/1. maddesine uyan cinsel saldırı vasfında bulunduğu kabulü ile lehe Yasanın buna göre belirlenmesi gerekirken unsurları bulunmayan aynı Yasanın 105/1. maddesi kapsamında olduğunun kabul edilmesi...” (Y. 5. CD., 15.06.2006, 5851/ 5589). Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde “mağdurenin külotuna, kalçasına el atma”, “mağdurenin omzuna sarılma” biçiminde gerçekleşen fiilleri sarkıntılık olarak değerlendirmiştir. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, Prof. Dr. Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara 1995, ss. 31-50).

⁹⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 382-383. Cinsel tacizin, işyerinde psikolojik taciz (mobbing) fiillerinden farklı olduğu da ayrıca belirtilmektedir. İşyerinde psikolojik taciz, kişinin işyerinde dışlanması, gereğinden fazla çalıştırılması, iş gücüne, yeteneklerine uygun olmayan haysiyet kırıcı işlerde çalıştırılması, sistemli bir şekilde iş yerinde dışlanması gibi fiilleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu davranışlar TCK’nın 117/1’inci maddesinde belirtilen “...hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal...” etmek kapsamında değerlendirildiği oranda yaptırıma bağlanabilecek olup, kamusal alanda ise amir ve üstlerin astlarına yönelik, görevin gereklerine aykırı bu tarz davranışları, kişilerin mağduriyetine neden olduğundan 257’inci madde kapsamında suç teşkil edecektir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18 vd., 24/II-(d) ve 25/II-(c) ve Medeni Kanun’un 23, 24 ve 25’inci maddeleri kapsamında, iş yerinde psikolojik tacize ilişkin hukuksal ve idari koruma mekanizmaları yer almaktadır. Bu hususta Türk Borçlar Kanunu’nun 417 vd. maddelerinde de, işçilerin kişiliğinin korunmasına yönelik bir takım hükümlere yer verildiği görülmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 326).

⁹⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 383; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 335-336; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 325-326.

⁹⁶⁹ **6545 Sayılı Kanun m. 61 ile değiştirilen madde metni: Cinsel Taciz m. 105: (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.**

6545 Sayılı Kanun değişikliğinden önce madde metni şu şekildeydi: Cinsel Taciz m. 105: (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki

ayrıca düzenlenmiş, ikinci olarak da maddenin ikinci fıkrasına çeşitli düzenlemeler eklenerek suçun nitelikli halinin kapsamı genişletilmiştir. Bu fıkra hem bazı sıfat veya yükümlülüklerin kötüye kullanılması, hem bazı araçların sağladığı kolaylıklardan faydalanılması ve hem de suçun teşhircilik suretiyle işlenmesi yeni nitelikli haller olarak madde metnine eklenmiştir⁹⁷⁰. Bahse konu değişiklikler ilgili kısımlarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. (2) **Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.**

⁹⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 383. Alman Ceza Kanunu'nda cinsel tacize dair özel bir hükme yer verilmemektedir. Ancak Alman doktrininde teşhircilik, çocukların cinsel istismarı, terbiye, nezaret ve muhafazası altında bırakılan kişiyi cinsel açıdan kötüye kullanma, görevin kötüye kullanılması suretiyle cinsel istismar (Al.CK. § 174 vd.) ve alenen hayasızca hareketlerin cinsel taciz olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. Belirli bir kişiye yönelik tacizin Alman ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı bir suç şeklinde görülmediği; hakaret, insan kaçırmaya ya da tehdit suçları bünyesinde istisnaen cezalandırıldığı belirtilmektedir (Artuk, Çalışma ve Toplum, ss. 32-33). Ayrıca 1994 tarihli Çalışanları İş Yerinde Cinsel Tacize Karşı Koruma Kanunu ile cinsel taciz Alman iş hukuku mevzuatının bir parçası olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 359; Nuhoglu, Cinsel Suçlar, s. 639; Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich Herzog, **Sexuelle Belaestigung am Arbeitsplatz im US-amerikanischen und deutschen Recht**, 1997, ss. 90-106). Nitekim Alman Ceza Kanununun "zorlama" başlıklı 240. maddesinin 4. fıkrasının 1 nolu paragrafında, failin "başka bir insanı cinsel davranışa zorlaması" halinde 6 aydan 5 yıla kadar cezalandırılacağı öngörülmektedir. Madde metni için bkz. Yenisey/Plagemann, s. 353; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Herzog, ss. 106-107.

Alman hukukunda stalking suçu da ayrıca düzenlenmektedir. Alman Ceza Kanunu § 238'de yer alan stalking suçu (ısrarlı bir şekilde izleyerek rahatsız etme), söz konusu suçun Alman ceza hukukuna girişi ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 109-121; madde metninin çevirisi için ayrıca bkz. Yenisey/Plagemann, ss. 348-350.

Alman Ceza Kanunu'nda cinsel taciz başlıklı bir hüküm bulunmamaktadır. Hukukumuzda cinsel taciz teşkil eden fiillerin Alman Hukuku'nda ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin olarak çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir. Bu anlamda teşhircilik (Alman Ceza Kanunu § 183) yahut hakaret suçları (Alman Ceza Kanunu § 185) söz konusu olabilir.

Karşılaştırmalı hukukta cinsel taciz fiillerini düzenleyen kanunlara rastlanmaktadır. Örneğin, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununun 222-33 maddesine göre, "Görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak emir, tehdit veya cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 euro para cezasıyla cezalandırılır". 17.02.2002 tarihinde ise, "cinsel amaçlı başkalarını taciz eylemi bir sene hapis ve 15.000 euro para cezasıyla cezalandırılır" biçiminde söz konusu maddeye bir ekleme yapılmıştır (Artuk, Ceza Hukuku Dergisi, s. 7; Artuk, HPD, s. 71; Artuk, Çalışma ve Toplum, ss. 31-32).

23.11.1995 tarihli İspanyol Ceza Kanununun 31.12.2001 tarihli şeklinin "Cinsel Taciz" başlıklı 184/1. maddesinde, "İş, eğitim veya hizmet ilişkisi çerçevesinde devamlılık arzeden veya itiyat haline gelmiş bir biçimde kendisi veya üçüncü bir kimse için cinsel talepte bulunan ve bu davranışı ile mağdurun objektif ve ağır bir şekilde korkmasına, düşmanca hisler beslemesine veya küçük düşürülmesine yol açan, cinsel taciz fiilinin faili olarak hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır" hükmü yer almaktadır. Maddenin 2. fıkrası, "Cinsel taciz fiilini, hizmet eğitim veya hiyerarşik ilişkilerin getirdiği üstünlük durumunun kötüye kullanılması veya bu ilişkiler çerçevesinde haklı beklentileri olan mağdura sarıh veya zımni olarak bir zarar vereceğini bildirme suretiyle gerçekleştiren failin cezası ağırlaştırılır" şeklindedir. Maddenin 3. fıkrası ise yeni bir ağırlatıcı sebep getirmiştir. Buna göre; "Mağdur yaşı, hastalığı veya durumu itibarıyla özellikle

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Cinsel taciz niteliğindeki fiiller 765 sayılı TCK ile “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” babında düzenlenerek, hukuki değer olarak diğer cinsel suçlar da olduğu gibi genel ahlak ve aile düzeni korunmuştur. 5237 sayılı TCK ise bu suçları “*kişilere karşı işlenen suçlar*” içerisinde ve “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlığı altında düzenlemiş ve böylece kanaatimizce, hukuki değer olarak kişinin cinsel yönden rahatsız edilmezliği, dokunulmazlığı ve bütünlüğünün korunması hedeflenmiştir⁹⁷¹.

TCK, cinsel saldırı boyutuna ulaşmamakla birlikte, cinsel yönden kişiyi rahatsız edici davranışları da ayrıca cezalandırarak, cinsel özgürlüğün daha geniş bir çerçevede korunmasına olanak sağlamak istemiş gibi görünmektedir⁹⁷².

kırılğan ise ceza ağırlştırılır.” (Madde için bkz. Markus Hoffmann, Manuel Cancio Mélia, **Das spanische Strafgesetzbuch**, Código Penal vom 23. November 1995 nach dem stand vom 31. December 2001; ayrıca bkz. Artuk, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 7-8; Artuk, HPD, s. 71; Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 32).

İsviçre Ceza Kanununun “*Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar*” başlıklı 193. maddesinde, “*Her kim diğerinin içinde bulunduğu zor durumu veya iş ilişkisini veya başka bir bağıllık ilişkisini istismar ederek onun cinsel bir hareket yapmasına veya böyle bir harekete katlanmasına sebep olursa hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır*” hükmü yer almaktadır. Aynı kanunun 198/2. maddesine göre ise, “*Her kim diğerine fiilen veya kaba bir biçimde sözlü olarak cinsel tacizde bulunursa şikayet üzerine hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır*”. Görüldüğü gibi İsviçre CK’da cinsel tacizin fiili sarkıntılık ve söz atma şeklinde gerçekleştirilmesi hali ayrı bir maddede (m. 198/2) yaptırıma bağlanmıştır (Madde metinleri için bkz. Andreas Donatsch, **StGB Strafgesetzbuch**, Zurich 2004; Guido Jenny, **Kommentar zum schweizerischen Strafrecht**, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Bern 1997; ayrıca bkz. Artuk, Ceza Hukuku Dergisi, s. 8; Artuk, HPD, s. 71; Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 32).

⁹⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 383; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 336; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3515; Gündüz/Gültaş, s. 298. Artuk/Gökcan/Yenidünya bu suçla bireylerin cinsel özgürlüklerinin korunduğunu, aynı zamanda kişiler bu eylemle rahatsız da edildiklerinden, fiilin yaptırıma bağlanmasıyla bireylerin huzur ve sükun içerisinde yaşamaları da sağlanmaya çalışılmaktadır (Artuk/Gökcan/Yenidünya, Özel, s. 326; Artuk/Gökcan/Yenidünya, Şerh, s. 3791). Kurt, burada bireyin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı yanında ayrıca kişinin ahlak anlayışı ve utanma duygusunun da korunduğunu belirtmektedir ki kanaatimizce bu görüş yerinde değildir (Kurt, s. 514). Kocaoğlu burada, cinsel özgürlükle kastedilen şeyin “*negatif statü*” hakları bağlamında, cinsel özgürlüklerine (devletin toplumun ve) üçüncü kişilerin müdahale etme endişesinden bireyin uzak olması hakkı olduğunu belirtmektedir (Kocaoğlu, s. 442).

⁹⁷² Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 421; Aydın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 152; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, ss. 330 vd.; Parlar/Banko, s. 346; Yasemin F. Kırıt Saygılar, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013, s. 144; Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 36; Gerçek Çakıcı, s. 54; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 351.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Hukuki Konusu

Öğretiye göre, cinsel tacizi oluşturan davranışların yöneldiği kişinin cinsel bütünlüğü⁹⁷³ ve dokunulmazlığı, bu suçun hukuki konusunu oluşturur⁹⁷⁴.

B. Fail-Mağdur

Erkek ya da kadın herkes cinsel taciz suçunun faili olabilir⁹⁷⁵. Kanun suçun failinin cinsiyeti konusunda herhangi bir belirlemede bulunmuş değildir. Cinsel taciz suçu, ayrı cinsler arasında olduğu gibi, aynı cinsler arasında da işlenebilir. Bir kadın da bu suçu bir erkeğe ya da kadına karşı işleyebilecektir⁹⁷⁶. Failin yaşının ise genel hükümler dışında bir özelliği yoktur⁹⁷⁷.

⁹⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 329.

⁹⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 384. Yazarlar, suçun hukuki konusunu, cinsel taciz teşkil eden hareketlere muhatap olan kişinin oluşturduğunu belirtmektedirler (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 336). Bir görüşe göre de, mağdurun cinsel bütünlüğü sadece bedensel ya da cismani bir varlık olmayıp, aynı zamanda mağdurun manevi huzurunun dayandığı zihni ve psikolojik alanı da cinsel bütünlüğünün içerisine dahil bulunmaktadır (Kocaoğlu, s. 443).

⁹⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 384; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 336; Yenidünya, s. 3311; Hafızoğulları/Özen, s. 169; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 329; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3793; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 258; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 409; Gerçek Çakıcı, s. 66; Gündüz/Gültaş, s. 300; Artunç, s. 104; Gerçek, s. 2210; Yokuş Sevik, s. 271; Gündüz, s. 99; Taneri, s. 203; Sinan Tumlukolcu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, İBD, C. 87, S. 1, Ocak-Şubat 2013, s. 267; Mehmet Şirin Işık, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, AD, S. 28, 2007, s. 217. Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, eşler arasında cinsel ilişki boyutuna ulaşan bir davranış bile cezalandırılmazken (TCK m. 104), bu suçun eşler arasında da işlenebileceğini söylemek doğru olmayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 421). Karşı yönde bkz. Kurt, s. 518; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 352.

⁹⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 384; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 336, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 352-353; Yenidünya, s. 3311. Mağdurun da evli ya da bekar olması arasında da herhangi bir ayırım yapılmamıştır (Artunç, s. 104; Artuk, HPD, s. 73; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 329; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, ss. 3793-3794). Doktrinde bir görüşe göre, kriminolojik olarak cinsel taciz daha çok cinsiyete özgü bir suç olarak görülmektedir. Yani, cinsel taciz, sadece erkekler tarafından yapılmaktadır gibi bir genel düşünce egemendir. Bu nedenle de bu konudaki kuramlar daha çok erkek fail üzerine yapılandırılmaktadır. Kadınların işledikleri bu tür suçlara yönelik araştırmaların bu anlamda az olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle kadınların işledikleri bu tür fiillerin sonucu, mağdurun psikolojik durumu gibi konularda bilgi sahibi olmadığımızı söylemek yanlış olmayacaktır. Kadınların cinsel tacizlerinin erkeklerin cinsel tacizlerine göre daha az zarar verici nitelikte olduğu, kamuoyu tarafından ciddiye alınmadığı ve bu nedenle de pek önemsenmediği vurgulanmaktadır. ABD’de 1984 yılında yapılan bir araştırmaya göre, cinsel tacize uğrayan erkeklerin %27’sinin, cinsel tacize uğrayan kadınların da %10’unun failinin kadınlar olduğu tespit edilmiştir (Cinsel taciz faili olarak kadınlar, bu konudaki somut örnekler, uygulamaya yönelik sonuçlar konusunda ayrıntılı bilgi ve araştırmalar konusunda bkz. Akbaş/Sanberk, ss. 32-41).

⁹⁷⁷ Yaşar/Gökcan/Artunç, s. 3516. Öte yandan eğer fail akıl hastası ise, yani bu nedenden dolayı, işlediği cinsel taciz fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamıyorsa veya bu fiille ilgili olarak

TCK m. 105’de düzenlenen cinsel taciz suçunun mağduru da erkek ya da kadın herhangi bir kişi olabilir. Söz konusu suç, farklı ya da aynı cinsteki kişiye karşı işlenebilecektir⁹⁷⁸.

6545 sayılı kanun değişikliğinden önce çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olup olamayacakları⁹⁷⁹ hususu öğretide tartışmalı idi⁹⁸⁰. 6545 sayılı kanunun 61. maddesi hükmü ile, Yargıtay’ın kabulü ve uygulaması doğrultusunda maddenin birinci

yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış ise, bu kişiye TCK m. 32/1-c.1 gereğince ceza verilmeyecektir. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (TCK m. 32/1-c.2). Bu derecede değilse de, cinsel taciz suçu ile alakalı olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin cezası kanunda belirtilen şekilde azaltılacaktır (TCK m. 32/2-c.1-2). Mahkum olunan ceza ise, süresi aynı olmak şartıyla, kısmen ya da tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilecektir (TCK m. 32/2-c.3). “*Cinsel taciz suçundan sanığın yapılan yargılaması sonunda; ... akli durumuna ilişkin sanığın kolluk beyanı ile müdafinin 09.07.2008 tarihli temyiz dilekçesi karşısında; sanığın 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi kapsamında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına engel veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltacak bir akıl hastalığına duçar olup olmadığının raporla tespiti ile gerektiğinde Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulundan mütalaa alınması ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanun’a aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 14.03. 2011 T., 2010/10912, 2011/1965) (Bkz. Kocaoğlu, ss. 443-444, dn. 26).

⁹⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 421; aynı yönde bkz. Yokuş Sevik, s. 271; Kırıt Saygılar, s. 144; Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 35; Hafizoğulları/Özen, s. 169; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 352; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 336; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 329; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, ss. 3793-3794; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 258; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 409.

⁹⁷⁹ Öğretide, bu durumda çocukların cinsel istismarı suçunun, m. 103/1-a’da belirtilen kişilerin mağdur olması halinde oluşacağı, 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların ise 105. maddedeki suçun mağduru olabileceği belirtilmiştir (Kırıt Saygılar, ss. 144-145). Karşı yönde bkz. Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 35.

⁹⁸⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, kitaplarının o dönemde yapılan baskısında, TCK m. 103’te “*onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*”ın “*çocukların cinsel istismarı*” suçu olarak değerlendirilmekte olduğunu belirtmişler ve çocuklara yönelik yapılan cinsel taciz niteliğindeki fiillerin TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağını ve bu durumda da çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşler idi. Ancak aynı basıda çocukların bu suçta mağdur olarak kabul edilebilmesi için kanun maddesinde ayrıca daha ağır cezayı öngören bir açık düzenleme yapılması gerektiğini ve fakat kanunun genelinde yapılan bu ayrımın cinsel taciz suç tipi için yapılmış olmadığını da dile getirmişlerdi (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, ss. 356-357; karşı yönde bkz. Artunç, s. 104).

Bu dönemde Yargıtay, çocuğun basit cinsel istismarı suçunda, mağdureye yönelik fiziki bir temas olmaksızın kendi cep telefonundan mağdurenin kullandığı cep telefonuna “*ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin*” şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderen sanığın eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kanısına ulaşmıştır (Y. 14. CD., 04.05.2012 T., 5627/ 5110) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2015). “*Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.*” (Y. 5. CD., 18.03.2008 T., 38/ 2115) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.10.2014). Görüldüğü gibi, Yargıtay’ın görüşü çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru olabileceği yönünde idi (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 381; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 421-422).

fikrasına çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru⁹⁸¹ olabileceği yönünde bir cümle eklenmiştir. İkinci cümlede yer alan aynı değişiklik hükmü ile bu suçun çocuklara karşı işlenmesi halinde fıkranın birinci cümlesine nazaran daha ağır bir ceza verilmesi hususu kanunlaşmış olmaktadır. O halde çocuğun vücuduna temas içermeyen ve TCK m. 103 kapsamında olmayan aynı zamanda da cinsel amaçlı rahatsız edicilik özelliği gösteren fiiller çocuk mağdurlara karşı da işlenebilecektir⁹⁸². Konuya ilişkin eleştirilerimiz için yukarıda çocukların cinsel istismarı suçu altındaki açıklamalarımıza bakınız.

C. Eylem

5237 sayılı TCK açısından suçun maddi unsurunun cinsel taciz olduğunu belirtmek gerekir. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, TCK m. 105/1’de “*bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme*” şeklinde belirtilmiştir. Hangi tür davranışların bu anlamda “*cinsel taciz*” sayılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır⁹⁸³. TCK

⁹⁸¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 13.12.2007 tarih ve 2006/12163 E. ve 2007/966 K. sayılı kararında da değindiği üzere, cinsel taciz mağduru eğer bir çocuk ise, CMK m. 236/3 gereğince, çocuğun dinlenilmesi esnasında, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması şarttır (Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, s. 123).

⁹⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 384. Tezcan/Erdem/Önok’a göre, bu değişiklik ile TCK m. 103/1-a’da “...çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış” ibaresinden dolayı çocukların cinsel taciz mağduru olup olamayacakları hususunda devam eden tartışma neticelenmemiştir. Bu değişiklikten sonra da, her tür çocuğa karşı işlenen ve bedensel temas içermeyen her fiilin mutlaka m. 105 hükmüne gireceğini söylemek mümkün görünmemekte ve bu bakımdan, TCK m. 103 altında bu konuda yapılan tartışmalar halen önemini sürdürmektedir (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 422).

⁹⁸³ Bu durumun kanunilik ilkesi bakımından ortaya çıkardığı sakıncalar hakkında bkz. Kurt, ss. 514 vd. Bu konu, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne hükmün iptali için başvurulmasına neden olmuş; ancak Mahkeme, bu istemi reddetmiştir (2008/55 E., 2010/41 K. sayılı, 25.02.2010 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, RG., 22.06.2010/ 27619): “Başvuru kararında, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanınının yapıldığı, Resmi Gazete’de yayımlanmayan madde gerekçesinin öğreti ve uygulamada yargı mercilerini bağlayıcı olmadığına büyük oranda kabul edildiği, suçun maddi unsurunun hangi eylemleri içerdiğinin açıkça belirtilmediği ve tartışmalı olduğu, bu konuda öğreti ile uygulamada farklılıklar bulunduğu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür...İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların “cinsel taciz” sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK’nin “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez...Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurali Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 422; dn. 368).

Doktrindeki bir görüşe göre, uygulamada savcılıklar tarafından hazırlanan iddianameler ve mahkemeler tarafından verilen kararlar, bu suçun kanunilik ilkesi bakımından son derece geniş

m. 105'in gerekçesinde “cinsel taciz” kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Gerekçeye göre cinsel taciz; “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, **ahlak temizliğine aykırı olarak**⁹⁸⁴ mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir”⁹⁸⁵.

765 sayılı TCK'da ise suçun maddi unsuru söz atmak ve sarkıntılık olarak belirlenmişti. 765 sayılı TCK bakımından sarkıntılık; belirli bir kimseye karşı şehvet hissiyle yapılan, edep ve iffete dokunacak nitelikte ve aralıklı olarak (*kesintilerle*) devam edip sırnaşıkça nitelik arz eden saldırılar olarak anlaşılmaktaydı. Uygulamada

yorumlanmaya açık bir düzenleme içerdiğini göstermektedir. Maddenin bu düzenleniş şekli nedeniyle flörtöz davranışlar ile cinsel taciz arasındaki sınırı çizebilmek mümkün olmamaktadır ve Anayasa mahkemesi yukarıda bahsi geçen kararla isabetsiz bir şekilde bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu görüşe göre, TCK m. 105/1 içeriği belirsiz bir düzenlemeye sahiptir ve bu düzenleme Anyasa Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere gerekçe ve bölüm başlığından yola çıkılarak kanunilik ilkesine uygun hale getirilemez. Çoğu ülkede bu eylem ceza hukuku altında korunmamakta, suç haline getirildiği ülkelerde ise eylem yargı süjeleri tarafından yanlış yoruma neden olmaması açısından ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmaktadır (Kocaoğlu, s. 441, dn. 14).

⁹⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 142. Yeni düzenlemenin uygulanması bakımından gerekçede ahlak temizliğine aykırı olan her davranışın cinsel taciz olarak değerlendirilmesi yerinde olmamıştır. Ahlak temizliği gibi sürekli değişen belirsiz bir kavrama sayanılarak cinsel tacizin tanımlanmaya çalışılması, farklı uygulamalara neden olacağından tartışmaya açıktır (Eleştiriler için bkz. Yokuş Sevik, ss. 272 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 422; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 331). Çünkü bilindiği üzere ahlak kavramı kişiden kişiye, yöreden yöreye ve toplumdan topluma değişebilmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 387). Gerekçeye de yansıtılmış bu tür bir subjektif yaklaşımın soruşturmada savcılar, kovuşturma aşamasında ise hakimlerin kendi subjektif ahlak anlayışlarına göre keyfi kararlara neden olmasının kaçınılmaz olacağı hususundaki görüş için bkz. Kocaoğlu, s. 440.

⁹⁸⁵ Kocaoğlu, burada Yargıtay'ın cinsel tacizle ilgili kararlarında Kanun gerekçesini de aşarak, anlaşılamayacak bir şekilde “*ahlakçı*” bir yaklaşım sergilediğini belirtmektedir. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında failin “*seni seviyorum*” mesajını hangi gerekçelere dayanarak cinsel içerikli bir beyan olarak kabul ettiğini açıklamadığını; bir insanın bir başkasına sevgisini ifade etmesinin nasıl cinsel bir anlam taşıdığını belirtmediğini vurgulamaktadır. Kocaoğlu'na göre, failin bu eylemi TCK'nın herhangi bir normunu ihlal etmemekle birlikte, yerel mahkemenin eylemi TCK m. 123 olarak nitelendirmesi bile Yargıtay'ın eylemi TCK m. 105 çerçevesinde ele alan yorumundan daha anlamlıdır. Söz konusu karara göre, “*Oluş ve dosya kapsamına göre, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında katılana ait telefona 14.10.2008 ile 16.10.2008 tarihleri arasında birden fazla kez “Seni seviyorum” yazılı mesajlar göndermesi karşısında, eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 105/1, 43/1 maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlışya düşülerek yazılı şekilde kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 21.01.2015 T., 2014/11220, 2015/436). Ancak, sadece sevgi belirtmeyen, “*seni seviyorum*” ifadesinin yanında cinsel içerik taşıyan beyanlar sarf edildiğinde artık eylemin cinsel taciz olarak nitelendirilmesinde tereddüt olmamalıdır. “*Mağdurenin soruşturma aşamasında; kafede oturduğu esnada daha önceden tanımadığı sanığın yanlarına gelerek kendisine bir kağıt verdiği, İngilizce olarak “merhaba ben Y. benim cep telefon numaram 0555...’dir. Senin ile seks yapmak istiyorum, seni seviyorum” yazdığını ifade ettiği olaya ilişkin olarak tanıkların soruşturma aşamasındaki mağdureyi doğrulayan ifadesi karşısında sanığın üzerine atılı cinsel taciz suçunu işlediği açıkça anlaşılmaktadır.*” (Y. 14. CD., 17.12.2014 T., 2013/7578, 2014/14417) (Bkz. Kocaoğlu, ss. 447-448, dn. 42).

ise örneğin, kişiyi evine kadar arkasından müstehcen sözler söyleyerek takip etmek veya art arda açık seçik ifadelerle dolu mektuplar göndermek, ya da mağdurenin penceresini devamlı tıklatıp “*beni içeri al haydi*” demek sarkıntılık niteliğinde kabul ediliyordu. Yine, 765 sayılı TCK bakımından, söz atma fiilleri ise, şehvet duygusuyla, belirli bir kimseye yönelik olarak, sözlü veya mektupla yapılan, ani ve münferit saldırılar olarak anlaşılmaktaydı. Uygulamada ise, yoldan geçen bir kadına “*sen ne güzel şeysin yavrum*” demek, kendi cinsel organını işaret edip göz kırpmak ya da salt cinsel ilişki teklif etmek gibi davranışlar söz atma niteliğinde kabul edilmekteydi. Ancak, sözlü saldırılar aralıklarla devam eden, sürekli bir hal aldığına, artık burada söz atma değil sarkıntılık suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi⁹⁸⁶.

Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe tarafından daha önce, 5237 sayılı TCK’daki “*cinsel taciz*” şeklindeki yeni düzenlemenin 765 sayılı TCK’daki söz atma ve sarkıntılık fiillerinin ikisini de kapsar nitelikte olduğu belirtilmişti⁹⁸⁷. Ancak 6545 sayılı kanun değişiklikleri ile “*sarkıntılık*” düzeyindeki fiillerin mağdurun yaşına göre cinsel saldırı (TCK m.102/1-son cümle) veya çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/1-ikinci cümle vd.) suçunu oluşturabileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. O halde bu yeni düzenlemelere bakıldığında, TCK m. 105’de bulunan cinsel taciz suçunun maddi unsurunu oluşturan cinsel amaçlı rahatsız edici fiillerin, sadece sarkıntılık boyutuna ulaşmayan sırnaşıkça hareketler ile söz atma fiilleri ile sınırlı anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bahse konu düzenlemeler ile cinsel taciz suçunun kapsamının son derece daraldığını ve cinsel saldırı ile çocukların cinsel istismarı suçları kapsamının ilgili suçların olması gereken boyutlarına nazaran oldukça genişlediğini söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 385.

⁹⁸⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 357.

⁹⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 385; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 453; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 327-330. Cinsel amaçlı olarak başkasını rahatsız edici hareketin, çocuğa da yönelik olsa vücut dokunulmazlığını ihlal etmemiş olması aranacaktır. Aksi halde cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçundan söz etmek gerekecektir. Şu halde TCK m. 103’te çocuğa yönelik olarak gerçekleştirilen “*her türlü cinsel davranış*” değil, TCK m. 105 kapsamı dışında kalan cinsel davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Bedensel teması gerektiren her türlü davranışın, olaya eşlik eden tüm koşullar ve bu arada gerek davranışın önemi (normatif) gerekse yoğunluğu ve süresi (niceliksel) göz önünde bulundurulmaksızın cinsel saldırı veya cinsel istismar kapsamında cezalandırılması, buna karşılık mağdurun cinsel özerkliğini ihlal eden en ağır davranışların ise salt “*bedene temas edilmedi*” diye cinsel taciz kapsamında ele alınmasının doğru olmadığı vurgulanmaktadır. Örneğin, bu durumda failin, sanal ortamda çocuğun soyunmasını sağlayıp kendisini cinsel yönden doyurmaya çalışmasını cinsel taciz olarak cezalandırmak gerekecektir ki, bu görüşe göre bunun kabulü mümkün olmamalıdır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel

Mağdurda rahatsızlık yaratacak şekilde yapılan her türlü cinsel davranışa cinsel taciz diyor isek⁹⁸⁹, bu noktada cinsel saldırıyı cinsel tacizden ayırmak gereği de ortaya çıkacaktır. TCK m. 102’de yer alan eylemle, cinsel taciz arasındaki ortak nokta eylemlerin cinsel yönünün bulunmasıdır. Ancak burada mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması zorunludur. Yargıtay, bu noktada “**temas kriterini**” kullanmaktadır ve temas varsa cinsel saldırı, yoksa cinsel taciz suçunun oluştuğunu kabul etmektedir⁹⁹⁰. Doktrinde, vücuda temasa ilişkin bu kriterin kısmen

Hükümler, s. 424). “*Sanığın mağdurların vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin sanal ortamda soyunmalarını sağlayıp izlemek şeklindeki bedensel temas içermeyen eylemlerinin her mağdure için ayrı ayrı TCK’nın 105/1 maddesinde öngörülen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Kanunun 103/1 maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçundan hükümler kurulması...*” (Y. 14. CD., 06.03.2012 T., 2011/ 6467, 2012/ 2656) (Karar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 367, dn. 105).

⁹⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok’a göre, vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan ve mağdurda rahatsızlık yaratan bir boyuta ulaşan her türlü cinsel davranış cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 422-423). Taner’e göre, “*mağdurun rızası dışında gerçekleşen cinsel özgürlüğünü ihlale elverişli ve vücut teması olmaksızın gerçekleştirilen davranışlar*” cinsel tacizdir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 363-364). Bir başka tanıma göre cinsel taciz, “*birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda bedeni temas içermeyen rahatsız edici nitelikteki hareketler*” dir (Yenidünya, s. 3301; Artuk, Çalışma ve Toplum, s. 36). Kurt’a göre ise, belirli bir kimseye karşı şehvet duygusuyla gerçekleştirilen, utanma ve namus duygusunu rencide edecek, ahlak yönünden rahatsızlık yaratacak şekilde bedensel temas gerektirmeyen hareketlere cinsel taciz denilmektedir (Kurt, s. 517). Ünver’e göre ise, “*bireyin vücudu ile temas etmeyen ve cinsel özgürlüğüne haksız müdahale niteliğindeki hareketler*” cinsel tacizdir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 331).

⁹⁹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 386; Koca/Üzülmez, ss. 337-338. Cinsel taciz kavramı ceza kanunumuza ilk kez 5237 sayılı TCK’nın 105. maddesi ile girmiş bulunmaktadır. Tumlukolçu, 6545 sayılı yasadan önceki değerlendirmesinde cinsel taciz ve cinsel saldırı eylemlerini yalnızca bedensel temasın olup olmaması kıstasından hareket ederek değerlendirmenin, son derece hatalı olduğunu vurgulamıştır. Failin, mağdurun örneğin sadece saçlarına dokunmasını ya da yanından geçerken hafiften sürtünmüş olmasını cinsel saldırı olarak değerlendirmenin, son derece hatalı yorumlara neden olabileceğini, bu anlamda bedensel temas kriterinin yetersiz kaldığını belirtmiştir. Bu güçlük, hem yasa ile getirilen tanımın uzun bir geçmişi olmamasından hem de yeni gelişme ve yorumlamalar ile sürekli biçim değiştirme özelliğine sahip cinsel taciz kavramının sınırsızlığından kaynaklanmaktadır. Aynı görüşe göre, kanunun bir tanımlama içerisine girmemesi yerinde olmuş ise de, gerekçenin ahlak değerlerine atıf yapması son derece hatalı olmuştur. Hangi hallerin taciz hangi hallerin karşı cinsi etkileme amaçlı, kur yapıcı davranışlar olduğu çizgisi de, hem kadın hem erkek ilişkilerinin gelişim yaklaşma çizgisinin belirlenmesinde, hem de cinsel saikli ve anlamlı davranışların bireyin kendisini bir nevi ifadesi olarak değerlendirildiğinde, yazara göre ifade özgürlüğü ile de yakından ilişkilidir. Eyleme, yalnızca mağdurun tarafından bakmak, cinsel anlamda tacize maruz kaldığını iddia ettiği her durumu da onun açısından yorumlamak, hatalı sonuçlara sebep olabilecektir (Tumlukolçu, ss. 269-270).

“*Suç tarihinde 17 yaşında olan katılandan çok hoşlandığını söyleyerek, elini katılanın omzuna atıp, sarılmaya teşebbüs eden sanığın eyleminin cinsel istismar suçuna uyduğu gözetilmeden cinsel taciz suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır.*” (Y. 2. CD., 01.07.2014 T., 2013/37109, 2014/18594) (Karar için bkz. Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, Ekim 2015 Tarihi İtibariyle Güncelleştirilmiş, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 304, Kasım 2015, s. 92)

“*Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması nedeniyle, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu*

yerinde olsa dahi tek başına yeterli olmayacağı kanaati belirtilmişti. Bu görüşe göre, vücuda temasın mutlaka cinsel davranış boyutuna ulaşması gerekmekte idi. Zira bir davranışın cinsel davranış boyutuna ulaşıp ulaşmadığının tespitinde en önemli nokta failin cinsel saiki olup, bunun tespitinde hareketin yoğunluğu, sürekliliği, hangi bölgeye yöneltildiği, mağdurun veya failin çıplaklığı gibi kıstaslara göre bir değerlendirme yapılarak cinsel davranışın var olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁹⁹¹. Bu görüş doğrultusunda bakarsak, mağdura çimdik atmak, saçlarını okşamak⁹⁹², yüzüne dokunmak, mağdura sürtünmek, boynunu koklamak, kollarını okşamak, elbisesi üzerinden kalçasına ve göğüs bölgesine bir anlık dokunmak, başını omzuna koymak, omzuna dokunmak gibi içinde temas barındıran hareketlerin her zaman cinsel saldırı olarak nitelendirilemeyeceği görüşü savunulmuş idi⁹⁹³. Ancak, 6545 sayılı kanun ile vücuda temas içeren bu tür fiillerin değişiklik öncesi cinsel saldırı veya cinsel istismar oluşturup oluşturmayacağına dair tartışmalara son verilmiştir. Sarkıntılık düzeyindeki hareketler de TCK m. 102/ 1 ve 103/ 1 kapsamına alınmıştır. Bahse konu dönemde temas kıstasını esas alan görüşler ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda getirilen bu düzenlemeler, doktrindeki bu görüşe göre yerinde olmamakla birlikte, kanun koyucunun bu tür fiillere verdiği anlamı ve cinsel suçlara bakışını göstermesi bakımından önemlidir⁹⁹⁴.

Fail tarafından gerçekleştirilen davranışın “taciz” sayılabilmesi, mağdur açısından bunun “rahatsız edici” boyuta ulaşmasını gerektirmektedir. Rahatsızlık vermeyen ve cinsel içerikli de olmayan konuşmaların ya da hitapların bu suç oluşturmayacağı vurgulanmalıdır⁹⁹⁵. Örneğin, bir kişiye arkadaşlık, sevgililik teklif

oluşturacağı gözetilmelidir. Cinsel taciz suçundan mahkumiyete karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” (Y. 14. CD., 05.04.2012 T., 2011/ 6460, 2012/ 4058) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 03.05.2015).

⁹⁹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 358.

⁹⁹² Soyaslan, Özel Hükümler, s. 258.

⁹⁹³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 5. Baskı, s. 358; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 337-338; çeşitli örnekler için ayrıca bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 366-375.

⁹⁹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 386. Y. 14. CD., 06.03.2012 T., 6467/ 2656 sayılı kararına göre, “*Olay günü sanığın, bir alışveriş merkezindeki dükkanın vitrininde bulunan hayvanları izleyen mağdurenin arkasından yaklaşarak elinde bulunan cep telefonunun kamerası ile mağdurenin bacaklarını kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eylemi*” bu suç değil, TCK’nın 134/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan “*özel hayatın gizliliğinin ihlali*” suçunu oluşturacaktır (bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 367).

⁹⁹⁵ Faili bu tür davranışlara iten, yani mağduru rahatsız etmek için harekete geçiren neden, örneğin aşağılama düşüncesi gibi cinsel olmayan bir neden de olabilir. Bu durumda aşağılama, şeref ve haysiyeti incitme amacı ile bir kimsenin duygularına yöneltilen taciz fiilleri cinsel taciz değil, somut olayın koşulları varsa hakaret suçunu oluşturacaktır. Buna göre, cinsel taciz, “*birey ya da bireylerin*

edilmesi⁹⁹⁶, adının, yaşının, nerede oturduğunun, sevgilisi olup olmadığının, evli olup olmadığının sorulması bahsi geçen suç oluşturmayacaktır. Bununla birlikte Yargıtay⁹⁹⁷, mağdureyi takip edip, elindeki telefon numarası yazılı kağıdı vererek “beni bu numaradan ararsın” diyen sanığın eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu şeklinde karar vermiştir⁹⁹⁸.

cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir”. Buna göre, cinsel amaçlı olmayan tacizin 105. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Ancak hangi tür davranışların cinsel taciz sayılacağı konusunda kanunumuzda bir açıklık bulunmadığı da ayrıca belirtilmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 327).

⁹⁹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 386. Malkoç, bu hususta kişiye belli ölçüde sorular sorulması ve ısrar edilmesinin de bu suç oluşturmayacağı kanaatindedir (Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 299-300). Taner, bu kabulün “suçun sınırlarının öngörülemez biçimde genişlemesi sonucuna yol açacağını” belirtmekte ise de (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 365); Tezcan/Erdem/Önok ise, tersine bu koşulun suç tipinin uygulama alanının daralması sonucunu doğuracağını belirtmektedirler (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 423; dn. 372).

⁹⁹⁷ Yargıtay’ın arkadaşlık teklif etmeyi (ve bunda ısrar göstermeyi) dahi cinsel taciz olarak nitelendirilen bazı kararları vardır. Bu kararların “sosyal yaşamın gereği olan bazı davranışları cezalandırma sonucuna yol açması nedeniyle endişe verici” olduğu belirtilmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 370 vd.). Örneğin, “mağdureye birkaç kez arkadaşlık teklif edip, çalıştığı işyeri önünde uzun süre dikilip ona taciz edici bakışlar yöneltmek” (Y. 14. CD., 17.04.2012 T., 10775/4475), “şikayetçiyi arayarak arkadaşlık ve buluşma teklif etmek” (Y. 5. CD., 25.02.2007 T., 13423/278), “evli olan mağdurenin cep telefonuna “iyi akşamlar ben Ali, telefon numarasını bir arkadaştan aldım, amacım bekar iseniz ileriye dönük arkadaş olmak, kabul ederseniz. Kabul etmezseniz bir daha rahatsız etmem, rahatsız ettiysem özür dilerim. Tekrar iyi akşamlar” şeklinde mesaj göndermek ve üç kez aynı numaradan aramak” (Y. 14. CD., 12.04.2012 T., 6686/4364) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 423; dn. 375). Bu anlamda örneğin başkasına cinsel organını göstermek (Y. 5. CD., 12.10.2009 T., 9339/11313, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2015), cep telefonunu birçok defa çaldırıp kapatmak, açıp ses vermemek sonunda da cinsel içerikli mesaj göndermek (Y. 5. CD., 19.02.2008 T., 18256/992, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.05.2015), öpmek istediğini söylemek (Y. 14. CD., 08.03.2012 T., 4053/2763 sayılı karar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 369), minibüsten inen mağdurenin eteğini kaldırmak (Y. 14. CD., 17.04.2012 T., 14394/4880 sayılı karar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 366), mağdureyi evine kadar ıslıkla takip etmek ve yazdığı kağıdı mağdureye verip “beni bu numaradan ararsın” (Y. 14. CD., 15.03.2012 T., 7453/3116) şeklinde sırnaşıkça hareketlerde bulunmak cinsel taciz suçuna vücut vermektedir (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 425, dn. 388). Yargıtay kararlarında ayrıca, “evli olduğunu bildiği mağdureye evlenme teklif ederek seni seviyorum demek” (Y. 14. CD., 12.01.2012 T., 5467/202), “araba içinden öpücük atmak” (Y. 14. CD., 03.02.2012 T., 4628/723), “senin için yanıyorum, eriyorum, sana aşığım”, (Y. 14. CD., 18.04.2012, 4138/4553), “...Sanığın mağdureye boş vakti olup olmadığını sorup buluşma ve yemek yeme teklifinde de bulunup, gözlerinin ne güzel olduğu ve ne güzel bir kız olduğu şeklinde sözler de söylemek suretiyle...cinsel taciz suçunu işlediği sabit olduğu...” (Y. 14. CD. 29.05.2012, 12504/6089) şeklindeki fiiller ve sözler cinsel taciz kapsamında kabul edilmiştir (Bu ve benzeri kararlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 329, dn. 16-24).

⁹⁹⁸ “Daha önceden sanığı tanımayan ve sanığa iftira atması için bir neden bulunmayan mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve bu beyanları doğrulayan tanık Emine’nin anlatımları, sanık tarafından mağdureye verilen telefon numarası yazılı olan kağıt parçası, sanığın tevilli ikrarı ile tüm dosya kapsamından; olay günü saat:13:00 sıralarında evine doğru giden mağdurenin arkasından arkadaşıyla birlikte gelip mağdureyi evine kadar ısrarla takip eden ve yazdığı kağıdı mağdureye verip “beni bu numaradan ararsın” şeklinde sırnaşıkça hareketlerde bulunan sanığın eylemi cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde, olaydan 2 ay sonra kovuşturma aşamasında temin edildikleri anlaşılan tanıkların oluşturma ve dosyaya uygun düşmeyen anlatımlarından hareketle sanığın beraatine karar

Cinsel taciz suçu serbest hareketli bir suç olduğundan suçun maddi unsurunu oluşturan hareket her şekilde gerçekleştirilebilir. Örneğin; sözlü (*laf atmak, cinsel ilişki teklifinde bulunmak, kendisini evine almasını istemek*), hareketli herhangi bir davranışla (*ısıklık çalmak, el-kol hareketi yapmak, cinsel organını teşhir etmek*) ya da yazılı (*cinsel içerikli mektuplar yazmak, şehvet içerikli mesajlar yollamak*) taciz yapılabilmesi mümkündür⁹⁹⁹. Bazen ima yoluyla yapılan hareketlerin de cinsel taciz suçunu oluşturabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁰. Ancak cinsel taciz suçu serbest hareketli bir suç olsa da yukarıda belirttiğimiz üzere vücuda temas içerecek şekildeki hareketler son değişikliklerden sonra artık bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir. Suça ilişkin hareketlerin mutlaka süregelmesi, sıklıkla yapılıyor olması aranmayacaktır. Aksine 6545 sayılı kanun değişikliği sonrası süregelen, sıklıkla yapılan rahatsız edici nitelikteki fiillerin mağdurun vücuduna temas bulunmasa bile “*sarkıntılık*” niteliğinde olarak değerlendirilip, mağdurun yaşına göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçu olduğu yönünde sonuca varılması tehlikesi söz konusudur. O halde sarkıntılık açısından 765 sayılı TCK bakımından hareketlerin “*sırnaşıkça hal*” alması

verilmesi, bozmayı gerektirir” (Y. 14. CD., 15.03.2012 T., 2011/7453, 2012/3116) Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 386-387, dn. 242.

⁹⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 424-425; Yokuş Sevük, s. 274; Kurt, s. 517; Kırıt Saygılar, ss. 148-149; Artuk, Çalışma ve Toplum, ss. 36-37.

¹⁰⁰⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 387. Kocaoğlu ise, ima yoluyla cinsel taciz suçunun işlenemeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, açıkça belirtilmeyen, dolaylı olarak anlatılan bir şeyden yola çıkarak her türlü şüpheden uzak bir şekilde bir kimse aleyhine suç ihdas etmek ve hele ki bir kişiyi ima nedeniyle mahkum etmek, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Zira, kimine göre ima olduğu düşünülen bir hareket (ya da söz) adı üzerinde dolaylı bir ifade olduğu için subjektiftir ve herkese göre başka şekilde yorumlanabilmesi mümkündür. Bu görüşe göre, kanunilik ilkesi bakımından ima yoluyla yapılan hareketler değil, ancak doğrudan cinsel anlam taşıyan hareketler (ya da beden dili davranışları) cinsel taciz suçunun içerisinde ele alınmalıdır (Kocaoğlu, s. 448, dn. 45).

aranıyorken¹⁰⁰¹, TCK bakımından cinsel taciz suçu yapılan ani ve tek bir hareketle de işlenebilecektir¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin verdiği karara göre; “*Evine doğru giden mağdurenin arkasından arkadaşıyla birlikte gelip mağdureyi evine kadar ısrarla takip eden ve yazdığı kağıdı mağdureye verip “beni bu numaradan ararsın” şeklinde sırnaşıkça hareketlerde bulunan sanığın eylemi cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır*”. (Y. 14. CD., 15.03.2012 T., 2011/7453, 2012/3116) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 09.08.2015). Kocaoğlu, sırnaşıkça hareket kavramının 765 sayılı mülga TCK’da sarkıntılık suçunun bir unsuru olduğunu ancak 5237 sayılı TCK bakımından sırnaşıkça hareketin ne cinsel tacizin ne de başka bir suçun unsuru olmadığını vurgulamaktadır. Bu nedenle Yargıtay’ın faile ceza verebilmek için mülga TCK’dan mülhem bir şekilde “*sırnaşıklık*” unsurunu yorumda kullanması her şeyden önce ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*kanunilik*” ilkesinin ihlali niteliğinde olacaktır (Any. m. 13, 38; BM İHEB m. 11/2; AİHS m. 7; TCK m. 2). Yine bu görüşe göre, bir eylemin sırnaşık olarak nitelendirilebilmesi için “*sürekli*” olması gerekmektedir. Sadece bir gün mağduru belli bir süre takip edip, arkadaşlık kurabilmek için telefon numarasını herhangi bir cinsel imada bulunmadan vermek yolunu aramanın süreklilik unsuru taşımadığını da yine belirtmek gerekmektedir (Kocaoğlu, ss. 452-453).

¹⁰⁰² Yenidünya, s. 3310; Yokuş Sevük, s. 274; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 366. Hafizoğulları ise, cinsel taciz suçunun sadece söz veya işaretler yoluyla işlenebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, kanun koyucu, ilgili suçta pek fazla yeni bir şey ortaya koymamış, bilinen söz atma suçunu, “*daha fiyakalı*” sözlerle ifade ve modernize ederek, kapsamını genişletmiş bulunmaktadır (Hafizoğulları, ss. 367-368). Suçun oluşması bakımından, gerçekleştirilen cinsel davranışın devam süresi önemli ise de, tek başına belirleyici değildir; münferit ve ani hareketler de (mağdureye doğru cinsel organın sallanması gibi) Tezcan/Erdem/Önok’a göre, duruma göre cinsel taciz sayılabilecektir; meğer ki, söz konusu davranış tek başına ele alındığında da rahatsızlık verici bir boyuta ulaşmış olsun (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 423; aynı yönde bkz. Kurt, s. 517; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 414).

Yargıtay, mağdur ile “*bedensel temas*” söz konusu olduğunda, mağdurun yaşına göre, TCK m. 102 ya da m. 103’ü uygulamıştır. 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikte, bu suçun “*çocuğa*” karşı işlenebileceği öngörüldüğünden, Tezcan/Erdem/Önok tarafından yanlış bulunan söz konusu uygulama yasal dayanak da kazanmış bulunmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 424). “*Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen “yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesiyle mağdureye yaklaşıp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynayarak göstermekten” ibaret eyleminin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu*”, (Y. 5. CD., 04.06.2007 T., 3731/ 4315, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2014). “*Yolda yürüyen mağdureyi takip eden sanığın mağdureyi portakal bahçesine davet ederek, bahçede elini tutup öpmeye çalıştığı, mağdurenin kurtulması üzerine takibine devam edip elini omuzuna atarak birlikte yürümek istediği şeklindeki oluş ve kabul karşısında, fiilin bedensel temas içermesi nedeniyle sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 102/1 maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu...*”, (Y. 5. CD., 28.04.2008 T., 3388/ 3673, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.06.2014). “*28.6.1984 doğumlu Gülcan’ın vücudunun üst taraflarını ellemek ve öpmek şeklindeki sanık eyleminin Ekim 2002 tarihinde gerçekleştirilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 102/1 maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu...*”, (Y. 5. CD., 01.05.2006 T., 2760/ 3709, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.08.2015). “*...hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılmakla, hükümlünün fiilinin 5237 sayılı TCK’nın 102/1 maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğu...*”, (Y. 5. CD., 16.02.2006 T., 306/ 901, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.07.2014). “*Sanığın olay günü kendisinden uzaklaşarak isteyen mağdureyi ısrarla takip ederek sırnaşıkça sözler sarf etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin vücut dokunulmazlığını ihlal etmemesi sebebiyle cinsel istismar niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma veya cinsel taciz suçunu oluşturup oluşturmayacağı da karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.*”, (Y. 5. CD., 27.04.2011 T., 2804/ 3503, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 20.08.2015).

D. Suça Etki Eden Haller

1. Genel Olarak

TCK m. 105/2 hükmü, 6545 sayılı kanun değişiklikleri ile neredeyse tamamen şu şekilde değişmiştir¹⁰⁰³:

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

(2) **Suçun;**

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, **b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler** tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

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

e) Teshir suretiyle,

*işlenmesi halinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.*¹⁰⁰⁴”

Görüldüğü üzere, fıkra beş ayrı bent olarak düzenlenmiştir. Fıkranın (a) ve (b) bentleri çok büyük ölçüde değişmiş iken fıkraya (d) ve (e) bentleri ise ilk defa olarak getirilmiştir. Fıkranın eski halinde de aynı şekilde bulunan ve varlığını muhafaza eden tek bent (c) bendi olmuştur¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ Cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi bu suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerinden ilki olarak düzenlenmiştir. Bu hükümle, çocukların cinsel taciz suçuna karşı daha iyi korunabilmesi için bu suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde verilecek ceza önemli derecede artırılmış bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasındaki değişikliklerin amacının, cinsel taciz suçuyla daha etkin mücadele edilmesi olduğu da yine tasarının madde gerekçesinde ifade edilmiştir (Madde gerekçesinin tamamı için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 142).

¹⁰⁰⁴ 6545 sayılı kanun değişiklikleri ile ilk defa düzenlenen kısımlar, fıkra metninde koyu ve altı çizili olarak gösterilmiştir.

¹⁰⁰⁵ Özбек/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 388.

2. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin ya da Aile İçi İlişkinin Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-a)

6545 sayılı kanun m. 61 ile TCK m. 105/2-(a) bendine, “Kamu Görevinin veya” ibaresi eklenmiş böylece cinsel taciz suçunun kamu görevinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi, yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bahse konu hususun kanunda açıkça yer almasını olumlu olarak nitelemek gerekmektedir. TCK m. 6’da “*Kamu Görevlisi*” tanımlanmıştır¹⁰⁰⁶. O halde bu kişilerin yerine getirdikleri vazifeyi de kamu görevi olarak tanımlamak ve bahse konu nitelikli halin kapsamını bu şekilde belirlemek mümkün olacaktır¹⁰⁰⁷. Fail ile mağdur arasında TCK m. 105/2 kapsamında kişisel ilişki bulunması, mağdurun savunma olanaklarını zayıflattığı için, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal kabul edilmiştir¹⁰⁰⁸. 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce hizmet ilişkisi ya da aile ilişkisinden kaynaklanan “*nüfuzun kötüye kullanılması*” şartı ise terk edilmiş¹⁰⁰⁹; yerine görev ya da ilişkinin sağladığı “*kolaylıktan yararlanma*” yeterli görülmüştür¹⁰¹⁰. Yapılan bu değişiklik ile bahse konu fıkra ve bentte yer alan nitelikli halin gerçekleşmesi böylelikle daha kolay hale getirilmiştir.

¹⁰⁰⁶ TCK m. 6/1-c hükmüne göre, kamu görevlisi deyiminden; “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Bu nitelikli halin uygulanması bakımından kamu görevinin sınırlarını, bahsi geçen bu “*kamu görevlisi*” tanımı belirleyecektir.

¹⁰⁰⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 384-385; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 426; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 339; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 330; Kocaoğlu, ss. 467-468.

¹⁰⁰⁸ Kurt, s. 519.

¹⁰⁰⁹ “*Uyuşmazlık, sanığa yüklenen cinsel taciz suçunun sabit olup olmadığı ve suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir. Suç tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi başkanı olan sanığın, aynı mahkemede yazı işleri müdürü olarak görev yapan mağdureye yönelik olarak değişik zamanlarda, “müdürüm sen yorgunsun, otur uyu, ben seni izlerim, burada kimse seni rahatsız edemez”, “küpen çok güzelmiş”, “bu kolye sana çok yakışmış”, “dün taktığın küpeyi bugün takmamışsın”, “müdürüm yorgun gibisin otur dinlen”, “müdürüm bana kahve yapmanı istiyorum”, “kahve sadece burada mı içilir” şeklinde mağdureyi hedef alan ve cinsel yönden rahatsız edici mahiyette sözler söylediğinin anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihi itibarıyla hiyerarşiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanmak ve aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu işlediğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” (YCGK., 30.10.2014 T., 2013/14-352, 2014/446) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.11.2016).*

¹⁰¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 426; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 388. Hükümde bahsi geçen ilişkilerin mağdurun savunma olanaklarını zayıflatarak bu suçun daha kolay işlenmesini sağladıkları göz önünde bulundurulursa, söz konusu değişikliğin olumlu olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüş, aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak açısından¹⁰¹¹, fail ile mağdurun aynı aileye mensup olmasının şart olmadığını; bu kişilerin aile içinde (*bir arada*) yaşıyor olmalarının yeterli olduğunu öne sürmekte iken¹⁰¹²; bir diğer görüş ise, fail ile mağdurun aynı aileye ait olması gerektiğini belirtmektedir¹⁰¹³. Aynı yerde birlikte yaşıyor olmak şartıyla fail ile mağdur arasındaki yakınlık derecesinin ise nitelikli halin uygulanması açısından bir önem taşımadığı da ayrıca vurgulanmaktadır¹⁰¹⁴. Hizmet ilişkisi kavramı için TCK m. 102/2-b ve TCK m. 103/3-e’de yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

3. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi (TCK m. 105/2-b)

6545 sayılı kanun m. 61 ile TCK m.105/2-(b) bendine, “**Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile** veya **sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler**” ibareleri eklenerek cinsel taciz suçunun bentte sayılan kişiler tarafından işlenmesi, nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bahse

¹⁰¹¹ “İstanbul 1. Çocuk Mahkemesince verilen 17.01.2003 tarihli koruma kararına dayanak oluşturan aile içi cinsel taciz olayları dikkate alınmadan, koruma altındaki çocuğun, ailesinin yanına süresi belirsiz izne gönderilmesi işleminin hukuka uygunluğunun ve izin bittikten sonra yurda getirilmesini sağlamak için hangi kamu görevlileri tarafından hangi yasal girişimlerde bulunulması gerektiğinin yurt müdürlüğü yönetmeliği ve ilgili mevzuat hükümleri de incelenerek araştırılması, mağdure F.G. ’nin izin döneminde ağabeylerinin tacizinin sürdüğü ve yurda dönmek istediğine, tanık R.G. ’nin ise koruma altındaki kızının yanında kaldığı yaklaşık altı aylık sürede yetiştirme yurdu ya da başka bir kamu görevlisinin köye gelmediği, arayıp sormadığına ilişkin anlatımlarının yöntemince irdelenmesi, koruma altındaki çocuğun yetiştirme yurduna getirilmesi için gerekenleri yapmadan yalnızca koruma kararının kaldırılması konusunda yetkili makamlarla resmi yazışma yapmanın cezai sorumluluğu ortadan kaldıran göreve uygun bir davranış olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, Yasaya aykırı ve katılan Konya Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 13.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y. 4. CD., 13.04.2011 T., 3896/4992) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.06.2015).

¹⁰¹² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, burada önemli olan hususun bu kişilerin aile içinde yaşıyor olması olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşe göre, örneğin arkadaşının ailesinin yanında kalan üniversite öğrencisi gence yönelik arkadaşının ağabeyinin cinsel taciz fiilinde bulunması durumunda nitelikli hal uygulanacaktır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 330; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3794; aynı yönde bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 317). Kanaatimizce bu görüşe katılmak ve herhangi bir yorum türüyle böyle bir sonuca ulaşabilmek mümkün görünmemektedir.

¹⁰¹³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 426; aynı yönde bkz. Kırıt Saygılar, s. 153.

¹⁰¹⁴ Kurt, s. 519.

konu hususların kanunda açıkça yer alması olumludur. Burada yer alan “vasi” ibaresi, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. TMK’nın 396 ile 494’üncü maddeleri arasında vesayet müessesesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yine aynı bende “bakıcı, koruyucu aile” – “sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler” ibareleri eklenerek cinsel taciz suçunun bakıcı veya koruyucu aile tarafından işlenmesi yahut sağlık hizmeti veren veya koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kimseler tarafından işlenmesi, yeni nitelikli haller olarak sayılmıştır. Bahse konu ibarelere kanunda açıkça yer verilmesi de olumlu bir değişikliktir. Getirilen yeni ibarelerin kimleri kapsadığı da, ilgili oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir. Burada belirtmek gerekir ki failin bentte sayılan kişilerden olması yahut bahse konu yükümlülüklerle tabi olması halinde nitelikli halin uygulanması için herhangi bir nüfuzun kötüye kullanılması şartı bulunmamaktadır¹⁰¹⁵. Bu konuda TCK m. 103/3-d’deki açıklamalarımıza atıf yaparız.

4. Suçun Aynı İşyerinde Çalışmanın Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-c)

TCK m.105/2-c bendine göre cinsel taciz suçunun; “*Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*” işlenmesi hali nitelikli hallerden biri olarak düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda da cinsel taciz, tacizi yapan/ fail açısından ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Bir başka deyişle sonuçlar failin kim olduğuna göre değişmektedir. Bu anlamıyla iş yasası değerlendirildiğinde, açık bir şekilde aşağıda belirtilen şekilde cinsel taciz olgularına sonuç atfedildiği görülmektedir. –işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması (İş Kanunu m. 24/II/b), - işçiye diğer bir işçi veya üçüncü kişilerce cinsel tacizde bulunulması (İş Kanunu m. 24/II/d), -işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (İş Kanunu m. 25/II/c). Bunun dışında işçinin işverene tacizi, özel olarak işçinin işveren vekiline

¹⁰¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 388-389. Bu tip ilişkiler de elbette ki failin mağdura yönelik cinsel taciz işleyebilmesini kolaylaştırmaktadır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 339).

tacizi hususları da akla gelmektedir. Ancak bu hususlarda özel düzenelmeler bulunmamakta, bu sorunlar daha genel düzenlemelerle açıklığa kavuşmaktadır¹⁰¹⁶.

Günümüzde toplumsal hayatın önemli sorunlarından birini cinsel içerikli suçların oluşturduğunu ve bu suçların işlenebilirliğinin de artmakta ve çeşitlenmekte olduğunu söylemek mümkündür. Cinsel suçların tanımlarının açıklık taşıması cezanın tespiti bakımından son derece önemlidir. Cinsel taciz her ne kadar geniş bir yaklaşımla değerlendirilse de aslında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında en az cezayı gerektiren suçtur. İş hukuku sistemi bakımından cinsel tacize özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Buna göre, işçiden işverene doğru veya işverenden işçiye doğru ya da bir işçiden başka bir işçiye doğru cinsel taciz olguları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Cinsel tacizin varlığı halinde, tacizin yönü bakımından işçiye veya işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme imkanı doğmakta; ayrıca meydana gelen maddi ve manevi zararlar karşı taraftan tazminat istenerek giderilebilmektedir¹⁰¹⁷. Bahse konu

¹⁰¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Kemal Evren, “İş Hukukunda Cinsel Taciz”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, S. 28, Aralık 2008, ss. 19-29; Ali Rıza Okur, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Argumentum**, Ocak-Şubat-Mart, Yıl: 4, S. 42, ss. 1-6; Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 83-96; Ufuk Aydın, “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, S. 9, 2006, ss. 13-35; Kadriye Bakırcı, “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı”, **İBD**, C. 75, S. 1-2-3, 2001, ss. 35-44; N. Sebla Demirtaş, Cüneyt Gülabi Vurucu, “Ceza Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, **AD**, S. 38, Eylül 2010, ss. 26-40; işyerinde gerçekleşen cinsel taciz davranışının özellikleri hakkında bkz. Aydemir, ss. 20-30.

¹⁰¹⁷ Evren, s. 29; aynı yönde ve ayrıca işyerinde cinsel tacizin ispatlanmasının zorlukları hususunda bkz. Aydın, İşyerinde Cinsel Taciz, ss. 25-31. Demirtaş/Vurucu, işyerinde cinsel tacizin söz konusu olması durumunda mağdura, hem fesih hem de şikayet yolu tanınmış olduğunu, söz konusu olayın aynı zamanda kişilik haklarına da saldırı olarak kabul edilmesi nedeniyle, tazminat talep edebilme yolunun da açık olduğunu ifade etmektedirler. Yazarlar, ülkemizde hem işyerinde hem de özel hayatta uğranılan cinsel taciz olaylarının, özellikle ahlaki değerler sebebiyle, üstünün örtülmeekte olduğunu, suçluluk duygusu, çekinme, inkar veya başkalarının bu konuda ne düşüneceklerinin dikkate alınması gibi gerekçelerle, işyerinde cinsel taciz olaylarının ne boyutta olduğunu bilinmemekte olduğunu vurgulamaktadırlar. Bu tür durumların ortadan kaldırılabilmesi bakımından işyerlerinde, gerekli eğitimlerin verilmesi, çalışanların bu durumla karşılaşmaları halinde ne yapmaları gerektiğinin açıkça belirtilmesi gereği de ayrıca önemle ifade edilmektedir (Bu konuda bkz. Demirtaş/Vurucu, ss. 38-40).

nitelikli hal¹⁰¹⁸, 6545 sayılı değişikliklerden önce de madde metninde aynı şekilde bulunmakta idi. Bu anlamda belirtilen nitelikli halde herhangi bir değişiklik yoktur¹⁰¹⁹.

5. Suçun Posta veya Elektronik Haberleşme Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-d)

6545 sayılı kanun m. 61 ile TCK m.105/2-(d) bendine, **“Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle”** ibaresi eklenerek cinsel taciz suçunun bentte sayılan surette işlenmesi, yeni bir nitelikli hal olarak ilk defa olarak düzenlenmiştir¹⁰²⁰. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/1-h hükmüne göre; elektronik haberleşme, *“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını”* ifade etmektedir. O halde, bu işlevi gören her türlü cihazla işlenen cinsel taciz filleri nitelikli hal kapsamında olacaktır. Demek ki, e-postalar ve GSM servisleri¹⁰²¹ bu kapsamda yer

¹⁰¹⁸ Kocaoğlu, arada herhangi bir iş ya da hizmet akdi veya hiyerarşi olmadan sadece aynı iş yerinde bulunmaktan dolayı cezanın artırılmasını anlamsız bulduğunu belirtmektedir. Zira bu görüşe göre, insanların 8-10 saatlerini geçirdikleri iş yerinde cinsel taciz suçu işlemek fail bakımından kolaylaştırıcı etki yaratabileceği gibi, aynı zamanda işten çıkarılmak, dedikodu vb. olumsuzluklar da yaratabileceğinden, aynı zamanda da zorlaştırıcı bir etki yarattığı da bir gerçektir. Sadece bu sebeple çok geniş ve soyut bir formüle dayanan bir eylemi işlediği için failin cezasının artırılması adalet duygusu ile çatışma halindedir. Bu nedenle Kocaoğlu’na göre, aynen yabancı hukuk sistemlerindeki gibi böylesi hallerin yaptırımı ceza hukukunda değil, tazminat hukukunda düzenlenmelidir. TCK m. 105/2-d ve 105/2-c’nin de bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi bu görüşe göre gereksiz ve yanlıştır (Kocaoğlu, ss. 469, 488).

¹⁰¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 389. Aynı işyerinde çalışmak bakımından fail ile mağdur arasında bir altlık üstlük ilişkisinin bulunması gerekmemektedir (Kurt, s. 520; Kırıt Saygılar, s. 154; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 381). Bununla birlikte, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir nüfuza sahip olmayan failin, sadece mağdurla aynı işyerinde çalışıyor olması sebebiyle ne tür bir kolaylıktan yararlanması gerekeceği de yanıtlanması gereken bir sorundur. Söz konusu nitelikli halin uygulanması açısından işyerinin özel veya kamusal sektöre ait olması bakımından bir ayırım bulunmamaktadır. Bu sebeple, işyeri deyimini, ister özel, isterse kamusal nitelikte olsun herhangi bir işin görüldüğü yer olarak anlamak gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 426). Söz konusu nitelikli hal için de, failin aynı ortamda bulunmanın ve tanışıklığın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle fiili işlediği belirtilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 339; aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 330).

¹⁰²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 389.

¹⁰²¹ Cinsel taciz suçunun posta veya elektronik haberleşme araçlarıyla işlenmesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu araçların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de gerekmektedir. Bu anlamda cep telefonundan kısa mesaj yoluyla ya da internetin kullanıldığı mesaj programları örneğin “whatsapp” programı gibi programlar vasıtasıyla gönderilen her mesajın bu kapsamda olup olmadığının da değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Eylem Baş, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, AÜHFD, S. 65 (4), 2016, s. 1195.

alacaktır¹⁰²². Fakat Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, burada dikkat edilmesi gereken husus, suçun bu vasıtalarla işlenmesi yeterli görülmeyle bunların sağladığı kolaylıktan faydalanmanın da ayrıca aranmakta olduğu hususudur. Bu halde, akla gelen soru, örneğin SMS yoluyla veya online mesajlaşma programları aracılığıyla gönderilen her mesajın bu kapsamda olup olmadığıdır¹⁰²³. Elektronik haberleşme aracının sağladığı kolaylıktan bahsedebilmek için, mağdurun buna karşı koyma imkanı olmaması, yani, cinsel taciz içerikli mesaja maruz kalma konusunda tercih olanağına sahip olmaması gerekir. Bu bakımdan, rızai olarak sürdürülen bir iletişim esnasında¹⁰²⁴

¹⁰²² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 339.

¹⁰²³ “Dosya kapsamı ve oluşa uygun kabule göre; işyeri sahibi olan sanığın aynı işyerinde çalışan mağdureye yönelik “senden çocuğum olmasını isterim, otuz yaşında olsaydım seni evde sağ salim bırakmazdım, seni alırdım, senin benim olmanı istiyorum, karımın yanına gidemiyorum, yatak soğuk geliyor, sen olursan yatak sıcak olacak” şeklinde değişik zamanlarda mesaj göndermek suretiyle cinsel taciz suçunun temel şeklinde öngörülen eylemi nedeniyle mağdurenin işi bırakmak zorunda kaldığı ve sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 105/2. maddesinin ikinci cümlesinin uygulandığı olayda, bir suçun sadece temel şeklinin şikâyetine bağlı olarak düzenlendiği hallerde bu suçun nitelikli haller ile netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin ise şikâyetine bağlı olmayacağından, tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir...” (Y. 14. CD., 14.10.2014 T., 2013/ 1054, 2014/10982) (www.kararara.com., Erişim Tarihi: 15.10.2016). “Sanığın, ilgi duyduğu katılanın istemediğini ve kabul etmediğini belirtmesine rağmen, ısrarla evlenme teklif etmesi, aşık olduğunu ve sevdiğini söylemesi, bunu da elektronik posta yoluyla icra etmesi karşısında, eylemlerinin TCK’nın 105/1-2 ve 43. maddelerinde tanımlanan zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi...” (Y. 18. CD., 18.02.2016 T., 2015/ 16840, 2016/ 2996) (www.kararara.com., Erişim Tarihi: 15.11.2016).

¹⁰²⁴ “Sanık hakkında cinsel taciz suçundan ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen hükmün temyiz incelemesine gelince, mağdure beyanları, sanığın aşamalarındaki istikrarlı savunması, mesaj tespit tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre, telefonda tanışarak arkadaşlık kuran sanık ile mağdurenin, birbirlerine karşılıklı olarak sevgi mesajları attıklarının anlaşılması karşısında, sanığın kanuni unsurları oluşmayan müsnet suçtan beraati yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 26.02.2015 T., 2013/5387, 2015/2239) (www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 12.08.2016). “Dosyada bulunan iletişim tespitine ilişkin arama kayıtları içeriğinden sanık ile mağdurenin karşılıklı olarak 72 görüşme ve mesajlaşmalarının bulunduğu, görüşmelerin bazılarının 18-19 dakikayı bulduğu, mağdurenin beyanında sanığa sadece 2 mesaj çektiğini, bu mesajlarında da kendisini rahatsız etmemesini söylediğini iddia etmiş ise de, iletişim kayıtlarından mağdurenin ayrı günlerde sanığa toplam 16 mesaj çektiği ve 9 defa da aradığının anlaşıldığı, özellikle 26.03.2007 günü saat 20.47’den sonra mağdurenin sanığa 2 defa mesaj gönderip 1 defa aradıktan sonra sanığın mağdureyi aradığı, bir sonraki günün sabahında yani 27.03.2007 günü saat 07.50’de sanık henüz mağdureyi telefonla rahatsız etmemişken, mağdurenin sanığa çağrı bıraktığı gözününe alındığında, mağdurenin kendisini rahatsız ettiğini iddia ettiği bir şahsa sabah erkenden çağrı bırakmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sanık ve mağdurenin konuşma sürelerinin uzunluğu ve karşılıklı olarak arayıp mesajlaştıkları gözününe alındığında mağdurenin bu eylemlere rızasının bulunduğu kabulü gerektiği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 06.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y. 14. CD., 06.11.2012 T., 13148/ 10807) (www.kararara.com., Erişim Tarihi: 20.09.2016).

suçun işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁰²⁵.

Elektronik haberleşme araçları kullanılarak cinsel taciz suçunun işlenmesinin kolaylığının yanı sıra, uygulamada da söz konusu suçun özellikle elektronik haberleşme araçlarıyla (örneğin internet yoluyla) sıklıkla işlenmesi sebebiyle, fiilin bu tarz araçlarla işlenmesinin daha ağır bir yaptırımla karşılanması suretiyle caydırıcılığının artırılması amaçlanmıştır¹⁰²⁶.

¹⁰²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 427. Şen'e göre, TCK m.105/2'nin ilk üç bendinin ceza artırımı bakımından bir mantığı vardır. Burada, failin mağdur üzerinde bir etkisinin, gücünün, hakimiyetinin ve kontrol yetkisinin bulunmakta olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle de, sayılan biçimlerde cinsel taciz suçunun meydana gelmesinde faile verilen cezanın ağırlaştırılmasında bir sakınca görülmemektedir. Fakat ikinci fıkranın son iki bendine bakacak olursak, sayılan hallerin neden nitelikli sayıldığını anlamak zordur. Şen'e göre, posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenen cinsel taciz suçu bakımından muhtemelen kanun koyucu; sinsiliğin, görünmeden rahatsız etmenin ve bu tip vasıtalarla cinsel taciz suçlarının çok sayıda işlenmesinin önüne geçilmesini amaçlamıştır. Günümüzde cinsel tacizin telefon veya internet vasıtasıyla işlenme sıklığı ve bu iletişim araçlarının kişinin hayatını kaba çevirme olılığı düşünüldüğünde, cezanın ağırlaştırılması olağan karşılanabilecektir. Ancak bu fiilin ağırlığının, mağdurun karşısına geçerek cinsel amaçlı el, kol veya dil hareketlerinden veya sözlerden daha fazla olduğunun kabulü doğru Şen'e göre doğru bir yaklaşım olmayacaktır (Şen Ersan, "Cinsel Taciz Suçu", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1642457-cinsel-taciz-sucu>, Erişim Tarihi: 15.05.2017).

¹⁰²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 331; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3795. Ancak doktrinde bir görüş, cinsel taciz suçunun TCK'daki muğlak ve geniş tanımı düşünüldüğünde (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 414), hakim ve savcıların "*muhafazakarlıkları*" da göz önünde bulundurularak, hiçbir şartta cinsel taciz sayılmayacak flörtöz davranışların dahi uygulamada söz konusu suçun kapsamına sokulmakta olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, bu görüşe göre, içinde bulunduğumuz teknoloji çağında, söz konusu suç bireylerin günlük yaşamlarının büyük çoğunluğunda kullandıkları akıllı telefon, tablet, bilgisayar vb. araçlarla ve internet vasıtasıyla işlendiği için bir de cezasının ağırlaştırılması uygun bir yaklaşım değildir (Kocaoğlu, s. 470). Taneri ise madde metninin düzenlenmesi bakımından "*haberleşme araçlarıyla*" kavramının, daha geniş kapsamlı ve kapsayıcı bir düzenleme olabileceğini belirtmektedir (Taneri, s. 208).

6. Suçun Teşhir Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 105/2-e)

6545 sayılı kanun m. 61 ile TCK m. 105/2-(e)¹⁰²⁷ bendine, “Teshir suretiyle”¹⁰²⁸ ibaresi¹⁰²⁹ eklenerek cinsel taciz suçunun bentte sayılan surette işlenmesi, yeni bir nitelikli hal olarak ilk defa olarak düzenlenmiştir. Özellikle bu değişiklikle birlikte TCK 105’teki teşhir suretiyle¹⁰³⁰ cinsel taciz ile TCK 225’de yer alan teşhircilik suretiyle hayasızca hareketler¹⁰³¹ arasındaki farkın ortaya koyulması

¹⁰²⁷ 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile, cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve madde gerekçesinde konuya ilişkin olarak; “*cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenmesi, bu suç bakımından nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Suçun bu nitelikli hali, Türk Ceza Kanununun 225’inci maddesinde suç olarak tanımlanan hayasızca hareketler kapsamındaki teşhircilikle aynı unsurları taşımamaktadır. 225’inci maddede tanımlanan suçu oluşturan teşhirciliğin aleni olması gerekmektedir. Keza, bu teşhirin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Buna karşılık, 105’inci maddenin ikinci fıkrasına (e) bendi olarak eklenen hükme göre, cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenilmesi için, teşhirin belirli bir bölgeye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmekte ve bu teşhirin aleni olmasına da gerek görülmemektedir*” denilmiştir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 331).

¹⁰²⁸ Şen’e göre, kanun koyucunun, “*Teshir suretiyle*” ibaresi ile neyi kastettiği ve neyin teşhirinin cinsel taciz suçunun nitelikli hali sayılacağı hususundan anlaşılması gereken; burada kanun koyucunun; failin vücudunun teşhirinden bahsetmekte olduğu, ancak bu kapsama vücudunun bütününe mü yoksa bir kısmının mı veya bölgesinin mi girdiğinin kanunun lafzından anlaşılamamakta olduğudur. Sergilemek, göstermek anlamına gelen teşhirin, neyin mağdura gösterilmesi suretiyle cinsel amaçlı tacizde bulunduğu tespitinde zorluğa neden olmakta olduğu da belirtilmektedir. Şen, eğer cinsel uzvun gösterilmesi teşhir ise, bu durumun kanun koyucu tarafından bu açıklıkta bir hükümle öngörülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. O halde teşhir, failin kendi vücudunu göstermesi olarak kabul edilecek olursa, bu eylemin cinsel taciz suçunun nitelikli hali sayılması yazara göre isabetli olmamıştır (Şen Ersan, “Cinsel Taciz Suçu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1642457-cinsel-taciz-sucu>, Erişim Tarihi: 15.05.2017).

¹⁰²⁹ Kanunda teşhircilik olan davranışların neler olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bu tarz hareketlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından belirlenmesinin de esasen mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü bunların gelenek-görenek, örf ve adet, ahlak düşüncelerine ve algılamalarına bağlı olarak ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceği, aynı ülkede bile bazı davranışların zamanla normal ya da anormal görülmesinin mümkün olacağı vurgulanmaktadır. Bu bakımdan hakim, önüne gelen somut olayda hangi eylemin bu suçu oluşturacağını günün koşullarını dikkate alarak saptaması gerektiği belirtilmektedir (Bakıcı, Genel Adap, ss. 215-216; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 785). Bu nedenle hangi eylemlerin teşhircilik sayılacağı hususu, bu konuda istikrar kazanacak içtihatlarla bırakılmış görünmektedir (Taneri, s. 260).

¹⁰³⁰ Teşhircilik; cinsel arzuların tatminine yönelik olan, ahlaka, terbiye ve nezaket kurallarına aykırı, edep duygularını inciten, iffetsiz davranışlar olarak tanımlanmaktadır (Bakıcı, Genel Adap, s. 215). Kişilerin alenen öpüşmelerinin bu suçu oluşturmayacağını belirtmek gerekmektedir. Meğer ki bu kimseler öpüşmenin dışında, edebe aykırı surette cinsle bazı davranışlarda da bulunsunlar denilmektedir. Yargıtay kararlarının da bu doğrultuda olduğunu ifade etmek gerekmektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 786). “*Sanıkların geceleyin otomobil içinde öpüşmekten ibaret olan eylemlerinin TCK’nın 419’uncu maddesindeki alenen hayasızlık suçunu teşkil etmeyeceği düşünülmeyen sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması ...*” (Y. 5. CD., 21.12.1987 T., 3109/ 7594) (Karar için bkz. Bakıcı, Genel Adap, s. 222).

¹⁰³¹ TCK’nın 225. maddesinde düzenlenen “*teşhircilik yapmak*”, cinsel nitelikte olan, cinsel organla yapılan ya da cinsel organın dahil olduğu davranışlardır. Hareket cinsel nitelikte olacağından, örneğin kişinin ihtiyaç gidermek istemesi sebebiyle edebe aykırı davranışta bulunması bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu olasılıkta TCK m. 123 gereğince “*Kişilerin huzur ve sükununu bozma*”

gereği ortaya çıkmıştır. TCK m. 225'in gerekçesine göre, bu davranışların teşhir niteliğinde sayılabilmesi için “**alenen**” gerçekleşmesi yani fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması gerekmektedir¹⁰³². Buradan çıkan sonuca gelince, bu fiillerin belirli bir kişiye yönelerek ona karşı aleni olmayan şekilde işlenmesi durumunda cinsel taciz suçu oluşacak¹⁰³³, belirli bir kişiye yönelmeksizin aleni olarak işlenmesi halinde ise teşhircilik suretiyle hayasızca hareketler suçu gündeme gelecektir¹⁰³⁴.

Fıkra metninde bu kadar çok artırım nedeninin öngörülmesinin sebebi, failin eylemini yineleme olanağına sahip olması ve mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzun yarattığı psikolojik baskı nedeniyle bu fiillerin daha kolay işlenebilmesi imkanının olmasıdır¹⁰³⁵.

nın değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 01.12.2010 tarih ve 20449/ 19861 sayılı kararında; “...alkollü sanığın gece 03.15 sıralarında işlek olmayan yol kenarına sıkışması nedeniyle idrar yapma eyleminde, atılı suçun teşhir ögesinin oluşmadığı” belirtilmiştir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 785).

Vücut bölgelerinin toplum kültürünü oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketlerle ihlali niteliğindeki teşhirin de madde kapsamında olacağı belirtilmektedir (Taneri, s. 261).

¹⁰³²Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 389; Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, C. I, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 314. Gerekçe metninin tamamı için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 267.

¹⁰³³Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 331; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, ss. 3795-3796. Örneğin (A)'nın, (B)'yi cinsel amaçlı olarak taciz etmek amacıyla çıplak fotoğrafını, söz konusu fotoğrafın arkasına cinsel taciz teşkil eden ifadeler yazarak (B)'nin posta kutusuna göndermesi ve fotoğrafın (B)'nin eline geçmesi durumunda; A'nın, TCK m. 105/ 2 d ve e'den sorumlu olacağı hususunda bkz. Baş, s. 1196.

¹⁰³⁴Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 389. Şayet hem aleni olarak hem de belirli bir kişiyi cinsel taciz amacıyla teşhircilik vuku bulursa, TCK m. 105/2 ile m. 225 arasında fikri içtima söz konusu olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 427).

“...5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 44. maddesi uyarınca, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekmekte ise de; bu suçlardan her birinin başlı başına cezalandırılabilir olması gerektiği, suçlardan birinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup, şikayetten vazgeçilmesi durumunda bu suçun fikri içtimaya dahil edilmeyeceği, doğrudan soruşturulup kovuşturulan suçtan ceza tayin edilmesi gerekeceği,

Dosya kapsamı ve mahkemenin kabulüne göre; sanığın Mevlana Kız Öğrenci Yurdunun önünden geçtiği sırada bu yurttan kalan müştekilerin camdan baktığını görmesi üzerine, sokak üzerinde aleni olarak müştekilere karşı cinsel organını çıkararak eliyle oynaması şeklindeki bu tek eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 105. maddesindeki cinsel taciz suçuyla birlikte aynı Kanunun 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunma suçunu da oluşturduğu, fikri içtima kapsamında kalan cinsel taciz suçundan dolayı müştekilerin şikayetten vazgeçmeleri sebebiyle sanığın cinsel taciz suçundan cezalandırılmasının mümkün olmadığı, bu durumda sanığa 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmek suretiyle, doğrudan takibi gereken hayasızca hareketlerde bulunma suçundan ceza tayin edilmesi gerekirken, sanık hakkında cinsel taciz suçundan şikayetten vazgeçme sebebiyle davanın düşürülmesine karar verilmesi, Kanuna aykırı, ...” (Y. 14. CD., 05.06.2013 T., 2012/ 11130, 2013/ 7174) (Karar için bkz. Taneri, ss. 261-262).

¹⁰³⁵Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3523.

7. Suç Nedeniyle Mağdurun; İşi Bırakmak, Okuldan veya Ailesinden Ayrılmak Zorunda Kalması (TCK m. 105/2-son cümle)

Cinsel taciz fiili nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise¹⁰³⁶, verilecek ceza madde metnine göre, bir yıldan az olamayacaktır (TCK m.105/2-son cümle)¹⁰³⁷.

Suçun m. 105/1'deki basit halinin takibinin şikayete bağlı¹⁰³⁸ olduğu, buna karşılık ise, suçun basit hali söz konusu olsa bile, mağdurun çocuk olduğu hallerde ve m. 105/2'deki nitelikli hallerin varlığı durumunda takibinin şikayete bağlı olmadığını ifade etmek gerekir¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ “Dosya kapsamı ve oluşa uygun kabule göre; işyeri sahibi olan sanığın aynı işyerinde çalışan mağdureye yönelik “senden çocuğum olmasını isterim, otuz yaşında olsaydım seni evde sağ salim bırakmazdım, seni alırdım, senin benim olmanı istiyorum, karımın yanına gidemiyorum, yatak soğuk geliyor, sen olursan yatak sıcak olacak” şeklinde değişik zamanlarda mesaj göndermek suretiyle cinsel taciz suçunun temel şeklinde öngörülen eylemi nedeniyle mağdurenin işi bırakmak zorunda kalması nedeniyle, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 105/2. maddesinin...cümlesinin uygulanması isabetlidir.” (Y. 14. CD., 14.10.2014 T., 2013/ 1054, 2014/ 10982) (www.kazancı.com., Erişim Tarihi: 15.09.2016).

¹⁰³⁷ Bu durumun sebebi, devam eden söz konusu saldırılardan kurtulma amacı veya saldırılar sona ermiş olsa bile, bunların yarattığı psikolojik etkilerin neticesi olabilir. Ayrılmak konusunda mutlak bir zorunluluğun ortaya çıkması gerekmez. Ortaya çıkan huzursuzluk ortamı mağdurun orada kalıp ilişkilerini sağlıklı olarak sürdürmesine engel olmuşsa ve bu sebeple mağdur ayrılmışsa, nitelikli hal uygulanır. Önemli olan cinsel tacizle bu durum arasında nedensellik bağının bulunmasıdır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 331). Taner’e göre, burada netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hal söz konusu olduğundan, TCK m. 23 hükmü de göz önünde bulundurulacaktır. Yani, fail en azından taksirle hareket etmiş olmalıdır. Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için cinsel taciz kapsamındaki davranışların süreklilik göstermesi aranmamaktadır (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 383; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 427).

¹⁰³⁸ “Sanığın maktüle yönelik cinsel taciz eyleminin 5237 sayılı TCK’nun 105 maddesi kapsamında; konut dokunulmazlığını ihlal suçunun ise 116/1. maddesi kapsamında kaldığı anlaşılmakla, işlediği suçların takibinin şikayete bağlı olması, şikayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan bulunması, sanık hakkında maktülün ölmesi nedeniyle usulüne uygun olarak yapılmış şikayet bulunmaması karşısında, hakkında açılan kamu davalarının 5237 sayılı TCK’nun 73. maddesi uyarınca şikayet yokluğundan düşürülmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmele hükümlerin BOZULMASINA, ancak bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK.nun 322. maddesine dayanılarak sanık hakkında cinsel taciz ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından açılan kamu davalarının şikayet yokluğundan 5237 sayılı TCK.nun 73 ve CMK.nun 223/8.maddeleri gereğince ayrı ayrı DÜŞÜRÜLMESİNE...” (Y. 1. CD., 03.06.2015 T., 2014/ 6156 E., 2015/ 3659 K., www.emsal.yargitay.gov.tr., Erişim Tarihi: 20.09.2016).

¹⁰³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 427-428.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Doktrinde bir görüŖe göre, bu tür fiillerde suç mağdurunun rızası (TCK m. 26/2)¹⁰⁴⁰ fiili suç olmaktan çıkarmalıdır. Nitekim 5237 sayılı TCK m. 26/2 bakımından bu gibi fiillerde mağdur, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair rıza gösterebilecektir¹⁰⁴¹. Cinsel özgürlük de, tasarruf edilebilir nitelikte olduğu için

¹⁰⁴⁰ TCK m. 26/2: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

¹⁰⁴¹ Cinsel içerikli bir beyanın TCK m. 105 çerçevesinde suç sayılabilmesi için mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerekmektedir. “Müştekinin kendisini arayan sanıkla şikayet konusuyla telif edilemeyecek ve olağan sayılamayacak şekilde uzun görüşmeler yapması, eşi tarafından sanığın fark edildiği güne değin bir şikayet başvurusunun bulunmaması, kendisini cinsel yönden rahatsız ettiğini iddia ederek hakkında şikayetçi olduğu bir kişiyle, başvurusundan bir saat kadar sonra kendisini arradığında 228 saniye süren bir görüşme yapması, sanığın müştekinin de hazır bulunduğu duruşmada, onun isteği ile birlikte olduğunu ifade etmiş olmasına rağmen müştekinin bu hususta beyanda bulunmamış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yüklenen suçu işlediği konusunda şüphe oluştđu, bu şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği, dolayısıyla sanığın beraatına ilişkin yerel mahkeme hükmünü onayan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir.” (YCGK., 15.04.2014 T., 2012 /2-1498, 2014/ 188). “Sanığın, gönderilen mesajların katılanın mesajlarına cevap mahiyetinde olduğunu söyleyip rızaya dayandığını ileri sürerek, kullandığı iki ayrı telefonu katılanın açtığı tazminat davasının görüldüğu hukuk mahkemesine ibraz etmesi, bu mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, sanığın telefonlarında, katılanın telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğunun belirtilmesi, HTS raporlarının da tespit edilen bu mesajların katılan tarafından gönderildiğinin doğrulanması, ayrıca sanık ile katılan arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda mesajlaşma bulunması karşısında, sanığın söz konusu mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığının anlaşıldığı, dolayısıyla eylemin T.C.K.nun 26/2. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlendiği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 27.10.2011 T., 7732/ 1479) (Kararlar için bkz. Kocaoğlu, s. 457, dn. 88).

mağdurun rızası¹⁰⁴² bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır¹⁰⁴³.
Hakkın kullanılması da¹⁰⁴⁴ örneğin sanat¹⁰⁴⁵ ya da bilim yapmak hakkı¹⁰⁴⁶ gibi eylemi

¹⁰⁴²İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasının ilk koşulu; mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığıdır. Bir diğer koşul ise rızaya ehliyettir. Rızaya ehliyet hususunda öncelikle ifade edilmesi gereken şeyin, bir eyleme rıza gösteren kişinin hak sahibi olması gerektiği konusudur. Rıza gösteren kişi eylemin pasif süjesi değil de eylemden zarar gören başka bir kişi ise ki, bu eylem bir suç teşkil ediyorsa suçtan zarar gören kişi de bu kapsam altında değerlendirilmektedir. Bu halde hukuka uygun bir rızadan söz edilemeyecektir. Hak sahibi olmak koşuluyla temyiz kudretine sahip herkesin rıza beyanına ehil olduğu kabul edilmektedir. Yani bu demek oluyor ki, kişi hukuki yararın önemi ve bunun korunmasından vazgeçmiş olması durumunda ne gibi bir anlam taşımakta olduğunu anlayabilme yeteneğine sahip olmalıdır. Görüldüğü üzere bu konuda belli bir yaş sınırı konulmamıştır. Burada önemli olanın temyiz kudretinin varlığı olduğu ifade edilmektedir. Fakat kanunda yaş hususunda bir sınır konulmuş olabilir. Bir başka koşul ise rızanın açıklanması konusundadır. Rıza açık-kapalı, yazılı-sözlü olabilmektedir. Burada önemli olanın açıklama anı olduğu vurgulanmaktadır. Rıza suçtan önce ya da en azından suçun icra hareketlerinin sürdüğü sırada açıklanmalıdır. Fiilin işlendiği sırada geri alınan rıza fiili hukuka aykırı hale getirir. Sonradan verilen rıza (icazet) ise fiili hukuka uygun kılmayacaktır. Mefruz rızanın ise geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Buna göre, hak sahibi, fail hareketi gerçekleştirirken bu koşulları bilseydi rızasını verecek idi ise rıza vardır. Açıklanmış olan rızanın hata, hile, tehdit, cebir vb. ile ifsat edilmemiş olması gerektiği de ayrıca vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 347-364; ayrıca bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 318-325; Öztürk/Erdem, ss. 244-250; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 278-282; Hakeri, Genel Hükümler, ss. 359-373; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 450-460; İçel, ss. 382-393).

¹⁰⁴³Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 429. “*Sanığın gönderilen mesajların katılanın mesajlarına cevap mahiyetinde olduğunu söyleyip rızaya dayandığını ileri sürerek, kullandığı iki ayrı telefonu katılanın açtığı tazminat davasının görüldüğü hukuk mahkemesine ibraz etmesi, bu mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, sanığın telefonlarında, katılanın telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğu belirtilmesi, HTS raporlarının da tespit edilen bu mesajların katılan tarafından gönderildiğinin doğrulanması, ayrıca sanık ile katılan arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda mesajlaşma bulunması karşısında, sanığın söz konusu mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığının anlaşıldığı, dolayısıyla eylemin TCK.nun 26/2 maddesinde öngörülen hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlendiği...*” (Y. 14. CD., 27.10.2011 T., 7732/ 1479, www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 20.08.2015).

“*Dosyada bulunan iletişim tespitine ilişkin arama kayıtları içeriğinden sanık ile mağdurenin karşılıklı olarak 72 görüşme ve mesajlaşmalarının bulunduğu, görüşmelerin bazılarının 18-19 dakikayı bulduğu, mağdurenin beyanında sanığa sadece 2 mesaj çektiğini, bu mesajlarında da kendisini rahatsız etmemesini söylediğini iddia etmiş ise de, iletişim kayıtlarından mağdurenin ayrı günlerde sanığa toplam 16 mesaj çektiği ve 9 defa da aradığının anlaşıldığı, özellikle 26.03.2007 günü saat 20.47'den sonra mağdurenin sanığa 2 defa mesaj gönderip 1 defa aradıktan sonra sanığın mağdureyi aradığı, bir sonraki günün sabahında yani 27.03.2007 günü saat 07.50'de sanık henüz mağdureyi telefonla rahatsız etmemişken, mağdurenin sanığa çağrı bıraktığı gözününe alındığında, mağdurenin kendisini rahatsız ettiğini iddia ettiği bir şahsa sabah erkenden çağrı bırakmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sanık ve mağdurenin konuşma sürelerinin uzunluğu ve karşılıklı olarak arayıp mesajlaştıkları gözönüne alındığında mağdurenin bu eylemlere rızasının bulunduğu kabulü gerektiği...*”, (Y. 14. CD., 06.11.2012 T., 13148/ 10807, www.kararara.com., Erişim Tarihi: 15.02.2015).

¹⁰⁴⁴TCK m. 26/ 1: “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Görüldüğü üzere yasa genel bir tanım getirerek bu hukuka uygunluk sebebinin uygulama koşullarını ve nelerin hakkın kullanılması olarak kabul edileceğini uygulama ve öğretiyeye bırakmış bulunmaktadır. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin üç temel koşulu bulunmaktadır: -Fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukuk düzenince kabul edilmiş olan bir hakkın varlığı ilk koşuldur. Kullanılabilmesi başvuruya ya da izin alınmasına bağlı bir hak söz konusu ise bu durumda hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyecektir. -İkinci koşul, hakkın kullanılması (icrası) ve işlenen suç

hukuka uygun kılacaktır. Bu çerçevede bir tiyatro gösterisi, sinema oyunu gibi durumlarda söylenen sözler, oynanılan roller hukuka uygun olacaktır¹⁰⁴⁷.

V. MANEVİ UNSUR

5237 sayılı TCK m. 105 bakımından taciz fiillerinin cinsel amaçlı olması gerekir. Buradaki “*cinsel amaçlı taciz*” ifadesi suçta özel kast arandığı şeklinde yorumlanabilse¹⁰⁴⁸ de, Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe’ye göre, kişilerin cinsel

arasında nedensellik bağlantısının varlığıdır.-Üçüncü ve son koşul ise hakkın kötüye kullanılmaması olarak ifade edilmektedir. Bunlar çerçeve koşullar olup, ayrıca her bir durum için özel koşulların da göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, ss. 323-324; ayrıca bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 304-306; Öztürk/Erdem, s. 235; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 272-273; Hakeri, Genel Hükümler, s. 346; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 409-410; İçel, ss. 360-361).

¹⁰⁴⁵ Bir duygunun, bir tasarımın ya da güzelliğin ifadesinde kullanılan metotların tümüyle bu metotlar neticesinde ulaşılan yaratıcılığa sanat denilmektedir. Örneğin, resim, karikatür, yazı heykel, mimari, müzik, sinema, tiyatro, opera veya balenin günlük yaşamımızın şekillenmesinde önemli bir yer tutmakta olduğu da vurgulanmaktadır. Anayasa m. 27’de “*herkes...sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*” denildikten sonra; 64. maddesinde, “*devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur; sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır*” denilmek suretiyle, sanatın icrası yalnızca bir hak olarak tanınmakla kalmamış, görüldüğü üzere ayrıca bu faaliyetin desteklenip teşvik edileceği de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Hakkın kötüye kullanılmaması koşuluyla, sanatın icrası olarak ortaya çıkan faaliyetler, bir hakkın kullanılması olduklarından hukuka aykırılık, dolayısıyla da suç teşkil etmeyeceklerdir. Örneğin, resim sanatının metodunu kullanarak orgazmın resmini tuvale aktarabilmiş olan ressam ile müzik sanatının metodundan yararlanarak aynı duyguyu melodi haline getirebilmiş olan bir müzik sanatçısı TCK m. 226’da yer alan müstehcenlik suçunu işlemiş olmayacaktır. Burada sınır, belirttiğimiz üzere hakkın kötüye kullanılmasıdır. Örnekleri bu anlamda çoğaltmak mümkündür (Öztürk/Erdem, ss. 241-242). TCK’nın 226/7. fıkrasında bilim ve sanat faaliyetlerinin müstehcenlik suçu açısından belirli koşullar altında hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu açıkça hükme bağlanmıştır (Hakeri, Genel Hükümler, s. 352). TCK m. 226/7 hükmü şu şekildedir: “*Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.*”

¹⁰⁴⁶ Anayasa m. 27’e göre, “*herkes bilimi...serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir...*” Bilimsel metotlar kullanılarak ortaya konulan eserler, hiç bir şekilde suç sayılarak ceza hukukunun ilgi alanı içine sokulamayacaktır. Yeter ki, daha önce de sözünü ettiğimiz gibi hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmasın (Öztürk/Erdem, s. 242). Bu anlamda örneğin kopan cinsel organını diktiği hastasının normal kişiler gibi cinsel ilişkiye girebildiğini gösterebilmek için cinsel ilişki esnasında çekilmiş slaytları bir tıp kongresinde gösteren ya da bilimsel bir dergide yayımlayan hekimin hareketi Hakeri’ye göre, hukuka uygun olacaktır (Hakeri, Genel Hükümler, s. 351).

¹⁰⁴⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 389-390.

¹⁰⁴⁸ Cinsel taciz, kasten işlenebilen bir suç olup, faildeki kastın suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına yönelik olması aranmaktadır. TCK m. 105/1 genel kast yanında bu suçu diğer suçlardan ayırma çabasının bir neticesi olarak failde ayrıca “*cinsel amaç*” şeklinde özel kast da aranmaktadır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 331-332; Artunç, s. 107, Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 376, Ünver, Cinsel Suçlar, s. 56; Kırıt Saygılar, s. 150; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 412; Yokuş Sevük, s. 274).

bakımdan rahatsız olacağı hareketlerin fail tarafından bilerek ve istenerek yapılması yeterlidir¹⁰⁴⁹. Yine Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre, cinsel taciz suçunun, cinsel özgürlüğe karşı bir suç olarak düzenlenmesi ve cinsel yönden kişiyi rahatsız edici herhangi bir hareketin bu suçu oluşturması karşısında, failin bir de bu hareketi "*cinsel amaçlı*" olarak gerçekleştirmesinin aranması, suçun niteliğine uygun düşmemektedir¹⁰⁵⁰. Bu suçta yapılan hareketlerin özelliği zaten cinselliği gerektirmekte olup failin yaptığı hareketin cinsellik özelliği mağduru taciz etmektedir. Ayrıca failde cinsel amaç gütmeye unsurunu aramak yerinde bir yorum değildir. Fakat madde metninin kaleme alınış şekline baktığımızda, bu suçta özel kast aranacağı yönündeki yorumu da mümkün kıldığını görmekteyiz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, bu suçun manevi unsurunun¹⁰⁵¹ oluşması bakımından genel kastın gerekli ve yeterli olduğunu belirtmektedirler¹⁰⁵².

Somut olayın özelliğine göre, failin hareketlerin cinsel içeriğinin bu yönde bir tacize uygun olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin, kişiler arasında yapılan el-kol hareketleri veya işaretler ya da yapılan imalar gibi küfür veya tahkir etmeye yönelik hareketler de cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır¹⁰⁵³. Aynı şekilde cinsel bir özelliği bulunmayacak şekilde kişileri sık sık telefonla aramak halk arasında

¹⁰⁴⁹ 765 sayılı TCK m. 421 bakımından ise gerek sarkıntılık fiilleri ve gerekse söz atma fiilleri açısından da sadece genel kast aranmakta idi (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 390; aynı yönde bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 170; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 259).

¹⁰⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 428.

¹⁰⁵¹ Manevi unsur değerlendirmesi iyi yapılmadığı zaman, örneğin cinsel taciz suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun (TCK m. 134/1) karışabildiğini görebilmekteyiz. Yargıtay'ın yakın zamanda vermiş olduğu bir kararında, "*cinsel taciz suçundan açılan davada; sanığın, bir alışveriş merkezindeki dükkanın vitrininde bulunan hayvanları izleyen mağdurenin arkasından yaklaşarak elinde bulunan cep telefonunun kamerası ile mağdurenin bacaklarını kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eylemin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturduğu*" şeklinde ifadelerle yer vermiştir (Y. 14. CD., 10.09.2013 T., 2012/7618, 2013/8902) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.09.2016). Ancak örneğin, "*...sokakta yürümekte olan mağdureye camdan el sallayarak gel işareti yapıp cinsel organını göstermek*" cinsel taciz suçunu oluşturacaktır (Y. 14. CD. 14.01.2014 T., 2012/15767, 2014/156) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 20.02.2016) (Bkz. Kocaoğlu, s. 452).

¹⁰⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 390; aynı yönde bkz. Meran, s. 107. Buna göre, failin cinsel saikle diğer bir deyişle cinsel tatmin amacıyla tacizde bulunmuş olmasına gerek bulunmamaktadır. Fail cinsel saikle intikam veya aşağılama ya da şaka saikiyle de hareket etmiş olabilir. Burada önemli olan, davranışın cinsel motifli, cinsel izli, yani şehvani bir nitelik taşımasıdır. Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre ise, tacizde bulunan fail cinsel amaçlı olarak eylemini gerçekleştirmediginde artık cinsel taciz suçundan söz edilemeyecektir (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3462).

¹⁰⁵³ Görünüşte cinsel içerikli davranış, cinsel amaçla değil de, hakaret amacıyla yapılmışsa, hakaret suçu oluşacaktır (Kurt, s. 519; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 368). Burada, stadda taraftarların birbirlerine karşı cinsel çağrışimli el-kol hareketleri ya da tahkir amacıyla cinsel organın teşhiri gibi hareketler örnek olarak verilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 428-429). "*Kocan hapse düştü, sen bana kaldın o...karı*" şeklindeki sözlerin aradaki husumete dayanarak söylenmesinin hakaret sayıldığına ilişkin Y. 5. CD. 'nin 03.10.1991 T., 3928/ 4692 sayılı kararı için bkz. Artuk/Gökcan/Yenidünya, Özel, s. 332, dn. 30).

taciz olarak adlandırılrsa da aslında TCK m. 123¹⁰⁵⁴ anlamında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturacaktır¹⁰⁵⁵. Ancak sık sık telefon açıp mağdura cinselliği çağrıştıran sözler söyleniyorsa, cinsel içerikli konuşulması anlamında TCK m. 123'teki suç değil m. 105'teki cinsel taciz suçu olacaktır¹⁰⁵⁶.

VI. TEŞEBBÜS

Fail tarafından cinsel tacize yönelik hareketlerin yapılması ile suç tamamlanacaktır. Öğretide, cinsel taciz suçuna teşebbüsün¹⁰⁵⁷ mümkün olmadığı yönünde görüşler olsa da¹⁰⁵⁸ cinsel tacize yönelik hareketler henüz yapılmadan suç oluşturacak bir

¹⁰⁵⁴ YCGK, TCK m. 105 ile m. 123 arasındaki farkı ortaya koyan kararında şu ifadelere yer vermektedir: *“Uyuşmazlık; sanığın eylemlerinin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu mu, yoksa zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu mu oluşturacağının belirlenmesine ilişkindir. Cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak rahatsız etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, failin cinsel amaç gütmesi, başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir. Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilecektir. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun maddi unsuru; belirli bir kimseye ısrarla telefon edilmesi veya gürültü yapılması ya da hukuka aykırı bir başka davranışta bulunulması, korunan hukuki yarar; cinsel taciz suçundan farklı olarak ısrarlı davranışlarla kişilerin rahatsız edilmeden sükun içerisinde, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşama haklarıdır. Sanığı tanımayan, aralarında önceye dayalı herhangi bir husumet ya da kendi şeref ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için sebep bulunmayan katılanın aşamalarda birbiriyle uyum gösteren samimi, ısrarlı ve herhangi bir terddüde mahal bırakmayan beyanı, bu beyanları doğrulayan tanık anlatımı, sanığın katılanın evini birkaç kere arardığı ve “çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” dediği yönündeki tevilli ikrar olarak değerlendirilen savunması ve tüm dosya muhtevası göz önünde bulundurduğunda, katılanın telefonunu değişik zamanlarda ısrarla arayarak söylediği; “evde misin canım seni çok özledim, eve geliyorum” şeklindeki sözlerin cinsel amaç taşıdığı ve eyleminin bir bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” (YCGK., 10.03.2015 T., 2013/14-429, 2015/34) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016).*

¹⁰⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 390; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, ss. 410–411; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 428; Kurt, s. 519; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 373.

¹⁰⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 390. Öte yandan, alenen yapılan cinsel nitelikli bir davranış, belirli bir kimseyi hedef almıyorsa, TCK m. 225'teki hayasızca hareketler suçunu oluşturacaktır (örneğin, kamuya açık alanda mastürbasyon yaparken yakalanmak gibi). Benzer şekilde, belirli bir kimsenin gördüğünün bilincinde olarak cinsel organ teşhiri söz konusu olmakla birlikte, söz konusu kimseye yönelik cinsel amaç yoksa, yine yalnızca 225. maddeye başvurulur (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 429).

¹⁰⁵⁷ Fail, işlemeyi kastettiği cinsel taciz suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa ilgili suça teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır (TCK m. 35/1). Fail, cinsel taciz suçunun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36).

¹⁰⁵⁸ Malkoç, her ne kadar cinsel taciz suçunun, cinsel amaçlı eylem gerçekleştiği anda oluşacağını ve bu nedenle teşebbüse elverişli olmadığını belirtse de; örneğin, cinsel taciz sözleri içeren mektup bir şekilde mağdura ulaşmadan ele geçirilmiş ve mağdur haberdar olmuş ise teşebbüs aşamasında

durum meydana gelmiş olmayacağından bu suça teşebbüs teorik olarak olanaklı görünmektedir. Burada sırf hareket suçu¹⁰⁵⁹ söz konusu olduğu için, cinsel taciz suçuna teşebbüs, ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği durumda mümkündür¹⁰⁶⁰. Mağdurun, fail tarafından yapılan hareketler neticesinde mutlaka rahatsız olmasına gerek bulunmamaktadır. Fail tarafından yapılan hareketlerin objektif olarak rahatsız edici nitelikte¹⁰⁶¹ olması yeterlidir. Mağdurun ille de rahatsızlık hissi duymasına gerek yoktur. Dolayısıyla fail tarafından yapılan hareketlerin cinsel tacizi oluşturabilecek nitelikte olması durumunda yazarlara göre suç tamamlanmıştır. Mağdurun bundan etkilenmemiş olması suçun da teşebbüs aşamasında kaldığı anlamına gelmeyecektir¹⁰⁶². Teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirim açısından failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirmiş olduğu tehlikenin ağırlığı gözetilmelidir¹⁰⁶³.

kalmış söz konusu suç bakımından şikayet hakkının kullanılmasının olanaklı olacağını da belirtmektedir (Bkz. Malkoç, Cinsel Suçlar, ss. 308-309).

¹⁰⁵⁹ Artuk’a göre, cinsel taciz içeren davranışlar ani olabileceği gibi, devamlılık da arz edebilecektir (Artuk, Ceza Hukuku Dergisi, s. 6).

¹⁰⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 332; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, ss. 3796-3797; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 430; Artunç, s. 108; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3461, Kurt, s. 522; Tumlukolçu, s. 268; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 340; Gündüz/Gültaş, s. 304; Kırıt Saygılar, s. 151; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 384. Bu konuda verilen bir örneğe göre, elindeki yapay erkeklik organı benzeri bir aleti taciz edeceği kişinin üzerine atacakken çevredekilerin müdahalesiyle yakalanan kişinin, bu suç açısından teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilecektir. Bu örnekte kişi, aleti atmaktan kendi isteği ile vazgeçse bu durumda gönüllü vazgeçme esaslarına göre cinsel tacize teşebbüsten cezalandırılmayacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, ss. 387-388). Kocaoğlu’na göre, bu son örnekte failin kastı dikkatli bir şekilde incelenmelidir. Çünkü fail, elindeki yapay erkeklik organını cinsel amaçla değil, karşısındakini aşağılamak için de atıyor olabilir. Bu durumda eylem, cinsel taciz değil, “hakaret” suçunu oluşturacaktır (Kocaoğlu, s. 458). Demirbaş’ın hakaret suçu için vermiş olduğu örnek gibi; yine telgrafla cinsel taciz suçu işlenirken, telgraf memurunun bunu engellemesi de, hareketin kısımlara bölünebilmesinden dolayı teşebbüse elverişlilik konusunda verilebilecek bir başka örnektir (Demirbaş, Genel Hükümler, s. 472).

¹⁰⁶¹ Fail, söz konusu suçu gerçekleştirmeye yönelik elverişli hareketin doğrudan doğruya icrasına başladığı halde, elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamamış olabilir. Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre, cinsel taciz suçunda teşebbüse oldukça sınırlı bir alan kaldığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçekten de ancak “rahatsızlık boyutuna” ulaşmış davranışlar cinsel taciz sayılacağından, ya o ana kadarki davranışlar rahatsızlık boyutuna ulaşmıştır ve ortada esasen tamamlanmış bir cinsel taciz suçu vardır ya da esasen davranışlar bu boyuta ulaşmamıştır. Bu halde de, çoğu zaman teşebbüs nedeniyle faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 430; karşılaştırınız Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 384).

¹⁰⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 391.

¹⁰⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 430.

VII. SUÇA İŞTİRAK

Cinsel taciz suçu iştirak açısından bir özellik arz etmemekte olup, söz konusu suça iştirakin her türlü mümkün görünmektedir¹⁰⁶⁴.

VIII. SUÇLARIN İÇTİMAI

Suçun içtimaina ilişkin genel hükümler burada da uygulama alanı bulacaktır. Ancak fail tarafından cinsel tacize yönelik yapılan hareketler cebir, şiddet, tehdit gibi vasıtalarla yapılıyorsa bu durumda bu vasıtaların kullanılmasına ilişkin fiillerden dolayı failin cezai sorumluluğu ayrıca tespit edilecektir. Cinsel taciz suçunda zincirleme suç hükümlerinin de uygulanması olasıdır¹⁰⁶⁵. Nitekim failin değişik

¹⁰⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 391; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 340; Tumlukolçu, s. 268; Gerçek Çakıcı, s. 71; Parlar/Banko, s. 348; Taneri, s. 209; Gerçek, s. 2215. Cinsel taciz suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hal oluşturur. Bu suça azmettirme ve yardım etme de mümkün olup, örneğin, cinsel içerikli bir mektubu mağdura ulaştıran kimse yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 332; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Şerh, s. 3797; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 432).

¹⁰⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 391; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 340; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 385; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 430-431; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 332-333.

“Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda okula gitmekte olan her iki mağdureye karşı “size şeker vereyim, şeker almaya gidelim, çok güzel kızsın gel seni öpeyim”, şeklinde sözler sarf ederek cinsel organını göstermekten ibaret eylemlerinin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen iki ayrı zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu...” (Y. 5. CD., 14.05.2008 T., 7141/ 4480) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.06.2014). “...okula gidip gelmek için sanığın evinin önünden geçen mağdureye, bu geçişleri sırasında yaklaşık bir yıl boyunca evin camının iç kısmından pijamasını indirip cinsel organını gösterme biçiminde gerçekleşen eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu...” (Y. 14. CD., 02.10.2012 T., 10722/ 9346) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2015). “...sanığın, katılanın kullanmış olduğu cep telefonuna değişik zamanlarda ayrı ayrı “aşkı nasılsın, bugün bana kızgın mısın, ben seni çok seviyorum” şeklinde çektiği mesajların TCK’nın 105/1 ve 43/1 maddelerinde öngörülen zincirleme biçimde cinsel taciz suçunu oluşturduğu...” (Y. 14. CD., 25.01.2013 T., 22313/ 584) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016). “Mahkemece, 15.08.2009 günü mağdureyi telefonla arayarak birlikte olmak istediğini, onu sevdiğini söyleyen sanığın, sonraki iki gün içerisinde de hem telefonla arayıp benzer sözler söylemek, hem de gönderdiği mesajda cinsel içerikli ifadelerle yer vermek suretiyle cinsel taciz suçunu zincirleme şekilde işlediği oluşturunca uygun olarak kabul edildiği halde, sanığın cezasının TCK’nın 43/1 maddesiyle arttırılması gerektiği...” (Y. 14. CD., 02.07.2013 T., 1001/ 8440) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.06.2016). “Oluş ve dosya kapsamına göre, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında katılana ait telefona 14.10.2008 ila 16.10.2008 tarihleri arasında birden fazla kez “Seni seviyorum” yazılı mesajlar göndermesi karşısında, eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 105/1, 43/1 maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu...” (Y. 14. CD., 21.01.2015 T., 11220/ 436) (www.kararara.com., Erişim Tarihi: 02.11.2016). “Sanığın olay tarihinde mağdureye ait cep telefonunu aynı gece içerisinde 19 kez değişik zamanlarda arayarak “seni seviyorum kapının yanıdayım oraya geliyorum” ve benzeri sözler söylemek suretiyle zincirleme biçimde cinsel tacizde bulunduğu,

zamanlarda aynı kişiye yönelen ve bir suç işleme kararının icrası nevinden hareketleri (*değişik zamanlarda uygunsuz ifadeler içeren aşk mektubu gönderilmesi gibi*) hakkında zincirleme suç hükümleri (TCK m.43/1) uygulanabilecektir¹⁰⁶⁶. Aynı şekilde cinsel tacizin birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi halinde de TCK m. 43/2 hükmü

mağdurenin kendisini terslemesi üzerine sanığın sövme kastı ile “gelirsem oraya seni s.k.ederim” şeklinde hakaret teşkil eden sözler sarfederek, birden fazla olduğuna dair kesin delil bulunmadığından bir kez de hakaret suçunu işlediği, mağdurenin samimi ve tutarlı anlatımları, tanık M.D.’nin beyanları, sanığın tevilli savunmaları, hts raporları ve tüm dosya içeriğiyle sabit olduğu halde, sanığın zincirleme biçimde cinsel taciz ve bir kez hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçeyle beraatine hükmedilmesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 04.06.2012 T., 4999/ 6324) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.07.2016). “Dosya içeriğine göre, katılana yönelik bir suç işleme kararının icrası kapsamında ve değişik zamanlarda cinsel içerikli mesajlar göndererek eylemini zincirleme şekilde işlediği anlaşılan sanık hakkında TCK’nın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, Yasaya aykırıdır.” (Y. 14. CD., 14.01.2013 T., 2012/ 5288, 2013/ 85) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

¹⁰⁶⁶ “Cinsel taciz suçunda; lise öğrencisi olan mağdurenin kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda, kendisinden 42 yaş daha büyük olan sanığa iftira atmasını gerektirir, sanık ile aralarında önceye dayalı herhangi bir husumetlerinin bulunmadığı gibi, mağdure ve annesinin aşamalarındaki tutarlı ve samimi görülen anlatımlarına, tanığın beyanları ve dosya içeriğine göre; okula gidip gelmek için sanığın evinin önünden geçen mağdureye, bu geçişleri sırasında yaklaşık bir yıl boyunca evin camının iç kısmından pijamasını indirip cinsel organını gösterme biçiminde gerçekleşen eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.” (Y. 14. CD., 02.10.2012 T., 2011/10722, 2012/9346) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2015). “İddianame içeriğine ve mahkemenin kabulüne göre, sanığın eyleminin, adına kayıtlı cep telefonu ile katılanı 5 kez gece geç saatlerde gizli numaradan arayarak “elbiselerini çıkar, soyun, yatağa gir, ben geliyorum” şeklinde sözler söylemek olduğunun anlaşılması karşısında, eylemin 5237 sayılı TCK’nın 105/1. maddesi kapsamında cinsel amaçlı taciz suçunu oluşturacağı, zira aynı Kanunun fikri içtima hükümlerini düzenleyen 44. maddesi uyarınca bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağına hüküm altına alındığı, ancak bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedileceği ve bu durumda cezanın, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacağına dair aynı kanunun zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 43. maddesi gereğince cezada artırım yapılabileceği gözetilmeden, yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin olunmasında isabet görülmediğinden...” (Y. 14. CD., 25.02.2014 T., 20/ 2308) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.10.2016).

Suçun niteliği gereği, kanuni tipteki düzenleme ile hareketlerin tekrar edilmesinin arandığı durumlarda, ortada birden çok değil, tek suç bulunması nedeniyle zincirleme suç var kabul edilemeyecektir. Örneğin, 765 sayılı TCK m. 421’de düzenlenen “cinsel taciz suçunda failin “kısa aralıklarla şikayetçiye telefon edip seni seviyorum, benim olacaksın demesi” (Y. 4. CD., 26.01.1995 T., 9211/ 324) ya da “sık sık telefon edip cinsel ilişki önerisinde bulunması” (Y. 4. CD., 11.05.1994 T., 2239/ 4306) şeklindeki sırasıkça davranışların yapılması tek suç sayılacağından zincirleme suç hükümleri uygulanıp failin cezası artırılamıyor idi (Bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, s. 526). Mülga kanundan farklı olarak 5237 sayılı TCK m. 105’de cinsel tacizin sırasıkça hal alması ayrıca bir yaptırıma bağlanmamıştır. Bu nedenle Yargıtay yeni tarihli kararlarında failin bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda aynı kişiye karşı taciz fiilini işlemesi durumunda zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümlerini uygulamaktadır. (Y. 14. CD., 01.03.2012 T., 6035/ 2484) (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, ss. 332-333, dn. 34). Bununla birlikte, kısa zaman aralıklarıyla gerçekleştirilen örneğin mağdurenin takip edilmesi, arkasından ısıklık çalınması ve laf atılması örneğinde olduğu gibi birden fazla cinsel davranışın tek suç sayılması gerekmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; ayrıca bkz. Kocaoğlu, s. 464).

çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin yoldan geçen ve birlikte yürüyen üç kadına birden laf atması örneğinde olduğu gibi¹⁰⁶⁷.

Belirtilmesi gereken bir başka durum da bileşik suç hükümlerinin (TCK m.42) cinsel taciz suçu açısından önem arz etmesidir. TCK m. 94/3 hükmünde işkence suçunun cinsel taciz biçiminde gerçekleşmesi, işkence suçuna ilişkin cezayı ağırlaştıran bir neden olması dolayısıyla burada bileşik (mürekkep) suç hükümleri gereğince sadece işkence suçunun nitelikli halinden dolayı ceza verilmesi gündeme gelecektir¹⁰⁶⁸.

Şayet cinsel taciz teşkil eden eylem örneğin, cinsel organın dışarı çıkarılması (*teşhircilik*) eylemi, belli bir mağdura karşı da gerçekleştirilmez, hareket topluma karşı

¹⁰⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 391-392; aynı yönde bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 386; Işık, ss. 226-227. Cinsel içerikli mektupların farklı kişilere gönderilmesi örneğinde olduğu gibi, cinsel taciz fiilinin farklı kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde, bu kez gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 333). Yine aynı şekilde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, suçların “*aynı kişi*”ye karşı işlenmesini zorunlu kıldığından, aynı suç işleme kararına da bağlı olsa, değişik kişilere karşı işlenen cinsel taciz açısından zincirleme suçun söz konusu olmayacağı ve cezaların toplanması yoluna gidileceği belirtilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 431).

“*Sanıkla aralarında dosyaya yansıyan herhangi bir husumet bulunmayan katılan mağdure ile annesi müşterinin aşamalarındaki samimi anlatımları ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, olay günü sanığın yol kenarında duran mağdure ile müşterinin yanlarında motorsikletiyle durup "100 TL peşin vereyim sizi şişireyim" demek suretiyle tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi sebebiyle doktrinde aynı nev'iden fikri içtima olarak adlandırılan...ve aynı Kanunun 43/1. maddesine göre cezalandırılması gerekip TCK'nın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu işlediği anlaşıldığından, eylemine uyan TCK'nın 105/1, 43/1- 2. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...*” (Y. 14. CD., 02.07.2015 T., 2014/801, 2015/7917) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016).

¹⁰⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 392. Ancak, burada yalnızca “*cinsel tacizden*” nitelikli hal olarak söz edildiğinden, işkencenin, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı şeklinde gerçekleşmesi halinde bu suçlar arasında bileşik suç ilişkisi kurulamayacağından, failin hem işkence ve hem de cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılması gerekeceği belirtilmelidir. Ne var ki, işkence çoğu zaman “*vücut dokunulmazlığı*”nın ihlali gerektirdiğinden, buna karşılık cinsel taciz bakımından ise vücut dokunulmazlığının ihlal edilememesi arandığından, söz konusu nitelikli halin cinsel taciz açısından gerçekleşme olasılığı Tezcan/ Erdem/ Önok’a göre oldukça azdır (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 431).

yöneltirirse, bu durumda TCK m. 225'te düzenlenen alenen hayasızca hareketler suçu oluşacaktır¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3530-3531. Eğer cinsel taciz, aleni olarak cinsel organını teşhir şeklinde gerçekleşmişse, bu suçla TCK m. 225'teki "hayasızca hareketler" suçu arasında fikri içtima ilişkisi doğacaktır ve hatta burada TCK m. 225'teki suçun re'sen kovuşturulduğu da dikkate alınmalıdır. "Sanığın parkta katılanların bulunduğu sırada onlara dönerek ve herkesin göreceği şekilde mastürbasyon yapma eyleminin TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği..." (Y. 14. CD., 16.12.2013 T., 873/ 13300) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 431, dn. 414). "Mağdure beyanları ve tüm dosya kapsamından, sanığın çalıştığı işyerinin karşı evinde oturan mağdureyi her görüşünde perdeyi aralayıp, iç çamaşırını indirmek suretiyle cinsel organını gösterip mağdura bakarak masturbasyon yapması biçimindeki olayda zincirleme şekilde TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarının oluştuğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği ve cezanın belirlenmesi esnasında da 225. maddedeki cezanın alt sınırının 105. maddedeki cezanın alt sınırında daha fazla olması karşısında, hakkaniyet gereği 105. madde ile belirlenen cezanın 225. maddede öngörülen cezanın alt sınırından daha az belirlenmemesi gerektiği gözetilmeyerek eksik cezaya hükmedilmesi..." (Y. 14. CD., 18.09.2014 T., 2012/ 15557, 2014/ 10157) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.06.2016). "Dosya kapsamı ve mahkemenin kabulüne göre; sanığın aleni olan sokakta önünden pantolonunu indirip cinsel organını çıkararak katılana gösterip, aynı zamanda cinsel organını eli ile okşayıp, katılana öpücük atması şeklindeki eyleminin TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması sebebiyle sanık hakkında TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara dair en ağır cezayı öngören TCK'nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği ve cezanın belirlenmesi esnasında da 225. maddedeki cezanın alt sınırının 105. maddedeki cezanın alt sınırından daha fazla olması karşısında, hakkaniyet gereği 105. madde ile belirlenen cezanın 225. maddede öngörülen cezanın alt sınırından az olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği de gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde suç vasfında yanlışlığa düşülerek hüküm kurulması..." (Y. 14. CD., 01.04.2014 T., 2012/ 7375, 2014/ 4260) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.10.2015). Tezcan/Erdem/Önok, cinsel taciz oluşturan davranışın zaten rahatsızlık verici olması sebebiyle, ayrıca TCK m. 123'ten mahkumiyet hükmü kurulamayacağını belirtmektedirler. "Sanığın, mağdurenin kullandığı cep telefonuna değişik zamanlarda birden fazla cevapsız çağrı bırakıp cinsel taciz içerikli mesajlar göndermekten ibaret eylemlerinin bir bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu ve mevcut haliyle TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun anılan olayda cinsel taciz suçunun unsuru olduğu gözetilmeden..." (Y. 14. CD., 30.06.2015 T., 8229/ 7847) (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 431, dn. 415). Yargıtay, yeni tarihli bir kararında da "Suç tarihinden önce karşı binada dedesi müşteki Ç.'le birlikte yaşayan 19 yaşındaki mağdureyi gören sanığın başkasıyla resmi nikahlı evli olmasına rağmen arkadaşlık kurmak maksadıyla temin ettiği cep telefonu numarası ile ev telefonu numarasını aynı suç işleme kararı kapsamında değişik tarihlerde sık sık arayıp nihayetinde cep telefonundan ulaştığı mağdureye arkadaşlık teklif edip cinsel ilişkiye girmek istediğini söyleyerek cinsel tacizde bulunduğu ve mevcut haliyle sanığın tek eylemle hem kişilerin huzur ve sükununu bozma hem de cinsel taciz suçlarını işlemesi karşısında anılan eylemler sebebiyle TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima düzenlemesi uyarınca ağır olan zincirleme cinsel taciz suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde her iki suçtan ayrı ayrı mahkûmiyetine hükmedilmesi..." şeklinde bir karar vermiştir (Y. 14. CD., 09.04.2014 T., 2012/ 8532, 2014/ 4814) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.11.2016).

BEŞİNCİ BÖLÜM

MUHAKEME VE YAPTIRIM HUKUKU AÇISINDAN

ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

I. MUHAKEME HUKUKU AÇISINDAN

A. Soruşturma – Kovuşturma

1. Şikayet

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin (TCK m. 102/1 - basit ve hafif halinin) takibi şikayete¹⁰⁷⁰ tabi kılınmıştır¹⁰⁷¹. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına 6545 sayılı Kanun ile eklenen “*sarkıntılık*” suretiyle (hafif) cinsel saldırı fiilleri bakımından düzenlemede şikayete ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. İlgili bölümde “*sarkıntılık*” suretiyle cinsel saldırı fiillerinin (TCK m. 102/1 - ikinci

¹⁰⁷⁰Şikayet, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilden dolayı, şikayete yetkili kişinin, süresi içinde (6 ay, TCK m. 73), yazılı olarak (CMK m. 158), yetkili makamlardan, bu fiil konusunda kovuşturma yapılmasını istemesine denir (Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Kırıt Saygılar, Özdem Özaydın, Esra Akcan Alan, Efser Erden, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ekim 2015, s. 46. Tanım için ayrıca bkz. Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım**, c. 1, İstanbul 1984, s. 219; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 6. Baskı, Ağustos 2016, s. 275; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ekim 2016, ss. 131-132; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Ekim 2015, s. 583; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Eylül 2016, s. 102; Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 10. Baskı, Ekim 2014, s. 26; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Eylül 2016, s. 88; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 3. Bası, Eylül 2012, ss. 210-211; Zafer, Genel Hükümler, ss. 427-428; Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku –I-**, Eylül 2016, s. 58). İhbar ise, suçun yetkili makamlara bildirilmesidir. Burada, ihbarı yapanın bir önemi bulunmamaktadır. Şikayetten farklı olarak, kural olarak, süre de bulunmamaktadır (Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, c. 2, İstanbul 1976, ss. 13 vd.).

¹⁰⁷¹Özbek, İzmir Şerhi, ss. 622-623; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 307; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 392; Artuk/Gökcen/Yenidünya, Özel, s. 302; Toroslu, Özel Kısım, s. 66. “*Sanığın işlediği kabul edilen ve 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenen basit nitelikli cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu, dosya kapsamına göre aynı maddede yazılı suçun re’sen takibini gerektiren nitelikli hallerin olayda bulunmadığı ve mağdurenin duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını bildirdiği gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 05.07.2010 T., 203/ 5929) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.09.2015). “*Sanığa isnat olunan ve 5237 Sayılı TCK.nun 102/1. maddesi kapsamında bulunan cinsel saldırı suçunun takibi şikayete bağlı olup katılan F.E.Ç.’in temyiz aşamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu 18.03.2011 tarihli dilekçesinde sanık hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, öncelikle katılana şikayetten vazgeçme, sanığa da vazgeçmeyi kabul edip etmediği hususları sorulup, sonucuna göre 5237 sayılı TCK.nun 73. maddesi de gözetilerek mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.*” (Y. 5. CD., 20.04.2011 T., 4049/ 3280) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi:12.10.2015).

cümle), basit cinsel saldırı fiillerine (TCK m. 102/1 - birinci cümle) göre daha hafif nitelikte olduğunu belirtmiştik. Bu durumda, bir suç tipinin basit hali şikayete bağlı tutulmuş ise hafif halinin de şikayete bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Görüldüğü gibi, “*sarkıntılık*” suretiyle cinsel saldırı fiillerinin (hafif cinsel saldırı) takibinin şikayete bağlı olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁷².

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan “*cinsel saldırı fiilinin vücuda organ ya da sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi*” halinin takibi ise şikayete bağlı bulunmamakta re’sen kovuşturulmaktadır. Ancak m. 102/2’deki fiillerin eşler arasında¹⁰⁷³ ve biri diğerine karşı işlenmesi halinde fiilin takibinin şikayete bağlı olacağını belirtmek gerekmektedir¹⁰⁷⁴. Öğretide, TCK m. 102/1’deki fiillerin (*cinsel saldırı fiillerinin basit hali*) de eşler arasında işlenmesinin takibinin şikayete bağlı olduğu öne sürülmektedir. Çünkü m. 102/1 bu tür fiillerin işlenmesi ve takibi bakımından ikinci fıkra hükmünde olduğu gibi bir ayrıma gitmemiş olup, genel

¹⁰⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 345. Maddenin düzenleniş şekliyle ve yorum kurallarından yola çıkılarak temel şekline göre daha az ceza öngörülen sarkıntılık şeklinin de evleviyetle şikayete tabi olacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Zira sarkıntılık, şikayet tabi olan ve vücut dokunulmazlığını ihlal şeklinde gerçekleşen cinsel saldırının daha hafif bir işleniş şeklini ihtiva etmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 307; Kocaoğlu, s. 219).

¹⁰⁷³ Eşler arasında nitelikli cinsel saldırının şikayete bağlanmasının kanun koyucunun aile birliğine doğrudan müdahale etmemeye yönelik tercihinin bir sonucu olduğu vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre, ceza kanunları genellikle karı koca arasındaki cinsel ilişkilere dair hükümler getirmemekte bundan çekinmektedirler (Önder, s. 445). Hükmün çoğu defa eşler arasında işlenen bu suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını olanaksız hale getirdiği ve pratik bir değerinin olmadığı da ifade edilmektedir (Hafizoğulları/Özen, s. 163). İlk fıkranın şikayete bağlanma nedeninin, ilk fıkra için mağdurun yaşadığı olayın toplumda duyulmasını istememe yönündeki iradesine saygı gösterilmesi olduğu da belirtilmektedir (Soyaslan, Özel Hükümler, s. 240). Taner, 5237 sayılı TCK’da m. 102/1 kapsamına giren mülga kanun dönemindeki ırza tasaddi suçunun, o dönemde re’sen takip edildiğini, bu bakımdan kanun koyucunun şikayete ilişkin olarak kapsamı genişlettiğini ifade etmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 243).

¹⁰⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 345; Kocaoğlu, s. 720; Özbek, İzmir Şerhi, s. 623; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 302; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 308; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 392-393. “*Kamu adına kovuşturulan suçlarda hazırlık soruşturması sırasındaki şikayetten vazgeçmenin yargılama aşamasında davaya katılmaya engel teşkil etmeyeceği, şahsi hak istemine engel oluşturacağı ve ancak şikayetten vazgeçmenin kovuşturma evresinde olması halinde artık davaya müdahale edilemeyeceği hususları gözetilmeden, dava açıldıktan sonra alınan beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu, davaya katılmak isteğini bildiren ve suçtan zarar gördüğü anlaşılan müştekinin bu talebinin kabulü yerine, hazırlıkta şikayetinden vazgeçtiği gerekçesiyle, nitelikli cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasındaki katılmasına karar verildikten sonra 12.11.2009 tarihli celsede katılmasının kaldırılmasına karar verilmesi ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan 29.07.2009 tarihli ek iddianame ile açılan kamu davasında, müştekinin 21.11.2007 ve 17.12.2007 tarihli talimatla alınan beyanlarında sanıktan şikayetçi olduğunu bildirdiği halde CMK’nun 238/2. maddesi gereğince davaya katılmak isteyip istemediği sorulup sonucuna göre 238/3. madde uyarınca olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, isabetsizdir.*” (Y. 5. CD., 27.01.2011 T., 2010/ 7228, 2011/ 369) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

olarak bu tür fiillerin hepsi bakımından şikayete bağlı takibat yapılacağı hususunu düzenlemiş bulunmaktadır¹⁰⁷⁵. TCK m. 102/3, m. 102/4 ve m. 102/5'te belirtilen ve cinsel saldırının vücuda organ ya da cisim sokulması suretiyle işlenmesinin nitelikli hallerinin eşler arasında işlenmesi durumunda takibat re'sen¹⁰⁷⁶ yapılacaktır. Son hallerde (*ölüm neticesi veya bitkisel hayata girme*) mağdurun şikayette bulunması zaten fiilen mümkün değildir¹⁰⁷⁷. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁰⁷⁸.

Cinsel istismar fiillerinin basit ve nitelikli halleri bakımından ise suçun soruşturulması ya da kovuşturulması herhangi bir dava şartına bağlı değildir. Dolayısıyla belirtilen suç şikayet¹⁰⁷⁹, izin, talep vb. dava şartları aranmadan re'sen

¹⁰⁷⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 345; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 242. Karşı yönde Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 392-393. Tezcan/Erdem/Önok'a göre, cinsel saldırı suçunun temel şekli açısından eşlerin suçun faili olup olmayacağı belirsizdir. Dolayısıyla, eşler arasında işlenen cinsel saldırı suçunun temel biçimi açısından eşler suçun faili olamayacaktır. Yargıtay'da yakın zamanda bu yönde karar vermiştir. "*Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK'nın 102/2. maddesinin ikinci cümlesinde şikayete tabi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 102/1. maddesindeki suçu oluşturmadığı...*" (Y. 14. CD., 13.02.2014 T., 4276/ 1689) (www.kararara.com., Erişim Tarihi: 05.09.2016).

¹⁰⁷⁶ Basit, hafif ve nitelikli eşe karşı cinsel saldırı suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerin içerisinde değerlendirildiği hallerde, kovuşturulmasının re'sen yapılacağı hususunda bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 392-393; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 342; Özbek, İzmir Şerhi, s. 623; Kocaoğlu, ss. 219-220; Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 308; Tuğrul, s. 134; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 244-245.

¹⁰⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 345; Özbek, İzmir Şerhi, s. 623. Burada vurgulanması gereken bir başka konu da suç nedeniyle korunan hukuki değer mağdurun cinsel dokunulmazlığı olduğundan şikayet ve davaya katılma hakkının anne, baba ve kardeşlere değil, bu hakkın sahibi olan bireylere ait olacağı hususudur (Kocaoğlu, s. 220; Tuğrul, s. 60).

¹⁰⁷⁸ YCGK., 03.10.2006 T., 5-193/203; aynı yönde bkz. YCGK., 20.11.2007 T., 6-250/ 239 (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.11.2014). 6545 sayılı Kanun tasarısının madde gerekçesinde de aynı hususun vurgulandığı görülmektedir. Gerekçede, cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin birlikte gerçekleşmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin şikayet bağlı olmayacağı belirtilmiştir (Kocaoğlu, s. 220; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 393). Şikayet istisnai bir kurumdur ve düzenlenmediği hallerde suçun re'sen takip edileceğinin kabulü gerekmektedir (Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 308; Güngör Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Haziran 2009, s. 36).

¹⁰⁷⁹ Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suç konusunda yetkili kimse altı ay içerisinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır (TCK m. 73/1). Zamanaşımı süresi geçmemek şartıyla bu süre, şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar (TCK m. 73/2). Zamanaşımı, tamamlanmış cinsel istismarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan cinsel istismar suçunda son hareketin yapıldığı günden, (hürriyeti tahdit suçuyla birlikte işlendiği) kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği, zincirleme cinsel istismarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından cinsel istismar suçunun işlendiği durumlarda ise çocuğun 18 yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır (TCK m. 66/6).

soruşturulacak ve kovuşturulacaktır¹⁰⁸⁰. Ancak 6545 sayılı kanun m. 59 ile cinsel istismar suçunun birinci fıkrasına sarkıntılık düzeyinde kalmasına ilişkin yeni bir işleniş şekli eklenmiş bulunmaktadır. Hafif nitelikte cinsel istismar olarak da adlandırabileceğimiz bu halde de suçun takibi yine re'sen yapılacak ve şikayete bağlı olmayacaktır. Ancak maddenin birinci fıkrasına son cümle olarak; *“Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır”* ifadesi eklenmiştir. O halde sadece sarkıntılık düzeyinde hafif cinsel istismarın failinin de çocuk olması¹⁰⁸¹ halinde fiil artık şikayete bağlı olacaktır. Bu düzenlemeden çıkarılacak bir diğer sonuç ise, cinsel istismar fiilinin sarkıntılık düzeyinde kalsa bile failinin 18 yaşından büyük olması halinde fiilin takibinin şikayete bağlı olmayıp re'sen yapılacağıdır. Aynı şekilde cinsel istismar fiilinin faili çocuk olsa da bu kez fiil yoğunluk olarak sarkıntılık düzeyini aşmış ve basit ya da nitelikli cinsel istismar boyutuna ulaşmışsa suçun soruşturulması veya kovuşturulması yine şikayete bağlı olmayacak ve re'sen yapılacaktır¹⁰⁸².

Cinsel istismar fiilinin takibinin şikayete bağlı olduğu durumlarda şikayet hakkı bizzat mağdur çocuğun olacağı gibi aynı zamanda madde düzenlemesi gereği ayrıca velisi ya da vasisi de bu hakkı kullanabilecektir. Fıkra da sayılan kişilerden

¹⁰⁸⁰Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 363; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 327-328; Hafizoğulları/Özen, s. 167; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 319; Kocaoğlu, s. 362.

¹⁰⁸¹“Sanığın üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra yürürlüğe giren mevzuat sebebiyle, sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmelidir. Bu suçun çocuk olan sanık tarafından işlenmesi halinde suçun takibinin şikayete bağlı olduğu, mağdure ve babası müştekinin ve sanığın da hazır bulunduğu celsede, şikayetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, sanığın vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulduktan sonra bir karar verilmesi gerekir.” (Y. 14. CD., 24.09.2014 T., 2012/15273, 2014/10407) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 07.11.2016).

¹⁰⁸²Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, ss. 363-364. TCK'nın öngördüğü sistemde, şikayet, fiilin ve failin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren altı ay içerisinde kullanılması gereken bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, sarkıntılık düzeyinde kalan ve iştirak halinde işlenen cinsel istismarın failinin çocuk ve fakat azmettireninin ya da yardım edeninin yetişkin olduğu durumlarda, fiil hakkında şikayette bulunulmadığı sürece azmettiren veya yardım eden hakkında da dava açılmayacaktır. Zira burada cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalan şeklinin failinin çocuk olması durumunda, suçun bu işleniş şeklinin takibi şikayete tabi kılınmıştır. Buna karşılık, failin yetişkin ve fakat azmettiren ya da yardım edenin çocuk olduğu durumlarda, ortada re'sen soruşturulan veya kovuşturulan bir suç söz konusu olduğundan azmettiren ya da yardım eden çocuk hakkında da şikayet aranmaksızın re'sen soruşturma veya kovuşturma söz konusu olabilecektir. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarın yetişkinlerle çocuklar tarafından müşterek fail olarak işlendiği durumlarda ise, ortada hukuki anlamda tek fiil söz konusu olduğundan ve bu fiil yetişkinler sebebiyle re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir özellik gösterdiğinden çocuklar hakkında da şikayet aranmayacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, ss. 327-328).

herhangi birinin şikayeti, suçun takibi bakımından yeterlidir. Ancak öğretideki bir görüşe göre, şikayet hakkından feragat veya yapılmış olan şikayetten vazgeçmenin mümkün olması için şikayet hakkı sahibi herkesin bu yönde irade göstermesi aranacaktır. Şikayet yapıldıktan sonra bu hakka sahip olanlardan biri veya birkaçı şikayeti geri alsa da bunlardan herhangi birinin yapılan şikayeti geri almaması halinde soruşturma veya kovuşturma sürecektir¹⁰⁸³.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli, takibi şikayete bağlı suçlar arasındadır (TCK m. 73; m. 104/1)¹⁰⁸⁴. 5237 sayılı TCK m. 104/1 bakımından, şikayet

¹⁰⁸³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 9. Baskı, s. 364. Bahsi geçen suçlar kişilere karşı suçlar içinde bulunduğu, esasen anne ve babanın şikayet hakkından söz edilemez. (Hafızoğulları/Özen, s. 168). Ancak görüldüğü üzere kanun koyucu, ayrıksı bir düzenleme ile şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan şikayet kurumu bağlamında bir suç tipinde veli ya da vasinin şikayetini de olanaklı kılmıştır. Bu durumda farklı birtakım yorumlara neden olmaktadır. Koca/Üzülmez, sarkıntılık düzeyinde kalan ve çocuklar tarafından işlenen cinsel istismarın söz konusu olduğu hallerde, şikayet hakkına sahip olan kişiler maddede sayılmak suretiyle belirtildiğinden, bu durumda suçun mağduru olan çocuk şikayette bulunmasa da, veli ya da vasisinin şikayeti yeterli olacaktır. Buna karşılık, şikayetin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olan mağdur çocuğun şikayetten vazgeçmesi ya da şikayetini geri alması durumunda, veli ya da vasinin şikayette bulunup bulunmayacağı veya çocukla birlikte bu kişiler de şikayette bulunmuş iseler bu kişilerin şikayetinin mağdur çocuğun şikayetini geri almasına rağmen halen geçerli olup olmayacağı, söz konusu bu düzenleme nedeniyle tartışma yaratmaktadır. Koca/Üzülmez'e göre, kim şikayet hakkını kullanmışsa, şikayeti geri alma yetkisine de sadece o kişi sahip olacaktır. Mağdurun şikayette bulunduğu hallerde diğerlerinin veya diğerlerinin şikayette bulunduğu hallerde ise mağdurun şikayeti geri alması mümkün olmamalıdır. Buna karşılık mağdur ile velisi ya da vasisi birlikte şikayette bulunmuşlarsa, bunlardan sadece birisinin şikayetinden vazgeçmesi, diğerinin şikayetine etki etmeyecektir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 328).

Benzer şekilde Kocaoğlu ise, mağdur, veli ya da vasisi olmak üzere şikayet hakkını dahi kullanmamış kişilerin de var olduğu bir olayda, herkesten aynı yönde irade beklemenin mümkün olamayacağını belirtmektedir. Şikayet hakkını kullanan kim ya da kimlerse onların feragatı ya da vazgeçmesinin yeterli olacağı vurgulanmaktadır. Kanunda soyut bir biçimde hak tanınmış herkesten aynı şekilde irade beklenmesinin failin çocuk olduğu sarkıntılık suçunu fiilen re'sen soruşturmaya tabi hale getireceğinden bahsedilmektedir. Halbuki Kocaoğlu'na göre burada kanun koyucunun amacı açık bir şekilde bu suç tipinin soruşturması ve kovuşturmasının şikayete tabi kılınmasıdır. Bu görüşe göre ayrıca, TCK m. 103/1/c.3'ün lafzında şikayet hakkı tanınan kişilerin tanımlanırken "veya" bağlacının kullanılması şikayetçilerin "kümülatif" değil, "alternatif" olarak düzenlenmesi, şikayeti geri alma yetkisine sahip kişilerin de aynı şekilde kümülatif değil, alternatif yöntemle, yani birlikte değil ayrı bir biçimde, bireysel ve bir arada davranma mecburiyeti olmadan şikayeti yapabilmelerini ve geri alabilmelerini gerektirmelidir. Kocaoğlu'nun, failin çocuk olduğu haller için sarkıntılık şeklinde gerçekleşen cinsel istismar suçunda hümanist bir amaç güden kanun koyucunun, bu düzenlemeyi faili çocuk olan basit cinsel istismar suçları için de genişletmesi gerektiği şeklindeki görüşü için bkz. Kocaoğlu, ss. 362-363, dn. 493.

¹⁰⁸⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420; Kocaoğlu, s. 428; Özbek, İzmir şerhi, s. 640; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 380.

hakkına sahip olan kişi 15 yaşını tamamlayan¹⁰⁸⁵ ve cinsel ilişkide bulunan çocuktur¹⁰⁸⁶. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak bulunmaktadır¹⁰⁸⁷. Yargıtay'ın hem önceki dönemde hem de son zamanlarda verdiği kararlarda da görüşünün bu yönde olduğunu

¹⁰⁸⁵ Onbeş yaşından küçük çocuk mümeyyiz olsa bile, mümeyyiz olduğuna bakılmayacaktır ve şikayet ve/veya vazgeçmeye kanuni temsilcileri yetkili olacaktır. 15 yaşından küçük mağdurla temsilcisinin iradesinin farklı olduğu durumlarda, temsilcinin iradesine üstünlük tanınacaktır. Çocuğun üstün menfaati gereği irade açıklamasının sakıncalı olduğu hallerde çocuk mahkemesi hakiminin karar vermesinin yerinde olacağı da belirtilmektedir (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Birinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, Kasım 2009, No. 5.9, ss. 90-91. Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir. “14 yaşında olup şikayetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdurenin duruşmadaki şikayetçi olmadığına ilişkin beyanına dayanılarak CMK'nun 234/2. maddesi gereğince kendisine istemi aranmaksızın atanan vekilinin katılma isteğinin reddine karar verilmesi...” (Y. 5. CD., 13.02.2007 T., 2006/12163, 2007/966) (Bkz. Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, s. 125, dn. 84; www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015). Ancak TCK m. 104, mağdur olan çocuğun onbeş yaşını doldurmuş olması şartını düzenlediğinden, onbeş yaşından küçük çocuklar mümeyyiz olsa bile bu suçun mağduru olmayacaktır. İşlenen suç TCK m. 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçudur (Kanbur, Armağan, s. 4196; Kanbur, CHD, s. 132).

¹⁰⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 380; Kanbur, Armağan, ss. 4192-4193; Kanbur, CHD, s. 130; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 256; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 420. Aksi yönde bkz. Meran, ss. 379-380; Polat, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 194. Öğretide, madde 104 düzenlemesinden şikayet hakkına kimin sahip olduğunun anlaşılamadığı ileri sürülerek haklı yönde eleştiriler getirilmiştir (Yokuş Sevik, Hukuk ve Adalet, s. 294). Ünver'e göre; kanun koyucunun bu suç açısından rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyip bunu da şikayete bağlı tutması, şikayetin başkası tarafından yapılmasını amaçladığı içindir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 50).

¹⁰⁸⁷ Kanbur, Armağan, s. 4193; Kanbur, CHD, s. 130; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 403; Hafızoğulları, ss. 366-367; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 256; Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, ss. 304-305; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu verdiği kararda şu ifadelere yer vermiştir: “...sezgin küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptir.” (15.04.1992 T., 14/9 sayılı karar için bkz. Arslantürk, s. 542).

söylemek mümkündür¹⁰⁸⁸. Şikayet konusunda mağdur¹⁰⁸⁹ ile kanuni temsilcisi¹⁰⁹⁰ arasında bir anlaşmazlık olduğunda ise bu gerekçe ile mağdurun iradesi esas alınacaktır¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ “Mümeyyiz küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptirler. Bu küçükleri temsil hakkına sahip olan kişilerin dava yetkisi, mümeyyiz küçükler dava ve şikayette bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir.” (YİBK., 15.04.1942 T., 1940/14, 1942/9) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 09.11.2014). 765 sayılı kanun döneminde suç olarak düzenlenmiş bulunan zina fiillerinin takibi şikayete bağlı tutulmuştu. Öğretide buradaki şikayet hakkının eşe ait olduğu ve bunun şahsa sıkı surette bağlı haklardan olduğu ileri sürülmektedir. Kanuni temsilciye ise bu hakkın verilmediği kabul edilmekte, ancak eşin fiil ehliyetinden yoksun hale gelmesi halinde kanuni temsilcilerine şikayet hakkının tanınması gerektiği ifade edilmekteydi. Şikayetin şahsiliği ilkesinin katılığına gidermenin yolu, yazara göre suçun re’sen takibini sağlamak değildir. Hafızoğulları, burada yapılabilecek tek şeyin şikayette temsili kabul etmek olduğunu ifade etmiştir. Bu durumda suçun takibinin gerekip gerekmeyeceğine temsili karar verecektir. Bu, elbette karı veya kocaya tanınan takdir hakkının bir ihali niteliğindedir, ancak oratada kabul etmekten başka çare de bulunmamaktadır. Karı ya da koca adına şikayet hakkını kullanacak olan kimse, kanuni temsilci olacaktır (Bu konuda bkz. Zeki Hafızoğulları, Zina Cürümleri, İstanbul 1983, ss. 278-283). Burada da şikayet hakkının şahsa sıkı surette bağlı olduğu ve fakat eşin bunu fiilen kullanamayacak durumda olması durumunda (ruhi veya fiziki acziyet hali) kanuni temsilcilerinin bu hakkı kullanabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Kanbur’a göre, o halde TCK m. 104 açısından şikayet hakkına kanuni temsilcinin de sahip olduğu görüşünü bir an için kabul etsek bile bu hak ancak çocuğun bu hakkını kullanamayacak bir acziyete düşmesi durumuna özgü olmalıdır. Bahsi geçen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını bu şekilde yorumlamak doğru olacaktır (Kanbur, Armağan, ss. 4193-4194, dn. 148; Kanbur, CHD, s. 131, dn. 133).

¹⁰⁸⁹ 765 sayılı TCK’da bu fiiller Genel Ahlak – Adap ve Aile Düzenine karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK bahse konu fiilleri bizzat kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde ve bireylerin cinsel dokunulmazlıklarına karşı işlenen bir suç olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun burada aileyi, kanuni temsilcileri, toplumu değil bizzat 15 yaşını doldurmuş çocuğu korumakta olduğunu belirtmek gerekmektedir (Kanbur, Armağan, s. 4194). Öğretide, bölüm başlığının terminolojik anlamlandırılması ile her zaman şikayet hakkına sahip olanın belirlenemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Ünver, Cinsel Suçlar, s. 51. Kocaoğlu’na göre, kanun koyucu anne ve babanın ya da vasinin şikayet edebilmesini isteseydi, TCK m. 103/1/c.3’deki gibi istisnai bir düzenleme yaparak, bu kişilere şikayet hakkı tanırdı. Uygulamayı da göz önüne alarak, şikayet hakkı bakımından TCK m. 104/1 anlamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurları sezgin olduklarından ve ortada da şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusu olduğundan, şikayet edip etmemek ya da şikayetin geri alınması hususlarında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, yasal temsilcilerin değil, mağdurun iradesi esas alınmalıdır (Kocaoğlu, ss. 429-430).

¹⁰⁹⁰ Öğretide ailenin gördüğü zararın doğrudan değil dolaylı olması nedeniyle şikayet hakkının öncelikle doğrudan zarar görmek suretiyle korunan değeri ihlal edilen kişiye ait olacağı yönündeki görüş için bkz. Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997, s. 201.

¹⁰⁹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 380. Aynı yönde bkz. Kanbur, Armağan, s. 4194; Kanbur, CHD, s. 131; Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 414.

Mağdurun şikayetçi olmadığı ancak anne ve babanın şikayetçi olduğu durumlar bakımından öğretideki bir başka görüş, TMK m. 339 ve m. 342 çerçevesinde şikayet hakkının, çocuk veya kanuni temsilcisi tarafından birlikte ya da bağımsız bir şekilde kullanılabileceğini belirtmektedir. Şikayet hakkının kullanılması bakımından TCK m. 104 bu hakkın kullanılması, feragat ve vazgeçme hususunda herhangi bir özel hüküm içermediğinden, TCK m. 73 ve ilgili diğer hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu görüşe göre, her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olsa da, kanuni temsilcinin TMK gereğince çocuk üzerindeki koruma, gözetme ve üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etme hak ve yetkisi ceza ve ceza muhakemesi hukukunu da kapsayacaktır (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 403). Ünver’e göre, onsekiz yaşın tamamlanıp çocuğun reşit olduğu ve kanuni temsilcinin işlevinin bittiği güne kadar, şikayetten feragat veya vazgeçme yalnız mağdur çocuğun iradesine bağlı bırakılamayacaktır (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 49).

Bu durumda bizzat korunan hukuki değerin sahibi olan çocuk şikayet hakkına tek başına sahip olacaktır¹⁰⁹². Yargıtay da TCK m. 104 kapsamındaki fiiller bakımından mağdur olan mümeyyiz çocuğun şikayet hakkına sahip olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹³.

Yargıtay, evlenme suretiyle reşit olan küçüğün şikayet hakkını velinin hakkına üstün tutmaktadır (Kocaoğlu, s. 429). “Her ne kadar mağdurenin babası H.Y.’nın 18.10.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanık hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde onyediyi yaşta içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.6.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma sırasında yeniden beyanı alınarak şikayetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikayetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi...” (Y. 14. CD., 07.05.2015 T., 2013/7341, 2015/6190) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2016).

¹⁰⁹² Aynı sonuca, öğretide ceninin düşürülmesi fiillerine rıza gösterme hakkı bakımından mümeyyiz küçüğe sıkı surette bağlı olan rıza gösterme yetkisi olduğu şeklindeki görüş çerçevesinde de ulaşılabileceği hakkında bkz. Özbek, İzmir Şerhi, s. 586; Murat Aydın, “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu”, **SÜHFD**, C. 19, S.2, 2011, s. 87. Vücudun muayenesine yönelik mümeyyiz olan mağdurun rızasının tek başına yeterli olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Ayşe Nuhoglu, “Beden Muayenesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, 2006. ss. 331-332.

¹⁰⁹³ “16.09.1986 doğumlu mağdurenin, ilk suç tarihi olan 2002 yılı Eylül ayında 16 yaşında bulunduğu, bu sebeple sanığın eyleminin 765 sayılı TCK.nun 416 /son maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu ve Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün 2005/103 Esas 2005/89 sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK.nun 104/2 maddesini iptal etmesi nedeniyle eylemin 01.06.2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 104/1. maddesine uyduğu ve anılan suçun takibinin şikayete bağlı bulunduğu, mağdurenin ise tüm aşamalarda sanıktan davacı ve şikayetçi olmadığı nazara alınarak kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle CMK.nun 223/8 maddesi uyarınca düşürülmesi yerine yazılı şekilde hükmün kurulması...” (Y. 5. CD., 30.01.2006 T., 2005/18695, 2006/361). (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.09.2014). Karakuş burada mağdurun ailesinin de suçtan etkilendiğinin bir gerçek olduğunu, fakat bu etki nedeniyle aileye şikâyet hakkı verilmesinin, hukuki anlayıştan uzak, duygusal bir yaklaşım olacağını belirtmektedir. Zira, mağdur küçük yerine ailesinin şikayetinin geçerli olmasını savunmak demek 5237 sayılı TCK’nın sunduğu yeni korumanın kapsamını ve korunan hukuki değerin niteliğini tamamen değiştirmek demek olacaktır. Bu durumda kişinin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı yine gelenekçi aile şerefi ve haysiyeti anlayışı ile perdelenme tehlikesi altında olacaktır (Karakuş, s. 91).

Ancak Askeri Yargıtay Daireler Kurulu bu tür fiillerde şikayet etme ve şikayetten vazgeçme hakkının veliye ait olduğunu belirtmiş ve aksi yönde bir karar vermiştir. Buna göre; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen ve şikayet ön şartına bağlanan 102 ve 105. maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikayette bulunacak tarafın “mağdurun şikayeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, söz konusu 104. maddede, şikayet ön şartının sadece “şikayet üzerine” şeklinde yalın ve genel bir kavramla ifade edildiği, ancak bu şikayet hakkının kimin tarafından kullanılacağını kişiselleştirilerek belirtilmediği görülmektedir. Art arda gelen bu maddelerin düzenleme sistematigi göz önünde bulundurulduğunda, 104. maddede öngörülen şikayet hakkının, reşit olmayan mağdur dışındaki kişiler tarafından da kullanılacağını açıkça ortaya koymaktadır.” (AYDK., 26.04.2007 T., 44/44) (Bkz. Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, ss. 305-306, dn. 49). Askeri Yargıtay Daireler Kurulu kararının yerinde olmadığını belirtmek gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu karar lafzi ve sistematik yorum yöntemleriyle sorunu çözmeye yaklaşıp da, hem şikayet kurumunun ortaya konuluş amacını hem de niteliğini göz ardı etmektedir. Ayrıca tarihsel yorum kullanılmak suretiyle de bu tür fiillerle artık ailenin ya da toplumun değil bizzat bireyin korunduğu görülmektedir. O halde bu hakka bizzat sahip olan bireyin, korunan değer ihlalinin takip edilip edilmeyeceğine de bizzat karar verebilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Kanbur, karar gerekçesinde kullanılan “mağdurun şikayeti” ve “şikayet üzerine” kelimelerinin farklı anlama geleceği ifade edilmiş olsa da kanun koyucunun bu ifadeleri bilinçli düzenlemediği kanaatindedir. Aksine bu düzenleme farklılıklarının, kanun koyucunun kanuni düzenleme yapma tekniği bakımından özensizliğini ve müesseseler hakkındaki tutarsızlığını

Şikayet hakkını¹⁰⁹⁴ 73. madde hükmüne göre kullanacak olan müştekinin, fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren, dava zamanasını süresini geçmemek kaydıyla 6 ay içinde bu hakkını kullanması gerekmektedir. Bu fiilin suç olduğunu cinsel ilişkiyi ilk yaşadığı andan itibaren bilen mağdur için, 6 aylık şikayet süresinin bu günden itibaren başlaması gerekir. Ancak mağdur yaşadığı cinsel birlikteliğin suç olduğunu sonradan öğrenirse, bu durumda 6 aylık şikayet süresi mağdurun bunu öğrendiği günden başlamalıdır. Bilindiği üzere şikayet süresi hem fiilin hem de failin bilindiği ve öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, burada fiilin bilinmesi, mağdur çocuğa karşı yapılan hareketlerin cinsel ilişki niteliğinde olduğunun çocuk tarafından algılanması, öğrenilmesi anlamındadır. Fiilin hukuka aykırılık oluşturduğu yönünde bilgi sahibi olunması gerektiği şeklindeki görüş¹⁰⁹⁵ çocuğun yapılan fiillere vakıf olması anlamında öne sürülmektedir. Bunun anlamı, çocuk¹⁰⁹⁶ kendisine yönelmiş olan cinsel ilişki

göstermekte olduğunu özellikle bir anlam ifade etmesi bilincinden de yoksun yapıldığını ortaya çıkardığını vurgulamaktadır (Kanbur, Armağan, ss. 4195-4196; Kanbur, CHD, s. 132).

¹⁰⁹⁴ Bu suç bakımından şikayet hakkına sahip kişi/ kişiler üzerinde durmak gerekirse, TCK m. 73 gereğince, şikayet etmesi gereken kişi, bu fiilden zarar görmüş olan kişi olmalıdır. Şikayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayıldığından mirasçılara geçmez. Bunun istisnasını TCK m. 131/2 oluşturmaktadır. Şikayetçinin reşit olması gerekmez ise de temyiz kudretine sahip olması, yani şikayetin anlam ve sonuçlarını anlayabilir durumda olması aranmaktadır. Suçtan zarar görenin kanuni temsilcisi varsa, şikayeti o yapacaktır. Kanun koyucu suçtan zarar gören yerine “yetkili kimse” terimini kabul ederek, bu olasılıkları göz önünde bulundurmuş görünmektedir. Ancak bu düzenlemeyi suçtan zarar görmeyen kişilerin de şikayette bulunabileceği şeklinde anlamamak gerekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 381-382).

¹⁰⁹⁵ Kanbur, Cinsel İlişki, s. 60.

¹⁰⁹⁶ Çocuğun şikayetin gerçekten kendi iradesinden mi kaynaklandığı yoksa aile baskısıyla, korkuyla ya da utanç nedeniyle mi yapıldığının araştırılması gerekmektedir. Bu konuda ailesinin etkisinden uzak bir biçimde çocuğun beyanının alınması gerekmektedir. Çocuk bakımından zarar görme tehlikesi varsa, çocuğun aileden ayrı tutularak Çocuk Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde koruma altına alınması uygun olacaktır (Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 308). Bu hem çocuğun gerçek iradesini ortaya koyması hem de olayda olayda meydana gelen fiilin hangi suç tipine uyduğunun belirlenmesi bakımından önemli olacaktır. Çocuğun şikayeti tek başına yeterli olmamalı, fiilin gerçekten işlendiğinin kesin kanaat oluşturacak biçimde ispatlanması gerektiği belirtilmelidir (Kanbur, Armağan, ss. 4197-4198; Kanbur, CHD, ss. 133-134).

“Mağdurenin, aşamalarda beyanlarında sanığın arabasında ve evinde olmak üzere zorla iki kez cebirle ırzına geçtiğini beyan etmiş ise de; eylemleri kimseye anlatmadığı, sanığın başkasıyla ilişkisinin bulunduğunu ve daha sonra da kendisinin hamile olduğunu öğrendiği, annesinin çantasında hastaneden verilen muayene kağıtlarını görmesi ve olanları anlatması üzerine olayın anne ve babası tarafından Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirildiği, mağdurenin olaylardan yaklaşık 4-5 ay sonra şikayetçi olması, olay tarihinde 15 yaşını doldurmuş bulunması ve sanığın aşamalarda mağdureyle rızasıyla ilişkiye girdiğini savunması karşısında, kanıtlanan eylemlerinin, TCK’nın 104/1, 43. maddelerinde düzenlenen zincirleme biçimde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlışlıkla düşülerek TCK’nın 103/2 maddesi uyarınca hüküm kurulması...” (Y. 14. CD., 15.04.2013 T., 10779/ 4413). “Mağdurenin aşamalarda çelişkili beyanları, sanık savunmaları, tanık anlatımları, adli raporlar ve tüm dosya kapsamına göre, mağdurenin babası Necip’in beyan ettiği üzere daha önce iki kez evden kaçan 15-

niteliğindeki fiili yaşadığını sonradan öğrenmiş veya farkına varmışsa şikayet süresinin bu andan itibaren işlemeye başlayacak olduğudur. Bu görüşe göre, örneğin “17 yaşındaki çocuk 19 yaşındaki sevgilisine cinsel ilişki yaşama hususunda rıza göstermiş ve fakat ilişki tam olarak gerçekleşmeden uyuyakalmış veya cinsel ilişkinin gerçekleştiğini anlayamayacak kadar yorgun olduğundan fiili o an o boyutta fark edememiştir. Ertesi sabah erkenden sevgilisi yanından ayrılmıştır. Uyandığında yanında olmadığı sevgilisiyle üç gün sonra o gece hakkında konuşurken sevgilisinin kendisiyle rızasına dayalı olarak yaşadığı cinsel ilişkiden bahsetmesi üzerine” fiilin varlığını ve anlamını öğrenen çocuk hukuki olarak fiilin varlığından o an haberdar olmuş kabul edilecektir¹⁰⁹⁷. Bu durumda da, şikayet süresi ilişkinin yaşandığı günden itibaren değil ilişkinin hukuki vasfının anlam kazandığı andan yani cinsel ilişkiyi öğrendiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Sonuç olarak, cinsel ilişki kurma fiili daha önce gerçekleşmiş olmasına rağmen fiilin hukuken ifade edeceği anlamına yönelik bu bilgi mağdurda fiilin işlendiği sırada var olabileceği gibi mağdur tarafından¹⁰⁹⁸ daha sonra öğrenilmiş de olabilecektir¹⁰⁹⁹.

18 yaş grubunda olan mağdurenin önceden arkadaş olduğu sanıkla olay tarihinde buluşup, aracına binmesi ve araca yakıt almak için paraları olmadığından mağdurenin kendi yüzüğünü, cep telefonunu ve nüfus cüzdanını sanığa verdiği, açık kuyumcu bulamamaları sebebiyle yüzüğü satamayan sanığın, kendi cep telefonu ile birlikte telefonları sattığı, bu parayla yakıt aldıktan sonra bir müddet daha gezdikleri, sonrasında mağdurenin sanıkla rızaen ilişkiye girmesi karşısında, cebir ve tehditle mağdureye cinsel istismarda bulunduğu ilişkin sübuta yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmayan sanığın eyleminin Türk Ceza Kanununun 104. maddesi kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve şikayetten vazgeçme nedeniyle açılan kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerektiği, ayrıca mağdurenin telefon ve yüzüğünü rızasıyla sanığa vermesi karşısında mahkumiyete yeter kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden yağma suçundan da beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde her iki suçtan mahkumiyetine karar verilmesi...” (Y. 14. CD., 11.04.2013 T., 12010/ 4302) Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3507.

¹⁰⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 381.

¹⁰⁹⁸ Mağdurun açıkça “şikayetçi değilim” demesi halinde artık anne ve babanın şikayetçi olabilmesi olanaklı olmamalıdır. Zira reşit olmayanla cinsel ilişki suçu aslında kişilere karşı suçlar arasında sayıldığından, anne ve babanın şikayet hakkından söz edebilmek mümkün olmayacaktır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334). Hafizoğulları/ Özen ise bu konudaki görüşlerini, “Fakat bir an için diyelim ki şikayet hakkı ana-babaya aittir, bu kez kimin anası-babası kimin fiilini şikayet edecektir? Herhalde, bu halde, suçun takip edilebilmesi için kızın ve oğlanın ana-babalarının karşılıklı olarak şikayette bulunmaları gerekecektir. Hayatta bunun mümkün olabileceğini sanmıyoruz.” şeklinde ifade etmektedirler (Hafizoğulları/Özen, ss. 168-169).

¹⁰⁹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 381; Kanbur, Armağan, ss. 4196-4197; Kanbur, CHD, s. 133. Öğretide bir görüşe göre, uygulamada fail ile mağdur evlenerek şikayetlerinden vazgeçebileceklerdir. Böyle bir durumda davanın düşeceğini belirtmek gerekir. Ancak bu görüşe göre, taraflardan biri henüz 16 yaşını bitirmemiş ise olağanüstü süreçte dahi evlenmeleri mümkün olmayacağından, anne ve babanın rızası ile yaş büyütme yoluna gidilerek, davanın düşmesi sağlanabilecektir (Soyaslan, Özel Hükümler, s. 256).

Mağdurun şikayetçi olmadığı hallerde, düşme kararının ¹¹⁰⁰ verilmesi gerektiği belirtilmektedir (TCK m. 73; CMK m. 223/8)¹¹⁰¹. Uygulamada ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel istismar suçlarının karıştırılmakta olduğu, hak düşürücü süre geçirilmiş olduğu için “düşme kararı” verilmesi gereken¹¹⁰²

¹¹⁰⁰ 765 sayılı TCK’nın 434. maddesinde evlenme gerçekleşmesi halinde dava veya ceza ilişkisinin ertelenmesi-düşmesi hususu düzenlenmişti. “Dava veya Cezanın Ertelenmesi” başlıklı 765 sayılı TCK m. 434 hükmü şöyleydi: “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektilmesi tecil olunur. (Bu fıkra Anayasa mah. 2001/478 E, 2004/38 K. ve 25/3/2004 tarihli kararı ile TCK 430 maddesinin ikinci fıkrası yönünden iptal edilmiştir) Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektilir. Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416’ncı maddeler hakkında da caridir. Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir”. Bu hükmü göre, fiil sonrası gerçekleşecek evlenme, dava ve ceza ilişkisinin ertelenmesine neden olmaktadır. Kadının haksızlığı sonucu boşanma hariç olmak üzere evlilik devam etmekte ve boşanma gerçekleşmez ise dava veya ceza ilişkisi düşmektedir. 5237 sayılı TCK böyle bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bu nedenle de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ilişkiden sonra evlenmenin gerçekleşmesi, fiilin kovuşturulmasına ve failin cezalandırılmasını engel değildir (Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 414-415).

Kanbur, söz konusu suçun şikayete bağlı olması nedeniyle bu gibi hallerde evlenmenin ardından mağdur tarafın şikayetini geri alması durumunda 765 sayılı kanundaki düzenlemeyle aynı yönde bir netice elde edilebileceğini belirtmektedir. Şikayetin geri alınması hukuka aykırı olmayan bir şarta bağlı olabileceğinden, bu görüşe göre mağdur tarafın evlenme şartı ile şikayetinden vazgeçmesi de mümkün olabilmelidir. 104. maddenin ikinci fıkrası hem şikayete bağlı olmaması hem de evlenme yasağını konu edinmesi sebebiyle suçun bu şekilde işlendiği durumlarda evlenme niyetiyle şikayetten vazgeçilmesi kesinlikle mümkün değildir. Yine üçüncü fıkra bakımından da şikayet aranmayacağı belirtilmiş olduğundan fiilin takibi re’sen gerçekleşmektedir. Bu sebeple evlenme niyetiyle de olsa şikayetten vazgeçme olanaklı değildir (Kanbur, Armağan, s. 4188; Kanbur, CHD, s. 127).

¹¹⁰¹ Belirttiğimiz üzere şikayet TCK m. 73 ile CMK m. 158’de düzenlenmiştir. Bu süre fiilin ve failin öğrenildiği andan itibaren başlayacaktır. Şikayet süresi geçtikten sonra şikayet hakkı düşeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçu faili hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilmesi gerekmektedir. “Suç tarihinde kayden 15 yaşını bitirdiği anlaşılan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin aynı yasanın 104.maddesinin 1.fıkrası kapsamında yer alan suçu oluşturmaya, bu suçun takibinin şikayete bağlı bulunmasına ve mağdure da jandarmada alınan ifadesinde şikayetçi olmadığını belirtmesi ve oturumda ise "rızamla ilişki kurdum" şeklindeki beyanına göre, sanık hakkında açılan kamu davasının 5237 sayılı TCK’nun 73. ve CMK’nun 223/8. maddesine göre düşmesi yerine 765 sayılı TCK’nun 416 /son maddesi uyarınca 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararda isabet bulunmamıştır.” (Y. 5. CD., 08.08.2007 T., 8206/6665) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2014). “Nüfus kaydına göre 07.09.1990 doğumlu olup 07.09.2008 tarihinde 18 yaşını tamamlamış olan mağdureye, sanığın 27.02.2008 tarihinden itibaren gerçekleştirdiği oluşa uygun şekilde kabul olunan eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 104/1 maddesinde düzenlenen takibi şikayete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturma, 07.09.2008 tarihinden sonraki eylemlerinin ise maağdurenin reşit olması ve rızası nedeniyle suç oluşturmadağı, ilk defa 28.10.2009 tarihinde şikayetçi olan mağdurenin şikayetinin 6 aylık yasal süreden sonra olduğu anlaşıldığından ve dava şartı bulunmadığından, kamu davasının 5237 sayılı TCK’nın 73/1 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/8 maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” (Y. 14. CD., 11.06.2012 T., 21668/ 6557) Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3509.

¹¹⁰² “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümle sınırlı olarak yapılan incelemede, mağdure ile sanık arasında mağdurenin onsekiz yaşını doldurmadan önceki son cinsel ilişki tarihi

TCK m. 104 çerçevesindeki eylemlere TCK m. 103 çerçevesinde dava açılmakta ¹¹⁰³ olduğu ifade edilmektedir ¹¹⁰⁴. Bu tür durumlarda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun takibinin şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde, mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde ¹¹⁰⁵ yargılamaya devam

belirlenmesi ile şikayetin 6 aylık sürede yapılıp yapılmadığının tespitinden sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir". (Y. 14. CD., 20.10.2014 T., 2012/12037, 2014/11260) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2016). "Oluş ve kabule göre; aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği ve eylemlerin ayrı ayrı suç oluşturduğunun anlaşılması karşısında, sanığın 2009 yılı Mart ayında gerçekleştirdiği eyleme ilişkin şikâyetin TCK'nın 73. maddesinde düzenlenen 6 aylık süreden sonra yapıldığı gözetilerek kamu davasının düşürülmesine, 2010 yılı Ocak ayı içerisinde gerçekleştirdiği eylemine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden "Mağdurenin rızasının eylemi suç olmaktan çıkardığı" şeklinde hukuka uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi..." (Y. 14. CD., 10.11.2014 T., 2013/2402, 2014/12359) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 12.11.2016).

¹¹⁰³ "Beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; mağdurenin olaydan sonra evleneceklerini söyleyen sanığa inanarak müracaatçı olmadığı, sanığın taşınması üzerine ona ulaşamaması neticesinde kandırıldığını düşünen mağdurenin olaydan uzunca bir süre sonra Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat ettiği ve olayın da bu şekilde ortaya çıktığı, mahkemede dinlenen tanığın beyanında, mağdurenin kendisine sanıkla rızasıyla ilişkiye girdiğini söylediğini beyan ettiği hususları nazara alındığında, sanığın araç içinde mağdureye organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemini zor kullanarak işlediği yönünde şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı anlaşıldığından, şikayet süresinin zamanında olup olmadığının belirlenmesi açısından öncelikle suç tarihlerinin tespitiyle sonucuna göre, sanığın reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyeti yerine nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi; hukuka aykırıdır." (Y. 14. CD., 28.01.2014 T., 2013/11014, 2014/948) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 09.11.2016).

¹¹⁰⁴ Kocaoğlu, s. 431.

¹¹⁰⁵ Şikayet hakkı sahibi şikayetçi olmadığını açıkça belirtirse bu durumda düşme kararı verilecektir. Ancak şikayet hakkı sahibi sustuğu takdirde nasıl bir yol izleneceği hususuna da değinmek gerekmektedir. CMK m. 158/6 hükmü, açıkça vazgeçilmediği durumlarda yargılamaya devam olunacağını belirtmektedir. Kanbur'a göre, bu hükmü iki farklı şekilde değerlendirmek gerekir. Birincisi takibi şikayete bağlı olmayan bir suçtan dolayı kişinin suç duyurusunda bulunması üzerine, re'sen açılmış bir davada suçun vasfının değişmesi sonucu şikayete bağlı bir hale veya başka bir suça dönüşmesi durumunda, önceki suç ihbarını şikayet olarak değerlendirmek ve yargılamaya devam etmek gerekmektedir (Kanbur, Armağan, s. 4190). Örneğin, bir kimsenin ayakkabılarının çalındığını belirterek çalanların cezalandırılmasını talep etmesi, sonradan olayın güveni kötüye kullanma kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde şikayet sayılmalı ve yargılamaya devam olunmalıdır. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 94. Donay'a göre ise, bu hallerde fiilin şikayete tabi bir suç olması durumunda şikayetçi olup olunmayacağının mutlaka ihbar edene sorulması gerekmektedir. Bkz. Süheyl Donay, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Eylül 2012, s. 204). İkinci olarak Kanbur'a göre, belirtilen hüküm, ancak henüz altı aylık şikayet süresi geçmemiş olan durumlar bakımından geçerli olacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet var olmaksızın mahkeme önüne gelen bir davada, fiilin ve failin öğrenildiği andan itibaren altı aylık şikayet hakkına ilişkin süre düşmediği halde yargılamaya devam edilebilmelidir. Aksi durumda altı aylık hak düşürücü süre sona ermişse davanın düşürülmesi doğru olacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4191).

Yargıtay'ın bu konudaki kararları ise şu şekilde şekillenmektedir: "5271 sayılı CMK'nın 158/6 maddesindeki, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacağına dair düzenlemeye göre reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi

edilmesi gerekecektir¹¹⁰⁶. Yargılamaya devam edilmesi ve atılı suçun işlendiğine ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmaması ve atılı suçun unsurlarının oluşmamasından dolayı beraat kararı¹¹⁰⁷ verilmelidir. Öğretideki bir görüş, kanuna muhalif böyle özensiz muhakeme süreçlerinin hukuki öngörülebilirliği azalttığını ve kamuoyundaki adalete güven duygusunu zedelemekte olduğunu belirtmektedir¹¹⁰⁸. Gerçekten de, CMK'nın 158/6 maddesi, şikayetin bir dava şartı

münasebette bulunan sanığın eyleminin daha önce şikayete bağlı olmaması ve kamu davasının açılmasından sonra bu eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrası kapsamında şikayete tabi hale getirilmesi itibarıyla 16.10.2003 tarihli oturumda zarar gören gerçek kişi mağdurenin sanıktan şikayetçi olduğu gözetilip, suçun 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu, 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik CMK'nın 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, lehe Yasa ve müteşep hak hükümleri nazara alınarak öncelikle uzlaştırma işlemi yapılması, sonuçsuz kalması durumunda 5252 sayılı Kanunun 9/3 maddesi uyarınca lehe olan hükmün, önceki ve sonraki Kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki Kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi..." (Y. 5. CD., 25.09.2008 T., 6548/8011). "5271 sayılı CMK'nın 158/6 maddesinde, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacağını öngörülmesi, reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin önceki 765 sayılı yasada şikayete bağlı olmaması, kamu davasının açılmasından sonra bu eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrası kapsamında şikayete tabi hale gelmesi ve ölen mağdurenin şikayetten vazgeçmesinin de mümkün bulunmaması, nazara alınıp, yüklenilen suçlardan dolayı 5252 sayılı Kanunun 9/3 maddesi uyarınca lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle beirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi..." (Y. 5. CD., 16.10.2008 T., 10178/ 8503) Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, ss. 3504-3505, dn. 1168.

¹¹⁰⁶ CMK m. 158/6 hükmü şöyledir: "Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyeteye bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur". Bu hükme göre, fiilin şikayete bağlı olduğunun kovuşturma aşamasında ilk kez ortaya çıkması halinde, durma kararı verilerek şikayet hakkı sahibine şikayette bulunup bulunmayacağına ilişkin bildirimde bulunulması gerektiği belirtilmelidir. Hak sahibi, şikayetçi olduğunu açıkça belirtirse bu durumda durma kararı kaldırılarak duruşmaya devam edilmelidir (Kanbur, Armağan, s. 4190). Öğretide, bu durumun, şikayetin hak düşürücü süre olma özelliğinin istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindeki görüş için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Aralık 2005, s. 500.

¹¹⁰⁷ "Cinsel istismar suçuna ilişkin TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasında eylemin mağdurenin rızası ile gerçekleştiği ve TCK'nın 104/1. maddesine uyduğu gözetilerek, CMK'nın 158/6. maddesinde bir suça ilişkin kovuşturma evresine geçildikten sonra takibinin şikâyeteye tâbi olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmesi gerektiği öngörüldüğünden, yargılamaya devam edilerek atılı suçun işlendiğinde ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmadığından ve atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine şikâyetin süresinde yapılmadığından bahisle düşme kararı verilmesi; Kanun'a aykırıdır." (Y. 14. CD., 09.09.2014 T., 2011/19769, 2013/8783) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2016).

¹¹⁰⁸ Kocaoğlu, ss. 431-432. Öğretide bir görüşe göre, kişinin kendisi hakkında yapılan fiili bilmesi durumu, her halükarda "fiil hakkında beyan vermek" ya da "suç duyurusunda bulunmak" biçiminde bir ceza muhakemesi işleminden geçtiğini göstermiş olacaktır. Söz konusu işlemlerdeki iradesi hangi yönde ise bu esas alınarak şikayetin belirlenebilmesi mümkündür. Bir başka deyişle bu

olma özelliğine aykırı olarak bu dava şartının gerçekleşmemiş olmasına rağmen, yargılamanın devamına ilişkin bir istisna getirmiş görünmektedir. Ancak bu istisna özelliğine rağmen CMK m. 158/6 düzenlemesini düşmüş (ölmüş) olan şikayet hakkını diriltici bir hüküm olarak anlamamak gerekmektedir¹¹⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmeden önce 104. maddede ikinci fıkra olarak yer alan “...*bu suçun faili, mağdurdan beş yaştan daha büyük ise şikayet şartı aranmadan takibat re'sen yapılacaktır.*” hükmüne göre bu durumda takibat re'sen yapılacak ve herhangi bir dava şartı da aranmayacaktı. Daha önce de belirttiğimiz üzere, 6545 sayılı kanun m. 60 ile maddeye eklenen ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kapsamındaki fillerin soruşturulması ve kovuşturulması şikayet şartına bağlı olmayacaktır. Getirilen bu yeni düzenleme hükümlerine göre, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki fiiller bakımından soruşturma ve kovuşturma (şikayet aranmaksızın) re'sen yapılacaktır¹¹¹⁰.

Cinsel taciz suçunda ise suçun basit halini oluşturan birinci fıkranın birinci cümlesi kapsamında fiilin mağdurunun bir yetişkin olduğu hallerin soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur¹¹¹¹. Ancak 6545 sayılı kanun ile birinci fıkranın son kısmına getirilen ve cinsel taciz fiillerinin mağdurunun çocuk

beyanları şikayette bulunduğu biçiminde kabul edilebilecektir. Ancak fiili ve faili bilmesine rağmen yine de herhangi bir işlem yapmamış ve savcı da gözden kaçırarak dava açmış, altı aylık hak düşürücü süre geçmiş ise Kanbur'a göre artık CMK m.158/6 hükmü uygulanamamalıdır (Kanbur, Armağan, s. 4192; Kanbur, CHD, s. 130).

¹¹⁰⁹ Ünver'in, bu konudaki görüşü, “*Sanki re'sen kovuşturulan bir suçmuş gibi bir eyleme yönelik suçlama, o eylem gerçekte şikayete bağlı bir suç teşkil ediyorsa, iddianame öyleydi diye re'sen kovuşturulur hale gelmez. Bakılması gereken husus eylemin şikayete bağlı olup olmadığıdır*” şeklindedir (Ünver, Cinsel Suçlar, ss. 52-53). Şahin'e göre ise, Cumhuriyet Savcısının, suçun re'sen takip edilen suçlardan olduğunu düşünmesi veya gözden kaçırarak re'sen soruşturma yürütüp kovuşturma aşamasına geçtikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması durumunda şikayet hakkına sahip kişiye şikayet konusunda iradesini açıklama yönünde bir imkan daha tanındığı kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, geri alma söz konusu olmadıkça, şikayetin süresinde yapıldığı kabul edilmekte olup, böyle bir halde hemen düşme kararı verilmemeli, gerekiyorsa durma kararı verilerek, şikayet hakkı sahibinin bu konudaki iradesi belirlenecektir. Buna göre ya yargılamaya devam olunacak ya da düşme kararı verilecektir (Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 62).

¹¹¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 381-382; Kanbur, Armağan, ss. 4198-4199; Kanbur, CHD, s. 134; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, ss. 412-413.

¹¹¹¹ Suçun takibinin şikayete bağlanmasının nedeninin, mağdurun maruz kaldığı cinsel taciz davranışının, kamuoyu tarafından öğrenilmemesi yönündeki iradesine saygı gösterilmesi olduğu şeklindeki görüş için bkz. Duygun Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)**, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, No: 19, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 653. Mülga TCK döneminde de 421. maddede yer alan söz atma ve sarkıntılık suçları, aynı kanunun 425. maddesi gereğince, şahsi dava yoluyla kovuşturulmaktaydı (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 389).

olması¹¹¹² durumunu düzenleyen suçun takibinin yine şikayete bağlı olup olmayacağı hususunda belirsizlik bulunmakta olduğu belirtilmektedir. Eklenen kısmın niteliğinin sadece suçun cezasını artırmak olduğu söylenebilir. O halde birinci fıkranın ilk kısmında yer alan ve fiilin takibinin şikayete bağlı olduğu hususu değişmemiş bulunmaktadır. Şu durumda TCK m. 105/1 kapsamında yer alan cinsel taciz fiillerinin mağduru ister yetişkin ister çocuk olsun (*her ne kadar mağdurun çocuk olması halinde verilecek ceza daha ağır olsa da*) suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olacaktır¹¹¹³.

TCK m. 105/2 kapsamında cinsel taciz suçunun nitelikli halini düzenleyen fiillerin soruşturulması ve kovuşturulması bakımından ise hükümde herhangi bir dava

¹¹¹² Cinsel taciz suçunun 15-18 yaş aralığındaki çocuk mağdura karşı işlenmesi durumunda şikayet hakkı çocuğa ait olacaktır. Bu yaştan altındaki çocuklar bakımından ise şikayet hakkının kanuni temsilciye ait olacağı hakkında bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 389-390. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 13.02. 2007 tarihli 2006/12163, 2007/966 karar sayılı kararında 14 yaşından küçük mağdurun şikayetten vazgeçme ehliyetinin bulunmadığına karar vermiş bulunmaktadır (Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, s. 125). “14 yaşında olup şikayetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdurenin duruşmadaki şikayetçi olmadığına ilişkin beyanına dayanılarak CMK'nun 234/2. maddesi gereğince kendisine istemi aranmaksızın atanan vekilinin katılma isteğinin reddine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiş...” (Y. 5. CD., 13.02.2007 T., 2006/12163, 2007/966) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.08.2014).

¹¹¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 392; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 260; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 333; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 57. Şikayetten vazgeçilmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma düşürülebilir. Ancak, cezanın kesinleşmesinin ardından vazgeçilerek ceza düşürülemeyecektir (TCK m. 73/4). Eğer müşteki şikayetten vazgeçerse, sanığa şikayetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği mutlaka sorulmalıdır. Buna göre de düşme kararı verilmelidir (TCK m. 73/6). Zaten şikayet yoksa, düşme kararı verilmelidir. Aksi hal bozma nedenidir (Kocaoğlu, s. 472). “Cinsel taciz suçunda müştekinin şikayetten vazgeçmesi, onu kabul etmeyen sanığa tesir etmeyeceğinden, vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulmadan yazılı şekilde kamu davasının düşmesine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (Y. 5. CD., 09.03.2009 T., 2008/16007, 2009/2873) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.11.2014). “Takibi şikayete bağlı cinsel taciz suçundan, müştekinin hükümden sonra verdiği 25.5.2010 tarihli dilekçesiyle şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, 5237 Sayılı T.C.K.nın 73/6. maddesi gereğince sanıktan vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorularak sonucuna göre karar verilmesi lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 14. CD., 05.06.2012 T., 7368/6373) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 09.10.2015). “Katılanlar E. G. ve L. G.'nin hükümden sonra 20.1.2011 tarihinde hakim tarafından havale edilen, şikayetten vazgeçme beyanlarını havi dilekçeyle sanık hakkındaki şikayetlerinden vazgeçtikleri anlaşıldığından, takibi şikayete bağlı bu suçlar yönünden sanığa vazgeçmeyi kabul edip etmediği hususu sorulup, 5237 Sayılı T.C.K.nın 73. maddesi de nazara alınarak mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 14. CD., 11.05.2012 T., 7814/5375) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2016). “Sanık Durali'nin müşteki Dindar'a ait telefonu birçok kez arayarak aynı evde kalan Fatma ile görüşmek istediği, telefonda müştekiye yönelik herhangi bir söz ve hareketinin olmadığı, Fatma'nın telefona bakması üzerine ona arkadaşlık teklif ettiği, isnad olunan eylemin Fatma'ya yönelik olduğu ve bunun da usulüne uygun şikayetin bulunmadığı gibi kamu davasına süresi içerisinde katılıp müdahil sıfatını da almamış olduğunun anlaşılmasına göre, davanın şikayet yokluğu nedeniyle düşmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, Kanun'a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 07.04.2006 T., 2004/3937, 2006/2961) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.09.2014).

şartı aranmamış olup, ikinci fıkra kapsamındaki fiiller re'sen kovuşturulacaktır¹¹¹⁴. Bu durum maddenin gerekçesinde de, “Ayrıca belirtmek gerekir ki, cinsel taciz suçunun nitelikli unsurlarının gerçekleştiği durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlı değildir.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir¹¹¹⁵. Yargıtay da bu görüştedir¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 392-393; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 333; Ünver, Cinsel Suçlar, s. 57.

¹¹¹⁵ Diğer bir görüş ise, TCK m. 105/2'deki nitelikli hallerin takibinin de, ikinci fıkrada belirtilmediği için şikayete tabi olduğu şeklindedir. Şen'e göre, ikinci fıkra bir suç tanımı yapmamakta ve suçun basit halinin (yani unsurları aynı olan suçun) ağırlaştırılmış hallerine işaret etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, bir suçun nitelikli halinin takibini mağdurun şikayetine bağlı tutmamak niyetinde ise, bu duruma hüküm metninde açıkça yer vermiş olmalıydı. Esas olan, bu iradenin hüküm metninden anlaşılmasıdır. (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, ss. 413-414). Zira kanun metni, yasamanın iradesinin gerçek yansıması niteliğinde olmalıdır. Bu nedenle de kanun metni ile gerekçe çatışmasında esas olan daima kanun metni olmalıdır. Kanun metninde de cinsel tacizin nitelikli unsurlarının takibinin re'sen yapılacağına dair bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla da TCK m. 105/2'de yer alan haller, Kocaoğlu'na göre de, TCK m. 105/1 gibi re'sen soruşturma ve kovuşturmaya değil şikayete tabidir (Kocaoğlu, s. 473).

¹¹¹⁶ “...sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 105/2. maddesinin ikinci cümlesinin uygulandığı olayda, bir suçun sadece temel şeklinin şikâyeteye bağlı olarak düzenlendiği hallerde bu suçun nitelikli halleri ile netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin ise şikâyeteye bağlı olmayacağından, tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” (Y. 14. CD., 14.10.2014 T., 2013/1054, 2014/10982) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.11.2016).

2. Uzlaştırma

Bu tür fiillerin işlenmesi bakımından dava şartı olarak şikâyet aranmasına karşın, 5271 sayılı CMK m. 253/3¹¹¹⁷ hükmü gereği uzlaştırma¹¹¹⁸ hükümleri¹¹¹⁹ uygulama alanı bulamayacaktır¹¹²⁰. 5271 sayılı CMK ile hukukumuzda ilk defa

¹¹¹⁷ CMK madde 253/3: “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (...) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.” 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34 üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz hükmü, 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun ile CMK’ya dahil edilmiş bulunmaktadır. Uzlaştırmanın yaygınlaşması isteniyor ise söz konusu hükmün kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir. Sanık hakkında biri uzlaştırmalık olan diğeri olmayan iki ayrı suçtan yapılan soruşturma neticesinde uzlaştırmalık olmayan suç hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş ise artık diğer suçtan uzlaştırmanın mümkün olduğu vurgulanmaktadır. Benzer şekilde biri uzlaştırmalık diğeri olmayan iki ayrı suçtan açılan dava ile ilgili olarak yapılan kovuşturma neticesinde uzlaştırmalık olmayan suç hakkında beraat kararı verilecek ise uzlaştırmalık suç hakkında uzlaştırmanın mümkün olacağı ileri sürülmektedir (Veli Özer Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **CHD**, Yıl: 11, S. 32, Aralık 2016, ss. 11-12).

¹¹¹⁸ CMK m. 253’ün madde başlığı “Uzlaşma” iken, 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34’üncü maddesiyle “Uzlaştırma” şeklinde değiştirilmiş, aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendine mevcut (2) ve (3) numaralı alt bentlerinden sonra gelmek üzere (3), (5) ve (6) numaralı alt bentler eklenmiş ve diğer alt bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

¹¹¹⁹ CMK, uzlaştırma kapsamına giren suçlarda kamu davası açılmasını, tarafların uzlaşmaması veya uzlaşmaması şartına bağlamış; bu suretle yeni bir dava koşulu ihdas etmiştir. Uzlaşma, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in (RG. 26.07.2007/ 26594) 4. maddesinin 1b bendinde, “Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma süreci sonunda anlaşılmış veya anlaşmış olmalarını” şeklinde tanımlanmıştır (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, s. 59). Özbek’e göre, uzlaştırma, şüpheli ile mağdur arasında, tarafsız bir uzlaştırmacının yaptığı, barıştırma, bir edim üzerinde anlaşma ve zararı giderme yöntemi biçiminde tanımlanmaktadır (Özbek, Uzlaştırma, s. 8). Centel/ Zafer’e göre uzlaştırma, tarafların olayla ilgisi bulunmayan üçüncü kişiler önünde iradelerine uygun bir anlaşma yaparak söz konusu ceza uyumsuzluğunu sona erdirmeleridir (Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 525). Şahin’e göre, uzlaştırma bir yandan mağdurun korunmasına, diğer taraftan, muhakemenin olabildiğince erken bir aşamasında uyumsuzluğu sona erdirerek yargının iş yükünün hafiflemesine ve nihayet insanları barıştırmak suretiyle daha kalıcı sosyal barışın sağlanmasına hizmet etmektedir (Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 78). Yenisey’e göre uzlaştırma, cezai bir uyumsuzluğun mahkeme dışında; fakat “adil” ve mağdurun zararının giderilmesini sağlayacak bir biçimde giderilmesidir (Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, Ekim 2005, s. 247). Yurtcan’a göre ise uzlaştırma, suçtan doğan zararın tamamen veya bir kısmının giderilmesi veya mağdur veya suçtan zarar görenin meşru talebinin şüpheli veya şüphelilerin karşılaması üzerine şüpheli veya şüpheliler ile suçtan zarar görenin tarafsız bir uzlaştırmacı tarafından uzlaştırılması ve bunun sonucu olarak da soruşturma veya kovuşturmanın yapılmaması veya başlamış olan soruşturma ve kovuşturmanın sona ermesi şeklinde tanımlanmıştır (Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 722).

¹¹²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 382. “Sanığa yüklenilen suçların 5271 sayılı CMK.nun değişik 253. ve 254. maddelerine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu, 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik CMK.nun 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, lehe yasa ve

getirilmiş olan uzlaştırma kurumu, uygulamada iyi işlememesi nedeniyle 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun¹¹²¹ ile yeniden düzenlenmiştir. Bu çerçevede konuyu düzenleyen 5237 sayılı TCK m. 73/8 yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklikten sonra uzlaşma bir muhakeme hukuku kurumu olarak yalnızca CMK içerisinde düzenlenmiş olmaktadır. İlgili hükme 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun ile de bir hüküm ilave edilmişse de asıl kapsamlı değişiklik 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹¹²² ile yapılmış bulunmaktadır¹¹²³.

Genel bir kural olarak soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan tüm suçlar¹¹²⁴, ister TCK’da, isterse özel kanunlarda bulunsunlar uzlaştırma

*müktesep hak hükümleri nazara alınarak öncelikle uzlaştırma işlemi yapılması, sonuçsuz kalması durumunda hükümlerden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunun 562. maddeleri ile değişik 5271 sayılı CMK’nun 231. maddesi karşısında, koşulların varlığı halinde hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği hususunun mahkemesince mahallinde değerlendirilerek bir karar verilmesi lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 5. CD., 25.06.2009 T., 2006/8365, 2009/8365) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2014). Bilindiği üzere muhakeme hukukuna ilişkin bir kanun yürürlüğe girdiği zaman lehe veya aleyhe olduğu dikkate alınmadan kural olarak derhal uygulanır. Çünkü ceza muhakemesi hukukunda “*derhal uygulama ilkesi*” geçerlidir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, ss. 146-148; Öztürk/Erdem, s. 126; Hakeri, Genel Hükümler, ss. 70-81; Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 136-137; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, ss. 154-158; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Eylül 2016, ss. 122 vd.; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Eylül 2016; ss. 107-109; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, ss. 67-68; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. Bası, Eylül 2016, ss. 111-112; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 132; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, s. 96). Bu ilkenin istisnasını, bir takım adaletsizlikleri önlemek için kabul edilen kazanılmış haklar oluşturmaktadır. Yargıtay bu kararında görüldüğü üzere suçun işlendiği eski norm döneminde var olup, yeni normda var olmayan, bir kovuşturma şartı olarak failin uzlaşma hakkını kazanılmış hak olarak korumuştur (Kocaoğlu, ss. 220-221, dn. 727).*

¹¹²¹ 2006 değişikliğinden önce uzlaşmanın diğer şartları olan –failin suçu kabullenmesi ve –failin doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi ya da gidermesi gerekliliğine artık yeniden düzenlenen (6763 sayılı Kanunla değişik) CMK m. 253 hükmünde yer verilmemiş olduğunu görmekteyiz. Uzlaşma kurumuna yabancı olan failin suçu kabullenmesi zorunluluğunun kaldırılmış olmasının son derece yerinde olduğu hususunda bkz. Özbek, Uzlaştırma, s. 11.

¹¹²² RG., 02.12.2016 - 29906.

¹¹²³ İlgili değişiklik ile hem terimsel hem kurumsal hem de içeriğe yönelik bir değişikliğe gidildiği ifade edilmektedir (Özbek, Uzlaştırma, s. 8).

¹¹²⁴ CMK m. 253/2: “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.*” TCK m. 75/1 hükmüne göre; “*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlar.*” hakkında önödemenin uygulanabilmesi mümkündür. Ancak TCK m. 102 ila 105. maddeler arasında düzenlenmiş bulunan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların basit hallerine ilişkin hapis cezalarının üst sınırlarının altı aydan fazla olmaları nedeniyle söz konusu suçlar TCK m. 75 hükmü kapsamı dışındadırlar ve bu nedenle söz konusu suçlar hakkında önödeme uygulanması mümkün değildir. Aynı şekilde bu suçların nitelikli hallerine ilişkin hapis cezalarının üst sınırları da altı aydan fazla olduğundan fiiller TCK m. 75 hükmü kapsamı dışında olup, bu hallerde de önödeme uygulanması mümkün olmayacaktır. Özbek, ceza adalet sistemi içinde iş yükünün azaltılmasına ilişkin olarak, ön ödemenin kapsamının genişletilmesini önermektedir. 6763

kapsamındadır (CMK m. 253/2)¹¹²⁵. Ancak bu durumun istisnasını cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar oluşturmaktadır (CMK m. 253/3)¹¹²⁶. Görüldüğü üzere soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa da, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Dolayısıyla, TCK m. 102/1’de düzenlenmiş bulunan cinsel saldırı suçunun basit ve hafif halleri de uzlaştırma hükümlerine tabi değildir¹¹²⁷. Aynı şekilde TCK m. 103/1’de öngörülmüş olan cinsel istismar suçunun hafif şekli, veli ya da vasinin şikayetine de bağlı olsa, uzlaştırma hükümlerine tabi olmayacaktır¹¹²⁸. TCK m.104/1’de düzenlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki¹¹²⁹ suçunun takibi şikayete bağlı

sayılı Kanun ile üst sınırı 6 ayı aşmayan suçlarda ön ödeme mümkün hale getirilmişse de bunun yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Üst sınırın 2 yıla çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir (Özbek, Uzlaştırma, s. 28).

¹¹²⁵ Kocaoğlu, s. 220. Uzlaşma kapsamına giren suçları üç başlık altında toplamak mümkündür: - Bunlardan ilki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardır. Ancak bu suçlardan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez. –İkincisi kanunun şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın açıkça uzlaşma kapsamında gördüğü suçlardır. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), Taksirle yaralama (madde 89), (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra), Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141), (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157), Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları. –Üçüncü olarak diğer kanunlarda açıkça uzlaşma kapsamında olduğu öngörülen suçlar sayılabilir.

Ayrıca mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması şartıyla, suça sürüklenen çocuklar açısından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaştırma kapsamına alınmış bulunmaktadır (Ek: 24.11.2016-6763/ 34 m.).

¹¹²⁶ CMK m. 253/3: “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olsa bile, (...) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*”

24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34 üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan “*etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Görüldüğü üzere, CMK m. 253/3’de bir uzlaştırma yasağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Hükme göre cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olsa bile, uzlaştırma yoluna gidilmeyecektir. Özellikle cinsel saldırı suçu (basit hali) (m. 102/ 1,2), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104), cinsel taciz (basit hali) (m. 105) suçlarının uzlaşma kapsamında olmasının uygun olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle de söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu vurgulanmaktadır. 6763 sayılı Kanun ile “*etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar*” ibaresinin metinden çıkarıldığını görmekteyiz. Bu durumda katalogta bulunan ve etkin pişmanlık hükmünün uygulanabildiği suçlarda da uzlaştırma olanaklı hale gelmiştir (Özbek, Uzlaştırma, s. 12).

¹¹²⁷ Kocaoğlu, s. 221. 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiğinde, bu kanunun 73/8 maddesi uyarınca, cinsel saldırı suçunun 102/1. maddedeki şeklinin herkes, 102/2. maddedeki şeklinin eşler için şikayete bağlı olduğu dikkate alındığında, bu suçların uzlaşma kapsamında olduğu yönünde bir tartışma bulunmamakta olduğu ifade edilmiştir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 246).

¹¹²⁸ Kocaoğlu, s. 366.

¹¹²⁹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da takibi şikayete bağlı bir suç olması nedeniyle CMK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile 06.12.2006 tarihleri arasında işlenmesi halinde uzlaştırma hükümlerine tabi bulunmaktaydı. O halde gerek 765 sayılı TCK döneminde işlenen m. 416/son kapsamındaki fiiller, gerekse belirtilen tarihler arasında işlenmiş olan TCK m. 104 kapsamındaki

olmasına karşın, bu suçla ilgili de uzlaştırma hükümlerinin uygulanması, belirtmiş olduğumuz 5560 sayılı yasa ve aynı şekilde 6763 sayılı yasa ile değişik CMK m. 253/3. maddesinde, “*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*” hükmü nedeniyle mümkün değildir¹¹³⁰.

Kanun koyucu, bizim de katıldığımız gerekçelerle, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından, uygun olmayan pazarlıklara izin vermemek için ve uzlaştırma hükümlerinin yanlış amaçlara alet edilmesini önleyebilmek maksadıyla soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa da, bu suçlar için uzlaştırma yolunu kapatmıştır. Dolayısıyla, TCK m. 105’de düzenlenmiş bulunan cinsel taciz suçu da¹¹³¹ birinci

fiiller hakkında, sonradan yasaklanmış olsa da uzlaştırma hükümleri uygulanabilecektir (Kanbur, Armağan, s. 4199). Nitekim Yargıtay’ın aynı görüşte olduğu kararları mevcuttur: “5271 sayılı CMK’nın 158/6 maddesinde, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evrsine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacağına öngörülmesi, reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin önceki 765 sayılı Yasada şikayet bağlı olmaması, kamu davasının açılmasından sonra bu eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesi kapsamında şikayete tabi hale geldiği nazara alınıp, duruşma açılarak, hükümlüye isnat olan suçun uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu gözetilerek, 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik CMK’nın 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, lehe Kanun ve müktesep hak hükümleri nazara alınarak öncelikle uzlaştırma işlemi yapılması, sonuçsuz kalması durumunda ise 5252 sayılı Kanunun 9/3 maddesi uyarınca lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi, mütakiben hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TCK’nın 7/2 maddesi uyarınca hükümlü yararına olan 5728 sayılı Kanunun 562. maddesinin 1. fıkrası ile değişik CMK’nın 231/5 maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın 2 yıla çıkartılması ve anılan maddenin 2. fıkrası ile de 231/14 maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olma koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması lüzumu...” (Y. 5. CD., 17.11.2008 T., 12896/ 9935) (Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3504, dn. 1168). “Sanığın işlediği iddia ve kabul edilen reşit olmayan mağdurenin rızasıyla cinsel ilişkide bulunma eyleminin Anayasa Mahkemesi’nin 25.02.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 23.11.2005 gün ve 103/89 sayılı kararıyla 5237 sayılı TCK’nın 104/2 maddesinin iptal edilmesi sonucu aynı Yasanın 104/1 maddesine temas ettiği ve takibinin şikayete bağlı bulunduğu, 5560 sayılı Yasa ile değişik CMK’nın 253/3 maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte suç aleyhe olan bu düzenlemeden önce işlendiğinden, TCK’nın 7/2 maddesi gereğince hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği nazara alınarak, CMK’nın 253 ve 254. maddelerine uygun biçimde uzlaşma girişiminde bulunulması sonucuna göre hukuki durumunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması...” (Y. 5. CD., 15.03.2010 T., 2006/ 3251, 2010/ 2067) (Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3505, dn. 1169).

¹¹³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3505; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 382; Kanbur, Armağan, s. 4199. Koca/Üzülmez’ göre, kanun koyucu yakışsız pazarlıklara mahal vermemek ve uzlaştırma hükümlerinin kötü emellere alet edilmesini engellemek için bu hükmü getirmiş bulunmaktadır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 335).

¹¹³¹ “5237 sayılı Yasanın 105. maddesinde belirtilen cinsel taciz suçunun takibinin şikayete bağlı olduğu ve 5560 sayılı Yasayla değişik CMK’nın 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce işlendiği, 5237 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde nazara alındığında uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmakla; öncelikle CMK’nın 253 ve 254. maddelerine

fikrası kapsamında bulunan fiillerin takibi şikayete bağlı olmasına karşın uzlaştırma hükümlerine tabi olmayacaktır¹¹³².

Öğretideki bir görüş, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma kurumunu uygulamanın, bu suçların mağduru olan yetişkinlerin haklarını korumak bakımından daha etkin bir yöntem olacağını belirtmektedir¹¹³³. Bu görüşe göre, cinsel

göre uzlaşma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması halinde, hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TCK.nun 7/2. maddesi uyarınca sanık yarına olan 5728 sayılı Kanunun 562. maddesinin 1. fıkrası ile değişik CMK.nun 231/5. maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın 2 yıla çıkarılması ve anılan maddenin 2. fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olma koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağını karar yerinde tartışılması lüzumu, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 5. CD., 06.04.2010 T., 2009/11745, 2010/2716) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2014). “Sanığın işlediği iddia edilen müdahale cinsel organını gösterme eyleminin sarkıntılık ve cinsel taciz suçlarını oluşturacağı, bunların şikayete tabi olup, 5560 sayılı Yasa değişikliği öncesi uzlaşma kapsamında kaldığı ve bu nedenle sanık lehine olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmelidir.” (Y. 5. CD., 12.10.2009 T., 2006/9339, 2009/11313) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.10.2014). “CMK.nun 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de; lehe yasa ve müktesep hak hükümleriyle birlikte anılan yasa ile getirilen yenilikler de gözetilerek, uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları da anlatılmak suretiyle uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir. Sanığa yüklenen suçun 5271 sayılı CMK.nun 253 ve 254. maddelerine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu, 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik CMK.nun 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de; lehe yasa ve müktesep hak hükümleriyle birlikte anılan yasa ile getirilen yenilikler de gözetilerek, uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları da anlatılmak suretiyle uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 06.10.2009 T., 2008/14630, 2009/11140) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015). “Cinsel taciz suçu şikâyete tâbi olup zarar göreni gerçek kişi olduğundan 5237 sayılı TCK’nın 73/8. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu nazara alınarak 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik CMK’nın 253. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suç tarihindeki lehe kanun ve müktesep hak hükümleri gözetilerek CMK’nın 253 ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Y. 14. CD., 01.07.2015 T., 2014/4386, 2015/7857) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.12.2016).

¹¹³² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3532; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 393; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 333.

¹¹³³ Ünver, Cinsel Suçlar, s. 57. Yine benzer yönde örneğin sms ile birisine arkadaşlık teklif eden fail ile mağdur arasında uzlaştırma hükümlerine gidilmesinin önünün kapatılmasının adalet, usul ekonomisi ve kamu menfaati bakımından uygun olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, 26.06.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce bu tür suçlar bakımından uzlaşma kurumu vardı ve uygulaması da sorunlu değildi (Kocaoğlu, ss. 474-475). Taner’e göre de, cinsel taciz suçunda görece daha hafif bir zarar söz konusu olduğundan, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aksine, cinsel taciz suçu açısından uzlaşma kurumuna daha sıcak bakılabilmelidir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 391).

“Sanığı tanımayan ve suç isnadı için hiçbir neden bulunmayan mağdurenin aşamalarda değişmeyen anlatımları, sanığın mağdureye telefonda mesaj çektiği, mağdurenin arkadaşlık teklifini içerir sanığın telefonla aradığı iddiasına karşı, “telefonu arkadaşlara vermiştim, onlar aramış olabilirler” tarzındaki tevilli ikrar ve tüm dosya kapsamından eylemin sarkıntılık suçunu oluşturduğu, ancak bu suç şikayete tabi olup zarar göreni gerçek kişi olduğu, hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 73/8 maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu nazara alınarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254. maddeleri gereğince

taciz suçu ile de ilgili olarak CMK m. 253'te 2006 yılında yapılan bahsi geçen değişiklik ile, söz konusu suç bakımından uzlaşma kurumunun uygulanmasının yasaklanması hatalı olmuştur. Uzlaşma kurumunun yasaklanması bu suçta özellikle kadın mağdurların aleyhine olmuş, onları aynı suç sebebiyle potansiyel olarak ikinci kez mağdur durumuna getirmiştir¹¹³⁴.

5560 sayılı Kanun değişikliğinden önce TCK m. 73/8'de; soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlar, uzlaşma kapsamında gösterilmekte idi. Şikayete tabi suçlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştı. Ancak 5560 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile TCK m. 73/8 yürürlükten kaldırılmıştır. 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253/3 maddesinde de değişiklik yapılarak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır¹¹³⁵. TCK'nın 5560 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinde uzlaşmanın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından da kabul edilmiş olması¹¹³⁶ tartışmalara sebep olmuştur. Söz konusu suçlar korunan hukuki değer itibarıyla, diğer şikayete tabi suçlara nazaran oldukça ağır suçlardır¹¹³⁷. Doktrinde

uzlaşma işlemi yapılması ve sonucuna göre 5237 sayılı Yasanın 103 ve 105. maddeleri de değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanun'a aykırıdır." (Y. 5. CD., 04.10.2005 T., 2003/7699, 2005/20713) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2015). Aynı yönde Y. 5. CD., 23.11.2009 T., 1499/13106; Y. 5. CD., 01.10.2009 T., 2008/4031, 2009/10936 sayılı kararlar için bkz. Tuğrul, ss. 596, 599.

¹¹³⁴ Ünver'e göre, uzlaşma kurumu ile mağduru zararlarının giderilmesi ve zararın tazmininin özel hukuk mahkemelerinin devreye sokulmasına gerek kalmadan yapılması olanaklı iken, bu imkan ortadan kaldırılması hukukun da yerindelik açısından sakıncalı olmuştur. Ünver, CMK'nın değiştirilerek bu suç bakımından uzlaşma kurumunun uygulanabilmesinin yeniden mümkün kılınmasının yararlı olacağını ifade etmektedir (Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, s. 125).

¹¹³⁵ Uzlaşma, şüpheli veya sanığın lehine olduğundan 5560 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 06.12.2006 tarihine kadar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile, etkin pişmanlık kapsamında kalan suçlarda uzlaşma hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmekte idi. Başka bir deyişle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile etkin pişmanlık kapsamında kalan suçların 06.12.2006 tarihinden sonra işlenmesi halinde uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı vurgulanmakta idi. (Bkz. Ahmet Sezer, **Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma**, Haziran 2010, s. 78; Nuri Berkay Özgenç, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma**, Mayıs 2015, s. 300). Yargıtay'da bu görüşü paylaşmaktadır (Y. 5. CD., 23.10.2009 T., 2007/18383, 2009/11924; Y. 5. CD., 25.06.2009 T., 2006/8376, 2009/8365) Kararlar için bkz. Tuğrul, ss. 167, 181.

¹¹³⁶ Gerçekten de, CMK m. 253'ün ilk şeklinde böyle bir yasağa yer verilmemişti. 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanunun 24. maddesiyle değiştirilmeden önce CMK m. 253/3 hükmü şu şekildeydi: *"Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez"*. Aynı kanun ile kaldırılmadan önce TCK m. 73/8 hükmüne göre; *"...soruşturulması veya kovuşturulması şikayet bağlı olan suçlarda..."* uzlaştırma söz konusu olabilmekteydi (Bu konuda bkz. Veli Özer Özbeke, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 1, Genel Hükümler (m. 1-75), 2. Baskı, Eylül 2005, ss. 634 vd.).

¹¹³⁷ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların önemli bir bölümünün, mağdurların ifşa edilmek istememeleri nedeniyle adliyeye intikal ettirilmediği de bir gerçek olarak ifade edilmektedir

uzlaştırmının özellikle tüm cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından uygulanması gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Buna göre, uzlaştırma müzakerelerinin gizli bir şekilde yürütülmesi cinsel suç mağdurlarının daha fazla acı çekmemeleri ve korunmaları açısından elverişli bir ortam da sağlayacaktır¹¹³⁸. Bir başka görüşe göre bu tür suçlarda uzlaştırma denemeleri yapılması başka suçların işlenmesine dahi neden olabilecektir¹¹³⁹.

Kanun koyucunun cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları uzlaştırma kapsamı dışına çıkarmasını, uygun olmayan pazarlıklara izin vermemek ve uzlaştırma hükümlerinin yanlış amaçlara alet edilmesini önleyebilmek için getirmiş olduğunu ve bu nedenle de söz konusu düzenlemenin isabetli olduğunu düşünmekteyiz¹¹⁴⁰.

(Özgenç, Uzlaşma, s. 300; Mualla Buket Soygüt Arslan, **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, İstanbul 2008, s. 114).

¹¹³⁸ Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", **AÜHFD**, C. 54, S. 3, Eylül 2005, s. 297.

¹¹³⁹ Hamide Zafer, "Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m. 73/8)", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Aralık 2006, s. 140. Ayrıca bu tür suçlarda mağdura uzlaşma teklifinde bulunulmasının dahi onun onurunu zedeleyeceği de belirtilmektedir (Soygüt Arslan, s. 35). Bu suçların uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmasının, uzlaşma baskısı vb. sosyal sorunları tetikleyebileceği ve zararın telafisinin mümkün olmaması gerekçeleriyle uygun olduğu konusunda bkz. (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 247).

¹¹⁴⁰ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan "*Ceza Muhakemesinde İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*" taslağında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların da uzlaştırma kapsamına alınmakta olduğunu görmekteyiz (Tasarıya göre; "...Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı beş yılı aşmayan ve mağduru belirli bir gerçek kişi olan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilir. Kasıtlı bir suçtan mükerrirler, itiyadi suçlular ve suçu meslek edinen kişiler veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanmaz. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun fail tarafından mağdura karşı işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunması durumunda, Cumhuriyet savcısı öncelikle uzlaştırma usulüne başvurup başvurmayacağını değerlendirir. Mağdur ve failin yakın ilişki içinde olduğu veya yakın mahalde yaşadığı durumlarda uzlaştırma usulü öncelikli olarak dikkate alınır. Fail veya mağdurun uzlaştırmının uygulanmasını talep etmesi durumunda, Cumhuriyet savcısı uzlaştırma sürecini başlatmak zorundadır". Taslak metninin tamamı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/-DUYURULAR/cezaalternatif%20%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm%20y%C3%B6ntemleri.pdf>, Erişim Tarihi, 25.06.2016). Oysa, TCK'da 2009 yılında yapılan değişiklik ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşmaya gidilemeyeceğine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin üzerinden çok kısa bir zaman geçmiş ve üstelik işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda da artış olduğu dile getirilirken; failerin lehine olan bu düzenlemenin, hangi ihtiyaç ya da değişimin neticesinde yapılmak istendiğinin belirsiz olduğu söylenmelidir. Getirilmek istenen bu düzenlemenin, Türkiye'nin altına imza koyduğu "*Avrupa Konseyi'nin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Sözleşme*" ye (İstanbul Sözleşmesi) aykırı olduğu söylenebilir. İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik şiddette arabuluculuk ve uzlaştırma gibi kadınları anlaşmazlıkları gidermeye zorlayacak olan yöntemleri yasaklama konusunda, imzacı devletlere yükümlülük getirmekte olup, söz konusu taslakta, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların, neden uzlaştırma kapsamına alındığına ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır. İstanbul Sözleşmesi'nden de bahsedilmemektedir. Yalnızca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü ve buna ilişkin usul kurallarının geliştirilmesine ilişkin

3. Görevli - Yetkili Mahkeme

Cinsel saldırı suçunun temel/basit şekli (TCK m. 102/1-ilk cümle; 5235 sayılı Kanun m. 11) ile hafif (sarkıntılık suretiyle) şekli (TCK m. 102/1-ikinci cümle; 5235 sayılı Kanun¹¹⁴¹ m. 11) bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi¹¹⁴² olup, aynı maddenin 2. ve 5. fıkraları bakımından (5235 sayılı Kanun m. 12) ise görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir¹¹⁴³.

Tavsiye Kararından söz edilmektedir. Söz konusu tavsiye kararının, İstanbul Sözleşmesi'nin yerine geçmediğini de belirtmek gerekir. Taslağın bu hali ile kanunlaşacak olması halinde, cinsel istismar ve cinsel saldırı suçları dışındaki (bu suçların cezalarının üst sınırı uzlaşma kapsamına alınmalarına engel teşkil etmektedir) cinsel taciz, sarkıntılık, reşit olmayanla cinsel ilişki gibi suçlar uzlaştırma kapsamına alınacaktır. Mağdurun onayını almaya gerek kalmadan yalnızca failin talep etmesi ile uzlaştırma süreci de başlayabilecektir. Böylece mağdurun, kendisine sarkıntılık yapan kimse ile yahut taciz eden ile uzlaşma masasına oturmak zorunda kalmasının da önü açılmış olacaktır (Bu konuda bkz. <http://www.yasaizleme.org.tr/index.php/78-genel/353-adalet-bakanligi-kanunlar-genel-mudurlugu-nce-hazirlanan-ceza-muhakemesinde-is-yukunun-azaltilmasi-amaciyla-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-tasarisi-taslagi-hakkinda-enstitumuzun-degerlendirmesi>, Erişim Tarihi, 25.06.2016).

¹¹⁴¹ 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. 07.10.2004/ 25606).

¹¹⁴² “Suç tarihinde 22 yaşında bulunan müdahil Ş.'nin gündüzleyin evde tek başına olduğu sırada, komşuları olan sanığın eve girip mağdureye sarıldığına dair oluş ve kabul karşısında, bedensel teması içeren sanığın fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 102/1. maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmayacağı ve bu konudaki delilleri araştırma ve tartışma görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesi'ne ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hükme varılması...” (Y. 5. CD., 23.01.2008 T., 2007/13856, 2008/336) (Karar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 345-346, dn. 113).

¹¹⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 345. “Cebir, tehdit veya hile kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan sanıklar hakkındaki yargılamada, mağduru darp etmeye devam ettikleri, ardından anal bölgesine soda şişesi sokmaya çalıştıkları” şeklinde anlatılan olayın gerçekleşme şekline göre, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur şeklinde tarif edilen cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmayacağına yönelik sanıkların kastları, eylemleri ve delillerin takdiri görevli ağır ceza mahkemesinde değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Kanun yararına bozma istemine konu kararda bir isabetsizliğin bulunmaması nedeniyle, bozma isteminin reddine karar verilmiştir.” (Y. 5. CD., 08.09.2015 T., 6464/ 13831) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.11.2016).

Suçta teşebbüs yargılamalarında da değerlendirmenin görevli ve yetkili mahkemede olduğuna dikkat edilmesi gerektiği belirtilmektedir (Kocaoğlu, s. 223). “Basit cinsel saldırıya teşebbüs ve konut dokunulmazlığının ihlali suçunda; sanığın müştekinin evine acil bir telefon ricası ile girdiğinin ve cinsel ilişki teklifini kabul etmeyen müştekiye bıçak çekerek vücudunun çeşitli yerlerine dokunduğunun, mücadele sırasında dışarıdan duyduğu sesler nedeniyle dikkatinin dağıldığı sırada müştekinin kaçması sonucunda eylemini gerçekleştirmediğinin ileri sürülmesi karşısında, eylemin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girdiği dikkate alınmalıdır.” (Y. 5. CD., 30.09.2009 T., 8548/10743) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.11.2014).

Cinsel saldırı suçunda fail¹¹⁴⁴ çocuk ise (18 yaşını doldurmadığı hallerde) eğer yargılamaya konu suç iddiası (TCK m. 102/1 bağlamında basit ya da hafif cinsel saldırı), asliye ceza mahkemesinin görev alanına giriyorsa, “*suça sürüklenen çocuk*”lar hakkında açılacak olan davalar “*çocuk mahkemesi*”nde görülür. Çocuklar tarafından işlenen cinsel saldırı suçu ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan ise (TCK m. 102/2, 5 bağlamında cinsel saldırı) ilgili davalara “*çocuk ağır ceza mahkemesi*” bakacaktır (ÇKK m. 26/2)¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun “*Askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan fiiller ve cezaları*” başlıklı 11. faslında yer alan 152/1 maddesinin “*ırza ve iffete tecavüz eden askeri şahıslar hakkında TCK’nın 8. Babındaki cezalar tatbik olunur*” şeklindeki hükmü, 26.05.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4551 sayılı Kanun’un 38. Maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda asker kişiler bakımından da adliye mahkemeleri görevlidir. Aynı yönde Y. 5 CD., 19.03.2007 T., 2006/7147, 2007/1995 sayılı karar için bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 247-248, dn. 874.

¹¹⁴⁵ Çocuk hukukunda gelişen yeni akımın, dar ve geniş anlamıyla ceza hukuku terminolojisine 18 yaşından küçüklerin psikolojisini ve toplum içerisindeki algılanışlarını düşünerek farklı kullanımlar getirmiş olduğu vurgulanmaktadır. 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı “*Çocuk Koruma Kanunu*”na yansımış bu bakış açısına göre “*mağdur*” yerine “*korunma ihtiyacı olan çocuk*” kavramı tercih edilmektedir (ÇKK m. 3). Bu anlamda bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğun korunma ihtiyacı olan çocuk olduğu söylenebilir. Çocuk, yargılamasında “*fail*” yerine kullanılacak olan terim ise “*suça sürüklenen çocuk*” olmaktadır. Bu düzenlemeye göre kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk “*suça sürüklenen çocuk*” olarak adlandırılmaktadır (Kocaoğlu, s. 224, dn. 739). Görüldüğü gibi, kanun koyucuya göre çocuk, işlemiş olduğu suçla ilgili olarak “*suça sürüklenmiş*”tir. Suça sürüklenme ise, “*suç işleme*”den farklı olarak, kişinin kendisine bağlı olmayan, onun dışındaki sebeplerin ve ortamın yoğun etkisi altında suçun gerçekleştirilmesi, kişinin suç ortamına itilmesi-çekilmesi anlamına gelmektedir. Çocuk, kanunda suç olarak gösterilen eylemi gerçekleştirmiştir, ancak, bu gerçekleştirme, başka sebeplerin etkisi altında kalınarak gerçekleştirilmiş olmaktadır. Ancak kanun koyucu, bazı yaş grubunda bulunan çocuğun suça bu nedenler altında sürüklenmiş olduğunu kabul etmekle birlikte, belli koşullar altında, çocuğun ceza sorumluluğunun varlığını da esasen kabul etmektedir. Hakkında suç isnadı bulunan kimse, hakkındaki iddiaya dair mahkumiyeti içerir mahkeme kararı kesinleşmedikçe, suçlu kabul edilemeyeceğinden; suçlu çocuk ya da suç işlemiş çocuk kavramları henüz hakkında mahkeme kararı olmadan çocuğun böyle kabul edilmesi neticesini doğal olarak doğuracaktır. Bu sebeple de suç olarak nitelenen fiili gerçekleştiren çocukları ifade etmek için suçlu çocuk, suç işlemiş çocuk kavramları yerine kanun koyucunun “*suça sürüklenmiş çocuk*” ifadesini kullanmasının isabetli olduğunu belirtmek gerekmektedir (Bkz. Yusuf Solmaz Balo, **Çocuk Ceza Hukuku**, Temmuz 2015, ss. 41-42).

Yargıtay kararlarında da, genel kabul görmüş bir uygulama olarak, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk için “*şüpheli*” ya da “*sanık*” değil, “*suça sürüklenen çocuk*” ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmektedir. “*5395 sayılı Kanun’un 3/a-2 maddesine göre kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiil işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk için suça sürüklenen çocuk ifadesinin kullanılması gerekirken sanık ifadesinin kullanılması...*” (Y. 15. CD., 17.04.2014 T., 7576/7516) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2016).

İlgili yetkili yargı mercii ise cinsel saldırı suçunun işlendiği yerdir (CMK m. 12/3)¹¹⁴⁶. Cinsel saldırı suçuna teşebbüste son icrai hareketin yapıldığı, kesintisiz işlendiği hallerde kesintinin gerçekleştiği, zincirleme suç şeklinde işlendiğinde de son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m. 12/2). Öğretide bu suçun çoğunlukla hürriyeti kısıtlama suçuyla birlikte işlenmesinden dolayı bu durumda temadinin sona erdiği yer mahkemesinin yetkili olacağı da belirtilmektedir¹¹⁴⁷.

Yargılamanın yenilenmesi durumunda ise önceki yargılamada görev almış olan hakim veya heyet aynı işte görev yapamayacaktır (CMK m. 23/3; CMK m. 318/1). Yargıtay aksi uygulamayı bozma nedeni olarak kabul etmektedir¹¹⁴⁸.

Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ise sarkıntılık düzeyinde kalmış olan hafif şeklinde (TCK m. 103/1-İkinci Cümle) görevli mahkeme Asliye Ceza

¹¹⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 346.

¹¹⁴⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3357. Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenmiş bulunmaktadır (ÇKK m. 27/1). Çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi ise bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırları olmaktadır (ÇKK m. 27/2). Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce 5395 sayılı ÇKK hükümlerine göre yapılacaktır (ÇKK m. 1/3). Bu konuda bkz. Kocaoğlu, s. 224. “Dosya kapsamına göre, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 27. maddesinin 1. fıkrasında çocuk mahkemelerinin yargı çevresinin, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirleneceğinin düzenlendiği, aynı maddenin 2. fıkrasında ise, çocuk ağır ceza mahkemeleri yönünden farklı bir düzenleme yapıp bu mahkemelerin yargı çevresinin, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırları olduğunun hükme bağlandığı, bu şekilde çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresinin farklı düzenlemelere tabi tutulduğu, çocuk mahkemelerinin yargı çevresinin, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenmesi karşısında, il merkezi veya ilçe merkeziyle sınırlı yargı çevresine sahip bulunduklarında tereddüt bulunmadığı, aksi halde çocuk ağır ceza mahkemeleri için ayrı bir düzenleme yapılmasının bir anlamının olmayacağı, yasada ayrı ayrı düzenleme yapıldığı halde çocuk ağır ceza mahkemeleri için öngörülen yargı çevresinin çocuk mahkemeleri için de geçerli olduğundan söz edilemeyeceği, anılan maddenin 3. fıkrasında ise coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine veya değiştirilmesine Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verileceğinin düzenlenmesi ve Denizli Çocuk Mahkemesinin yargı çevresini genişleten herhangi bir kurul kararının da bulunmaması karşısında, yargı çevresinin ilçeleri de kapsayacağı şeklinde yorum yapılmasının mümkün olmadığı gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu...” (Y. 12. CD., 23.12.2013 T., 27265/ 30388) (Bkz. Balo, ss. 53-54).

¹¹⁴⁸ “Cinsel saldırı, hürriyeti tahdit ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarında; “Yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hakim aynı işte görev alamaz” şeklindeki düzenleme ve “Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir” şeklindeki düzenlemeler karşısında, ilk kararı veren heyetin olayla ilgili kanaatinin oluştuğu, görüşünün ilk hükümle belirginleştiği, yeniden yargılama aşamasında ya da bu aşamaya götürecek talebin kabule değer olup olmadığına dair vereceği kararda önceki kanaat ve görüşünün etkisi altında kalabileceği, bu sebeple adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak olaya tamamen yabancı, farklı bir heyetin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerektiği gözetilerek itirazın bu yönden kabulü gerekir.” (Y. 14. CD., 18.02.2014 T., 2013/11851, 2014/1881) (Bkz. Kocaoğlu, s. 224, dn. 741).

Mahkemesi olup, suçun basit/temel şekliyle (TCK m. 103/1-Birinci Cümle) maddenin nitelikli halleri bakımından (TCK m. 103/2,3 vd.) ise görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir¹¹⁴⁹.

Bu suçla ilgili yetkili yargı mercii ise cinsel istismar suçunun işlendiği yerdir. Ancak öğretilerde bu suçun çoğunlukla hürriyeti kısıtlama suçuyla birlikte işlenmesinden dolayı cinsel saldırı suçunda da belirttiğimiz üzere bu durumda temadinin sona erdiği yer mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmektedir¹¹⁵⁰.

TCK m. 104/1'deki suçun cezası, 6545 sayılı kanun m. 60 ile değiştirilmeden önce "... altı aydan iki yıla kadar" hapis cezasıydı. Bu nedenle de görevli mahkeme suçun işlendiği yer Sulh Ceza Mahkemesi olarak belirlenmişti. Bahse konu kanun değişikliği sonrası suçun birinci fıkradaki temel şeklinin (*basit halinin*) cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiş bulunmaktadır. Bu durumda birinci fıkra kapsamında kalan fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer Asliye Ceza Mahkemesi olacaktır¹¹⁵¹. Uygulamada ise davaların genellikle çocuğun cinsel istismarı suçundan ağır ceza mahkemesinde açıldığı ancak sonradan suçun hukuki niteliği değişmesine rağmen dosyanın alt dereceli mahkemeye gönderilememekte olduğunu belirtilmektedir (CMK m. 6/1)¹¹⁵².

Yukarıda bahsi geçen kanunla getirilen değişiklikler birinci fıkranın ceza miktarını artırmakla sınırlı kalmamış, maddeye suçun nitelikli hali olarak iki ayrı fıkra

¹¹⁴⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, ss. 368-369; Kocaoğlu, s. 369.

¹¹⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3447. Cinsel saldırı suçunda da değindiğimiz gibi, olağanüstü kanun yollarına dair Yargıtay, çocuğun cinsel istismarı suçunda ilk kararı veren heyetin olayla ilgili kanaatinin oluştuğu, görüşünün ilk hükümlerle belirginleştiği, yeniden yargılama aşamasında ya da bu aşamaya götürecek talebin kabule değer olup olmadığına dair vereceği kararda önceki kanaat ve görüşünün etkisi altında kalabileceği, bu nedenle adil yargılama hakkının bir uzantısı olarak olaya tamamen yabancı, farklı bir heyetin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerektiği düşüncesindedir (CMK m. 23/3; CMK m. 318/1) (Bu yönde bkz. Y. 14. CD., 10.04.2012 T., 2829/4193). Vekalet ücreti uygulamasının yanlış ya da eksik yapılmasının da bozma nedeni olduğu belirtilmelidir. "*Çocuğun nitelikli cinsel istismarında, ... sanıktan tahsilene karar verilen vekalet ücretinin hangi katılana olduğu da belirtilmeden katılana verilmesine karar verilmesi hukuka aykırıdır.*" (Y. 14. CD., 09.07.2012 T., 8516/7824). Ancak sadece vekalet ücreti nedeniyle bozma kararlarında, başkaca bir husus mevcut değilse, düzeltilerek onama kararı verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü, sadece vekalet ücreti için yeniden yargılama yapılmayacaktır. O nedenle düzeltilerek onama kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir (Kocaoğlu, s. 368, dn. 507-508).

¹¹⁵¹ 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun" (m. 12) bağlamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, suçun TCK m. 104/1'de öngörülmüş bulunan temel şekli asliye ceza mahkemesinde görülürken; TCK m. 104/2 ve 104/3'de ki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri ağır ceza mahkemesinde görülecektir (Kocaoğlu, s. 432).

¹¹⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 382; Kanbur, Armağan, s. 4200; Kanbur, CHD, s. 135.

hükmü daha eklenmiştir. Her iki fıkra hükmü de daha önce belirttiğimiz üzere suçun failinin belli özelliklere sahip olması durumunda verilecek hapis cezası miktarının “*on yıldan onbeş yıla*” kadar olduğunu düzenlemiştir. Bu durumda maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları kapsamındaki fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerçekleştiği yer Ağır Ceza Mahkemesi olacaktır¹¹⁵³.

TCK m. 105’de düzenlenmiş bulunan cinsel taciz suçuna ilişkin her iki fıkra bakımından da görevli ve yetkili mahkeme¹¹⁵⁴ suçun işlendiği yer Asliye Ceza Mahkemesidir. Ancak uygulamada faile isnat edilen fiilin hukuki nitelendirmesi bakımından çoğu zaman cinsel taciz niteliğindeki fiillerin çocuklara karşı işlenmiş olması halinde hatalı olarak çocuğun cinsel istismarı suçundan iddianame düzenlenmekte ve davalar da Ağır Ceza Mahkemelerinde açılmaktadır. Daha önce yeri geldikçe değindiğimiz üzere, 6545 sayılı kanun değişikliği ile cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali de birinci fıkra da açıkça düzenlenmiş olduğu için bu yanlış uygulamanın ortadan kalkacağı düşüncesindeyiz¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 382; Kanbur, Armağan, s. 4200; Kanbur, CHD, s. 136.

¹¹⁵⁴ Asker kişiler gibi görev veya sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi kişilerin yargılanması için görevli mahkemenin hangisi olduğu re’sen gözetilmek durumundadır (CMK m. 3/2 – m. 4) (Kocaoğlu, s. 477). “Uzman çavuş olarak görev yapan sanığın. 26.12.2007 tarihli ifadesinde “katılanı GATA hemşirelik okulundan tanıdığını” beyan ettiği, temyiz dilekçesinde de “B... .. Mknz. P. Tug. Komutanlığı revirinde askeri sivil hemşire olarak görev yaptığını” ileri sürdüğü, katılan N.’ün ise “sanıkla iki üç kez çalıştığı hastanede konuştuğunu” ifade ettiğinin anlaşılması karşısında; katılan N.’ün Türk Silahlı Kuvvetler sivil personeli olarak 353 Sayılı Kanunun 10/C maddesi kapsamında asker kişi olup olmadığı ve anılan Yasanın 17. maddesi gereğince de sanığın askeri mahkemede yargılanmasını gerektirir ilginin kesilip kesilmediğinin araştırılması, sanık ve mağdurenin “asker kişi” sıfatlarının devam ettiğinin kesin olarak tespiti halinde ise aynı Yasanın 9. maddesi uyarınca “asker kişinin asker kişi aleyhine işlediği cinsel taciz” iddiası ile görülen davada yargılama yapma görevinin Askeri Mahkemeye ait bulunduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 5. CD., 28.04.2011 T., 2009/9724, 2011/3540) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.10.2015).

¹¹⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 393. Verilen kararlarda, kanun yolu başvuru süresinin başlangıcı ve başvuru merciinin gösterilmemesinin bozma nedeni olduğunu da belirtmek gerekir (Anayasa m. 40/2, CMK m. 34/2 - m. 231/2 – m. 232/6) (Kocaoğlu, s. 477). “Cinsel taciz suçundan sanık A.T.’ün yapılan yargılaması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair İzmir 3. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 8.12.2009 gün ve 2007/1911 Esas, 2009/1953 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğnameyle Daireye gönderilmekle incelendi. Mahkemece verilen hükümde Anayasa’nın 40/2 ve C.M.K.nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerine aykırı olarak başvurulabilecek kanun yolu başvuru süresinin başlangıcı ve başvuru mercii gösterilmediğinden, aynı Kanunun 40 ve devamı maddelerine göre temyiz süresinin geçirilmesinde sanığın kusurunun bulunmadığı nazara alınıp istemin süresi içinde yapıldığı kabul edilerek...” (Y. 14. CD., 05.06.2012 T., 7368/6373) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.12.2015).

4. Davaya Katılma

Kamu davasına katılma¹¹⁵⁶ mağdurun kolayca belirlenebildiği suçlarda tartışma yaratmaz. Öte yandan TCK'da cinsel suçların düzenleniş biçimi ve bazen de toplumsal yapı nedeniyle cinsel suçlara ilişkin olarak yapılan yargılamalarda mağdur dışındaki kimselerin özellikle de mağdurun yakınlarının katılma talepleri olmakta ve mahkemenin bu talepleri karara bağlaması gerekmektedir.

Konuya ilişkin olarak ilk tartışma reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ortaya çıkmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda katılma hakkının kime ait olduğu mağdurun ve suçtan zarar görenin kim olduğuna göre belirlenecektir. Bu kapsamda şikayet hakkıyla da paralel bir değerlendirme yapmak mümkündür. TCK m. 104'e ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde çocukların katılma hakkına sahip olduğu ifade edilmelidir¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ Kamu davasına katılma CMK madde 237 ve devamı maddelerde düzenlenmektedir. CMK m. 237: “(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. (2) Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.” Katılma usulü CMK madde 238’de düzenlenmektedir: CMK m. 238: “(1) Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur. (2) Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur. (3) Cumhuriyet savcısının, sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra davaya katılma isteminin uygun olup olmadığına karar verilir. (4) (Mülga: 18/6/2014 - 6545/103 md.).”

¹¹⁵⁷ Katılma isteminde bulunabilmek için aynı zamanda suçtan zarar gören olmak gerektiğini belirtmek gerekmektedir. Yargıtay’ın, katılma bakımından suçtan zarar görenin “doğrudan doğruya” olmasını aramakta olduğu da ifade edilmektedir. “Yargıtay’a göre eylem, doğrudan doğruya kime ait yararı ihlal etmiş, suçun maddi ve manevi unsuru kime ait hakka yönelmiş ise, suçta doğrudan doğruya zarar gören o olacağı için SSK Aydın Hastanesi eczane bölümünün ilşç verilen cam bölmesinin kırılması fiilinden dolayı eczanede çalışan kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi mümkün değildir.” (YCGK., 26.09.2000 T., 10-156/ 164). “Suçun işlenmesinden ötürü (15 yaşından küçük bir kişiyi rızaen alıkoyma) doğrudan zarar gördüğü anlaşılan Atabey 60. Yıl S...D...Kız Yetiştirme Yurdu Müdürü olan müşteki Sıdika’nın müdahale talebinin reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (Y. 5. CD., 17.06.1998 T., 2025/ 2581) (Kararlar için bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 237-238, dn. 78). Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının yalnızca suçtan zarar gören çocuğa ait olduğunu vurgulamış idik. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanan ve ayırtım gücüne sahip olan küçükler, söz konusu haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler. Anne babanın şikayet hakkının bulunduğu kabul edilmesi durumunda, somut olayda mağdurun şikayetçi olmadığı, buna karşılık anne babanın şikayette bulunduğu hallerde sorunun ne şekilde çözümleneceği meselesi ortaya çıkacaktır. Özellikle mağdurun açıkça “şikayetçi değilim” dediği durumlarda artık anne babanın şikayetçi olması mümkün olmamalıdır. Buradan ortaya çıkan sonuç şikayet hakkının münhasıran küçüğe tanındığıdır (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334). Şikayet kurumunun ceza muhakemesinde istisnası bir kurum olması ve istisnaların da dar yorumlanması kuralı düşünüldüğünde, şikayet hakkına sahip olan “suçtan zarar gören” kavramının

Davaya katılma hususu cinsel taciz suçu bakımından da tartışmaya neden olmuştur. YCGK'na göre 18 yaşından büyük olup algılama ve ayırt etme yeteneğine sahip olan ve cinsel tacize maruz kalan kadının, kamu davasına kendisinin katılması ve yerel mahkeme kararını kendisinin temyiz etmesi gerekmektedir. Suçun mağdurunun eşinin davaya katılıp katılamayacağına ilişkin olayda YCGK, *“Eşlerin birbirlerinin vücutları üzerinde evlilik hukukundan kaynaklanan doğal haklarının bulunduğu, buna yönelik her türlü ve özellikle cinsel amaç taşıyan saldırılardan dolayı da zarar görmediklerinin kabul edilmeyeceği, ileri sürülmeyeceği, aksinin eşi öldürülen kişinin bu eylemden zarar görmediği gibi hiçbir hukuk düzeninin kabul etmeyeceği sonuçları doğuracağı nazara alındığında dairenin kararı kabul edilemez.”* şeklindeki gerekçeyle itiraz eden Yargıtay Başsavcılığının itirazını yerinde bulmamıştır¹¹⁵⁸. Görüldüğü gibi özetle Yargıtay cinsel taciz suçunda eşlerin birbirlerinin vücutları üzerinde hakları olduğu gerekçesini kabul etmeyerek eşin davaya katılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Katılma konusunda çocukların cinsel istismarı suçu açısından da hukukumuzda tartışma mevcuttur. Öncelikle Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesindeki çocuklar aleyhine bu suçların işlenmesi halinde kurumun davaya katılmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir¹¹⁵⁹.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 20/2'de yer alan katılmaya ilişkin özel düzenlemeye göre Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı da çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı yapılan yargılamalara katılma hakkına sahiptir¹¹⁶⁰.

dar yorumlanması ve “suçtan doğrudan zarar gören” olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır. Doğrudan doğruya (dar anlamda) suçtan zarar görme ile mağdurluğun çoğunlukla örtüşebilmekte olduğu ifade edilmektedir (Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 75, Güngör, Şikayet Kurumu, ss. 45-46; Kantarcı, s. 222). Kanaatimizce benzer yorumla, mağdur çocuğun ailesi suçtan dolayı olarak zarar görse de, yukarı da bahsettiğimiz üzere, katılma bakımından suçtan zarar görmenin “doğrudan doğruya” olmasının aranıyor olmasından hareketle şikayet hakkında olduğu gibi ailenin katılma hakkına da sahip olmadığı belirtilmelidir.

¹¹⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 393.

¹¹⁵⁹ Yargıtay devam eden bir koruma kararının varlığı halinde, bu kurumun da davaya katılmasının mümkün olduğu yönünde kararlar vermektedir (Bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 321).

¹¹⁶⁰ 6284 sayılı Kanun m. 20/2 : “Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir.” Aynı kanunun 2/1-d maddesinde şiddet şu şekilde tanımlanmaktadır: “Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı

Katılanın yargılamada temsili de CMK'da özel olarak düzenlenmiştir. CMK m. 239 uyarınca cinsel saldırı suçunun mağduru yahut bu suçtan zarar gören kamu davasına katıldığında baro tarafından kendisine avukat tayin edilmesini isteyebilir. Mağdurun veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz¹¹⁶¹.

Katılmaya ilişkin üzerinde durulması gereken son husus ise kamu davasına katılma konusunda çocuk mağdur ile zorunlu müdafinin¹¹⁶² iradesinin çelişmesi halinde kimin iradesinin esas alınacağı hususudur. Yargıtay bu konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında müdafinin iradesinin esas alınacağını ifade etmiştir¹¹⁶³.

ifade eder.” Kanunda yer alan şiddet tanımı görüldüğü üzere cinsel ve psikolojik şiddeti de kapsadığından Bakanlık, gerekli gördüğü durumda cinsel saldırı ya da çocuklara yönelik cinsel istismar suçlarına ilişkin davalara katılma hakkına sahiptir. Avrupa'daki düzenlemelerle sivil toplum örgütlerine davaya katılma yetkisi tanınırken, Türkiye'de söz konusu yetkinin Bakanlığa tanınmasının dikkat çekici olduğu dile getirilmektedir (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 254).

¹¹⁶¹ Katılanın haklarının düzenlendiği CMK madde 239 hükmü şöyledir: “(1) (Değişik: 24/7/2008-5793/41 md.) Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir. (2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.”

¹¹⁶² Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise, Ünver'e göre, CMK m. 234/1-b.3 ve 234/1-b.5 'te yer alan düzenlemenin eksik ve hatalı oluşudur. Bu nedenle de, cinsel taciz suçu mağdurları gerek soruşturma ve gerekse de kovuşturma evresinde sırf “suçun cezasının alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektirmediği, daha az ceza gerektirdiği için” mali durumu uygun olmadığından barodan kendisine vekil görevlendirmesini talep edememektedir. Yazara göre, suçun faili, şüphelisi, sanığı konumundaki kişinin işlediği suçun cezası ne olursa olsun, talebi varsa baro kendisine ücretsiz avukat sağlamak durumundadır. Yalnızca cinsel saldırı suçu ile cezanın alt sınırının 5 yıl ve yukarı hapis cezasını gerektiren hallerde mağdura bu hakkın tanınmıyor oluşu eleştiri konusudur ve madde metninin tadil edilerek bu mağdurlara da barodan avukat tayin edilebilmesi gereği vurgulanmaktadır (Ünver, Ceza Hukuku Dergisi, s. 125). Muhakeme sürecinde ve kararda sanık ve mağdura ÇKK gibi ilgili mevzuatın uygulanması konusunda hassasiyet gösterilmesi konusunda bkz. Kocaoğlu, s. 476, dn. 187. “Sanığın 09.03.1990 doğumlu olup suç tarihi olan 16.03.2006 tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olduğu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanunla değişik 23/1 maddesi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen çocuklar açısından denetim süresinin 3 yıl olarak tayini gerektiği halde 5 yıl denetim altında bulundurulmaya hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır.” (Y. 5. CD., 17.03.2011 T., 2148/2103) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.12.2015).

¹¹⁶³ “15 yaşından küçük mağdur davaya katılmak istemese bile, zorunlu müdafinin katılma talebinde bulunduğu takdirde, zorunlu müdafinin iradesinin geçerli olacağı ve CMK'nın 150/2 maddesinin bu halde kıyasen uygulanacağı...” (Y.CGK., 03.06.2008 T., 5-56/ 156) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

5. Mağdurun Dinlenmesi

Cinsel suçlardan yapılan yargılamalarda vücuttan örnek alınabildiği hallerde ispat daha kolay olmakla birlikte cinsel saldırının basit hali, cinsel taciz gibi herhangi bir temasın söz konusu olmadığı hallerde beyanlar ciddi önem taşımaktadır. Bu beyanların delil değerlerine ilişkin tartışmalar aşağıda ele alınacak olmakla birlikte, özellikle mağdurun dinlenmesine ilişkin usul burada değerlendirilecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki özellikle mağdurun beyanının alınması hassas bir konudur. Maruz kaldığı suçun yarattığı travmayı artıracak, mağduru bir kere daha rencide edecek şekilde sorular sormaktan kaçınılmalıdır¹¹⁶⁴. Keza mağdurun hayatına saygı gösterilmeli, suçun aydınlatılması için gereken sınır aşılmamalıdır¹¹⁶⁵. Bu anlamda mağdura fiilden önceki cinsel hayatı, kaç partneri olduğu, cinsel tercihi gibi sorular sorulmamalıdır¹¹⁶⁶.

Burada özellikle çocukların daha da hassas olduğunu belirtmek gerekir. Çocukların durumunun hassasiyetini dikkate alan kanun koyucu ifadelerinin nasıl

¹¹⁶⁴ Michaelis-Arntzen, s. 62.

¹¹⁶⁵ Michaelis-Arntzen, s. 44.

¹¹⁶⁶ Yüksel, tecavüz kalkanı düzenlemelerinin geçtiğimiz 40 yıldır cinsel saldırıya uğradığını iddia eden kişiler için yargılama sürecini ızdırap verici bir tecrübe olmaktan çıkartarak cinsel saldırı fiillerinin ihbar oranını arttırmaya ve jürilerin adeta sanık ve fiil yerine şikayet sahibinin cinsel yaşantısını yargılamasını önlemeye çalışmakta olduğunu belirtmektedir. Tecavüz kalkanı düzenlemelerine getirilen başlıca eleştiriler yetersiz kalmaları ve sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal etmeleri şeklinde sıralanmaktadır. Tecavüz kalkanı terimi esasen ABD ve İngiliz hukukunda cinsel saldırı suçu nedeniyle yapılan yargılamada, müştekinin cinsel yaşamı ile ilgili sorular yöneltilmesini ve deliller sunulmasını sıkı şartlara bağlayan usul kurallarını ifade etmektedir. Yazar, “*Rape Shield*” terimini dilimize aktarırken, terim içeriğini tam olarak aktarmadığının farkında olmakla birlikte birebir çeviri yapmayı tercih ettiklerini belirtmiştir. Gerçekten konu hakkında bilgisi olmayan bir kişi bu makalenin tecavüz fiilini önlemeye yönelik olduğunu dahi düşünebilecektir. Yazar bu tercihinin nedenini İngilizce teriminde konu hakkında bilgisi olmayan birisi için çok fazla anlam ifade etmemesine rağmen daha uzun bir açıklamadan daha akılda kalıcı ve dikkat çekici olması olarak açıklamaktadır. Türkiye için getirilecek tecavüz kalkanının amacı yazara göre, davaya bakan hakimde şikayetçi aleyhine ön yargı oluşturmaya muhtemel delillerin görülmesini engellemektir. Hakimin söz konusu delilleri gördükten sonra dosyadan çıkarması beklenen faydanın sağlanmasını bu görüşe göre engelleyecektir. Yazarın önerisi, cinsel saldırı yargılamalarında savunmanın sunduğu delillerin ve soracağı soruların, şikayetçinin karakteri ve davranışları ile değil, fiilin kendisiyle ilgili olduğunu tam olarak temin edebilmek için bir eleme sistemi eklenmesi gerekliliğidir. Bu anlamda fiille bağlantısı olmayan unsurların çıkartılması sanığın adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. Fakat söz konusu süreçte olayla ilgili olan delillerin dosyadan çıkartılması ve bu nedenle sanığın adil yargılanma hakkına müdahale edilmesi mümkün olduğundan delillerin elenmesi işlemi de bir hakim tarafından yapılmalıdır. Ayrıca ilgili eleme sürecinde sanığın ve şikayet sahibinin korunması için dosya kişisel verilerden tamamen arındırılmış şekilde olmalıdır. Yine son olarak hangi delillerin kabul edilmesinin zorunlu olduğu ve hangi delillerin kesinlikle kabul edilmeyeceği yasada belirtilmiş olmalı, sanığın adil yargılanma hakkı tek başına hakim tarafından bırakılmamış olmalıdır (İsmail Yüksel, “Tecavüz Kalkanı”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3 (1), 2013, ss. 75-76, 83; ayrıca bkz. Michaelis-Arntzen, s. 44).

alınması gerektiğini “Mağdur ile şikayetçinin dinlenmesi” başlıklı CMK m. 236’da düzenlemiştir. Buna göre:

“...(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

(3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu çocukları korumak üzere koruyucu bazı önlemler getirmiştir. Bu önlemleri son derece yerinde bulmakla birlikte bunların uygulanmasının çocuğun psikolojisinin bozulması şartına bağlanmasını isabetli bulmamaktayız. Öncelikle çocuğun psikolojisinin bozulup bozulmadığının tespiti son derece zordur. Kaldı ki bu tarz ağır bir fiile maruz kalan bir çocuğun psikolojisinin etkilenmemesi düşünülemez. TCK’da bu durumun nitelikli hal olmaktan çıkarıldığı da dikkate alınır ise, mağdur çocukların her durumda bir kere ve uzman¹¹⁶⁷ eşliğinde¹¹⁶⁸ dinlenmesine yönelik olarak kanunda değişiklik yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Öte yandan Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)¹¹⁶⁹ adı ile kurulan yapının yukarıdaki eleştiriyi önemli ölçüde bertaraf ettiği de ifade edilmelidir. ÇİM’ler cinsel suça maruz

¹¹⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, belirtilen uzman kişilerin çocuğun dinlenmesi esnasında hazır bulunmamasını bozma nedeni olarak görmektedir. Y. CGK., 03.06.2008 T., 5-56/ 156 karar sayılı Karar hakkında bkz. Taner, Cinsel özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 320, dn. 238. Ayrıca bir kararında Yargıtay, “...çocuğun ifadesinin hükme tek başına esas alınmadığı hallerde, çocuğun psikolojisinin yeniden dinlemede daha da bozulabileceğini...” ifade ederek, uzman kişinin yokluğunu bozma nedeni olarak görmemiştir (Y. 5 CD., 20.05.2008 T., 2007/ 11696, 2008/ 4617 sayılı karar için bkz. Tuğrul, s. 286).

¹¹⁶⁸ Sanığın mahremiyetine ve cinsel hayatına gösterilen saygı, kuşkusuz mağdur çocuğa da gösterilmelidir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını hedefleyen ceza muhakemesi, çocuğun psikolojisi açısından zararlı olabilecek bazı zorunlu aşamaları bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu sürecin çocuk ve ailesi için oldukça zor olması, bazı ebeveynlerin çocuklarına yönelik istismar vakalarını ihbar etmeden evvel bir kez daha düşünmelerine neden olmaktadır (Heinz Schöch, “Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması”, Çev: Nur Centel, AÜEHFD, C. III, S. 1, 1999, s. 4).

¹¹⁶⁹ “Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM), her il için ayrı olmak üzere Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler, kurumlar bünyesinde kurulması planlanan, cinsel istismara uğrama şüphesi altındaki mağdur çocukların, ifade alma, adli muayene ve diğer her türlü soruşturma işlemlerinin tek merkezde yapılması için planlanan yerlere verilen addır. ÇİM öncesi uygulanan sistemin işleyişi ana hatları ile kısaca şu şekildedir: İstismara uğradığı şüphesi taşıyan çocuk konuyu önce kolluğa taşıyan kişiye (ihbar halleri hariç), ardından kolluğa, (ilçelerde görev bölgesine göre jandarmaya kimi jandarma bölgesinde çocuklara ilişkin özel birimler bulunmadığından o gün nöbetçi kimse ona), ardından savcıya, sonra mahkeme heyetine, kanunun değişikliğine kadar beden ve ruh sağlığı bozulma olup

kalmış çocukların savcı talimatı ile uzmanlar eşliğinde ifadelerinin alındığı yerlerdir. Buralarda kurulan aynalı oda düzeneği çocukların ifadelerinin tek bir defa alınmasını yeterli kılmakta, bir defa daha ifade alınması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır.

Buna rağmen uygulamada ÇİM’de ifadesi alınmasına rağmen mağdur çocukların dinlenmek üzere ısrarla duruşmaya çağırıldığı görülmektedir. Her ne kadar hakim bunu maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için yapsa da mağdur çocuk utancından yahut travmatize olduğu için maddi gerçeği gizleme eğilimi göstermektedir. Bu nedenle ÇİM’de ifadesi alınan çocuğun artık duruşmada dinlenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. ÇİM’deki uzmanların becerileri dikkate alındığında her halükarda bir hukukçudan daha iyi ifade alacakları aşıkardır.

*olmadığının incelenmesi aşamasında Adli Tıp Kurumu görevlilerine, vaki itiraz durumunda gerek görülürse başkaca ilgililere maruz kaldığı hadiseyi tekrar tekrar anlatmakta, olay ilçede yaşanmışsa bu silsileye ayrıca ilçedeki kolluk görevlileri ve C.Savcısı da eklenebilmektedir. Özetle ÇİM öncesi durum, bu uygulamadan geçmiş bir çocuğun tabiri ile, “Kendimi iğrenç hissediyorum” duygusunu yaşatan bir sistemdir. ÇİM’ler, cinsel İstismara uğrama şüphesi altında olan mağdur çocukların, adalet sistemi içerisinde defalarca ve çoğu zaman ehil olmayan kişiler tarafından adli işlemlerden geçirilirken örselenmesine ve hatta 2. bir travma yaşamasına sebep olan uygulamaların ortadan kaldırmasını, merkezine çocuğun üstün yararını alarak kurumlar arasında eşgüdümün sağlanmasını amaçlayan bir oluşumdur. Türkiye’de ÇİM’lerin kuruluşunu öngören ilk düzenleme 04.10.2012 tarih ve 28431 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi olup bu genelgede ÇİM’lerin kuruluş amaçları şu şekilde açıklanmıştır: “Ülkemizde istismara uğrayan çocuk ve/veya ailesi, yaşanan olumsuzlukları pek çok sebeple gizleme eğilimindedir. Bu sebeple de istismara uğrayan çocuğa verilmesi zorunlu olan hukuki, tıbbi, ruhsal ve sosyal destek aksayabilmektedir. Mağdur çocukların; kolluk kuvvetleri, adli merciler ve sağlık kurumları tarafından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu süreçte yaşadıklarını defalarca dile getirmek zorunda bırakılması, gizliliğin yeterince sağlanamaması, ilgili kurumlarda çocukla görüşme yapanların; çocuğun ruhsal durumunu gözeterek görüşme yapabilecek yeterlikte eğitime sahip olmaması halinde, çocuğun uğradığı travma daha da şiddetlenmektedir. Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak; çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin, bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere; Sağlık Bakanlığına bağlı 7 hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezlerinin (ÇİM) kurulması ve bu merkezlerin işleyişinin Sağlık Bakanlığınca koordine edilmesi gerekli görülmüştür.” Genelgede de ana hatları ile özetlendiği gibi ÇİM’ler, çocuk adalet sistemi içerisindeki, en önemli ve en yakıcı eksikliklerden birini ortadan kaldırmak için öngörülmüş bir yapıdır. 04.10.2012 tarihli Başbakanlık Genelgesi ile ülke genelinde yaygınlaştırılması düşünülen ÇİM’lerin şu an itibariyle sayısı 20 olup (Erzurum ÇİM faal değil) 2015 yılı sonuna kadar 28 sağlık hizmet bölgesinde faaliyete geçmesi hedeflenmektedir. Bu hedefin gerçekleştirilebilmesi durumunda mevcut olan Ankara, İstanbul (2 adet), Gaziantep, Kayseri, Samsun, Diyarbakır, Bursa, Adana, İzmir, Antalya, Erzurum, Manisa Elazığ, Kocaeli, Van, Trabzon, Edirne, Konya, Sivas, Mersin ÇİM’lere Şanlıurfa, Denizli, Eskişehir, Ankara (1 tane), İstanbul (3 tane) olmak üzere yenileri eklenmiş olacaktır. Ankara’da açılacak ikinci ÇİM projelendirilmiş, İstanbul’da 3 adet daha açılması planlanan ÇİM’lerin yer belirleme çalışmaları devam etmektedir. Şanlıurfa ilinde tadilat çalışmaları devam etmekte iken, Denizli ve Eskişehir illerinde aynı şekilde yer çalışma çalışmaları sürdürülmektedir.” (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Trabzon Barosu Çocuk Hakları Komisyonu Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu**, Nisan 2015, ss. 1-35; ayrıca bkz. Selcen Bayün, Narin Ceren Dinçer, “Çocuk İzlem Merkezi”, **Hukuk Gündemi**, S. 2, 2013, ss. 92-95).*

ÇİM’ler yargılama sistemimiz içinde son derece önemli bir eksikliği doldurmakla birlikte önemli bir eksikliği de bünyelerinde barındırmaktadır. Adli tıp ve ÇİM’lerin ayrı ayrı örgütlenmiş olması nedeniyle çocukların ifadeleri alınmakta ancak muayeneleri aynı serilikte yapılamamaktadır. Özellikle mesai saati sona erdikten sonra gerçekleşen fiiller bakımından nöbetçi bir hekim olmadığından çocuklar bekletilmekte ve sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. Önerimiz ÇİM’lerin İzmir’de olduğu gibi çocuk hastaneleri veya üniversite hastaneleri içinde örgütlenmesi yahut nöbetçi bir adli tabibin buralarda görev yapmasıdır.

ÇİM’de yapılan işlemlere ilişkin olarak kısaca avukatın konumu üzerinde de durulmalıdır. Uygulamada baro tarafından görevlendirilen avukat ile mağdur çocuk ÇİM’de bazen uzun süre birarada kalmaktadırlar. Bu esnada avukat ile çocuk arasında zaman zaman somut olaya ilişkin konuşmalar geçmektedir. Bunu doğru bulmamaktayız. Avukatın buradaki rolü çocuğu süreçle ilgili bilgilendirmekten ibaret olmalı somut olaya ilişkin değerlendirmeyi ve konuşmayı uzmanlara bırakmalıdır. Aksi halde ÇİM’le ulaşılmak istenen amaç zedeleneyecektir. ÇİM’lerle ilgili olarak ifade etmek istediğimiz son husus yetişkin cinsel suç mağdurları bakımından da benzer bir yapılanmaya ihtiyaç olduğudur. İfade alma ve adli muayenenin birarada gözlerden uzak bir şekilde ve mağdur rahatlatılarak gerçekleştirildiği bir mekan kanımızca son derece faydalı olacaktır¹¹⁷⁰.

Çocukların soruşturma aşamasında ifadelerinin alınması kadar önemli bir diğer konu da duruşmada çocukların konumudur. Bu konuda CMK fail ve mağdur çocuk arasında bir ayırım yapmıştır. CMK m. 185’e göre sanık onsekiz yaşından küçük ise

¹¹⁷⁰ Ceza hukukunda mağdurun durumunun çok geç fark edildiği ve mağduriyetin giderilmesine ilişkin çalışmaların çok geç başladığı bir gerçektir. Bu durum cinsel suç mağdurlarına da aynı şekilde etki etmiştir. Eski moda bir anlayışla bu zamana kadar mağdur hakları çerçevesinde şikayet hakkı, kamu davasına katılma, delil ikame etme gibi konular ele alınmıştır. Oysa devletin mağduriyeti hem önleme hem de giderme yükümlülüğü mevcuttur. Bu kapsamda devlet bireyleri korumalı, koruyamadığı noktada da bireylerin yargılama esnasında ikinci defa mağdur olmalarının önüne geçecek kurum ve kuralları ihdas etmelidir. Özellikle cinsel suçlarda soruşturma ve kovuşturma yöntemi mağdura olayı defalarca yeniden yaşatmakta ve bu anlamda yeniden mağdur etmektedir. Özellikle ifade alma işleminin verebileceği rahatsızlığın önüne geçilmelidir (Thomas Weigend, “Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren”, *ZStW*, S. 96, Heft 3, 1984, s. 766). Alman Hukuku’nda da dile getirilen bu soruna yukarıdaki önerimizin çözüm getirebileceğini bir kez daha belirtmek isteriz. Öte yandan mağdurun travmatize edilmemesi adına alınan önlemler bazen mağdurun yargılamanın gidişatından habersiz kalmasını sonuçlamaktadır ki, bu da mağdur için bir başka sıkıntı kaynağıdır. Yazılı yargılamanın esas olduğu sistemimizde her aşamanın tebliği zorunlu ise de, müdafie yapılan tebligatlar bakımından müdafinin de bu konuda duyarlı olması beklenmektedir (Bkz. Weigend, s. 783).

duruşma zorunlu olarak kapalı yapılır ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanır¹¹⁷¹. Görüldüğü üzere zorunlu kapalılık sadece çocukların sanık olduğu haller için söz konusu olacaktır.

Çocukların mağdur olduğu yargılamalarda ise ancak nisbi kapalılığı düzenleyen m. 182 hükmü işletilebilir. Hükmün ikinci fıkrasına göre genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Bu halde kapalılığın ayrıca talep edilmesi gerekmektedir¹¹⁷².

¹¹⁷¹ Zorunlu kapalılık başlıklı CMK madde 185 hükmü şu şekildedir: “(1) Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır.” Bahsi geçen bu hüküm zorunlu kapalılık halidir. Bununla birlikte kişi 18 yaşını doldurmuş ise artık duruşmanın “açık” yapılacağı belirtilmelidir. Zira asıl olanın halka açıklık olduğu vurgulanmalıdır (Balo, s. 333). 5395 sayılı ve 03.07.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu m. 4/1 bendi gereği “Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması” gerekmektedir. Aynı kanun m. 22 gereği “Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir. Mahkeme veya hâkim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir. Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir.”

Buradaki yaş sınırı, CMUK m. 375’te onbeş olarak belirlenmişti. CMK, bu düzenlemede çocuk sayılabilme üst sınırını 18 yaşa çıkarmış bulunmaktadır. Bu düzenleme, BM Çocuk Sözleşmesi ve TCK m. 6’da yapılan çocuk tanımına da uygun bir düzenleme niteliğindedir (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 676; ayrıca bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 724).

¹¹⁷² Duruşmanın açıklığı başlıklı CMK madde 182 hükmü şu şekildedir: “(1) Duruşma herkese açıktır. (2) Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir. (3) Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.”

Kapalı duruşmanın içeriğinin hiçbir iletişim aracı ile yayımlanamayacağını ifade etmek gerekmektedir. Açık duruşmanın içeriği ise, milli güvenliğe veya genel ahlaka veya kişilerin saygılık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkemenin, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklayacağı ve kararını açık duruşmada açıklayacağı belirtilmektedir (CMK m. 187).

Uygulamada yukarıda açıklanan kuralın pek de dikkate alınmadığı, medyanın kendi özel çıkarları doğrultusunda neredeyse naklen ceza muhakemesi yayınları yaptığı, başta özel hayat olmak üzere pek çok temel halk ve hürriyeti basın hürriyeti adına ayaklar altına aldığı ifade edilmektedir. Bu haksızlığa mutlaka son vermek gerektiği ve bunun yolunun da yukarıdaki hükümlerin ciddi bir şekilde uygulanması olduğu vurgulanmaktadır (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, s. 615).

Bu şekilde yayımı yasaklanan duruşmalar bakımından gizliliğin ihlali başlıklı TCK m. 285 gereği “Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.” İlgi düzenlemenin karşılığı CMUK m. 377/4’te bulunmakta idi. Bu madde yalnızca ağır

Kanımızca bu düzenleme de eksiktir. Zira çocukların özellikle cinsel suçlardan mağdur olduğu yargılamaların gizli yapılması bu çocukların korunması bakımından zorunlu olmalıdır. Bir çocuğun özellikle cinsel bir suçtan mağdur olduğu bir yargılamayı kamuya açık yapmakta hiçbir fayda görmemektedir.

6. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

CMK m. 231/5'e göre, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir¹¹⁷³.

Reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından TCK m. 104/1 hükmü, "*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, ikiyıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindedir. Dolayısıyla alt sınırdan ceza verilmesi durumunda bu suçta da hükmün açıklanmasının geri bırakılması gündeme gelebilecektir. Yine TCK m. 102/1'in ikinci cümlesi "*Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde formüle edildiğinden aynı yorumu yapmak mümkündür.

Burada özellikle üzerinde duracağımız konu, cinsel taciz suçuna ilişkin verilecek sonuç cezanın 2 yılın altında¹¹⁷⁴ kaldığı mahkumiyet hallerinde diğer

para cezası öngörmekte iken; görüldüğü üzere TCK hapis cezası öngörmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 678).

¹¹⁷³ 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu önemli bir yenilik "*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" olmuştur. İlk kez Çocuk Koruma Kanunu ile düzenlenmiş olan bu kurum böylelikle yetişkin ceza hukukuna da girmiş bulunmaktadır. Ayrıca ilgili kurum 5728 sayılı Kanun'la değiştirilerek uygulama alanı genişletilmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 790; ayrıca bkz. Ünver/Hakeri, s. 699; Yenisey/Nuhoğlu, ss. 808-815).

¹¹⁷⁴ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hukukumuzda ilk kez çocuklar bakımından 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesi ile kabul edilmiş bulunmaktadır. Daha sonra, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 5271 sayılı Kanunun 231. maddesine eklenen fıkralar ile büyükler için de uygulanmaya başlamıştır. Yine, aynı Kanunun 40. maddesi ile ÇKK'nun 23. maddesi değiştirilerek, denetim süresindeki farklılıklar hariç tutulmak kaydıyla çocuk suçlular ile yetişkin suçlular, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu açısından aynı şartlara tabi kılınmıştır. Ancak, suça sürüklenen çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasına karar verildiği durumlarda, denetim süresi 3 yıl olarak kabul edilmiş bulunmaktadır (Balo, ss. 335-336). 2006 yılında yapılan değişiklik ile, çocuk hukukundaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile genel usuldeki aynı hükümlere tabi kılınmıştı. Yenisey/ Nuhoğlu, burada çocuklara ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedirler (Yenisey/Nuhoğlu, ss. 819-820).

ÇKK madde 23 - (Değişik: 6/12/2006-5560/40 md.): "(1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece

koşulları da var ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı¹¹⁷⁵ verilmesinin mümkün olabileceği haldir¹¹⁷⁶.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.”

¹¹⁷⁵ Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK Madde 231’de düzenlenmektedir. CMK m. 231: “(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır. (2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir. (3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir. (4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir. (5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder. (6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmaz. (7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez. (8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur. (9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. (10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. (11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. (12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. (13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (14) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

¹¹⁷⁶ Özbeke/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 393.

Yargıtay'ın¹¹⁷⁷ bu tür suçlarda titizlikle takip ettiği hususlardan biri de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır (CMK m. 231). Şayet CMK m. 231/6'daki koşullar gerçekleşmişse ve sanık da isterse bu kararın verilmesi gerektiği hususu vurgulanmaktadır¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ “Cinsel taciz suçundan yapılan yargılamada; ...sabıka kaydı bulunmayan ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat olduğu ifade edilerek hapis cezası ertelenen sanık hakkında, CMK'nın 231/6 maddesindeki hususlar tartışılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olup olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeyip, eylem ile orantılı olmayacağı şeklindeki kanuni ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Kanun'a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 02.07.2013 T., 2012/ 1001, 2013/ 8440) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.11.2016).

“Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dairemizce de benimsenen 03.02.2009 gün ve 2008/11-250 Esas, 2009/ 13 Sayılı kararında belirtildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde dikkate alınacak zararın, maddi zarar olduğu, manevi zararı kapsamadığı ve katılanın dosyaya yansıyan maddi bir zararı da bulunmadığı gibi sabıkası olmayan sanık hakkındaki hapis cezasının da yeniden suç işlemeyeceği kanaati olduğu için ertelendiğinin anlaşılması karşısında, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen diğer koşullar incelenip değerlendirilmeden katılanın maddi ve manevi zararının giderilmemesi sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Yasaya aykırıdır.” (Y. 14. CD., 14.01.2013 T., 2012/ 5288, 2013/ 85) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 10.12.2016).

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 karar sayılı kararında da kabul edildiği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde dikkate alınacak zararda, mahkemece kanaat verici basit bir araştırmayla belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu yönünden katılanın bir tazminat talebi bulunmadığı anlaşılmakla adli sicil kaydına göre sabıkasız olduğu anlaşılan sanık hakkında 5271 Sayılı CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (b) bendinde belirtilen “sanığın kişilik özellikleriyle duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması” koşulunun oluşup oluşmadığı da değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, “müştekinin zararının karşılanmaması ve sanığın suçunu kabul etmemesi” biçimindeki gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Kabule göre de; Sanığın telefonla attığı mesajların içerikleri itibarıyla eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 105/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken oluşa uygun olmayacak şekilde kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi; Kabule göre de; Sanığın telefonla attığı mesajların içerikleri itibarıyla eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 105/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken oluşa uygun olmayacak şekilde kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 2. CD., 01.10.2012 T., 2010/ 36773, 2012/ 42288) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 08.09.2015).

¹¹⁷⁸ Kocaoglu, ss. 475-476, dn. 183.

B. İspat Sorunları

1. Cinsel Suçlarda Öne Çıkan Koruma Tedbirleri

a. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma

Her suçta olduğu gibi cinsel suçlarda da failin izlerinin bilimsel olarak tespit edilebilmesi ispat açısından son derece önemlidir. Cinsel saldırının basit hali, cinsel taciz gibi fiillerde fail mağdur üzerinde herhangi bir iz bırakmadığından tespit mümkün değildir. Cinsel saldırının vücuda organ yahut sair cisim sokularak işlenmesi ve çocukların cinsel istismarının bu şekilde işlenmesi halinde ise fail mağdur üzerinde bir iz bıraktığından bu izin elde edilmesi mümkündür. Söz konusu tespitin ilk aşamasını beden muayenesi ve vücuttan örnek alma oluşturmaktadır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirleri CMK m. 75 vd.'da düzenlenmiştir. Keza konuya ilişkin *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik* de mevcuttur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak öncelikle tedbirin şüpheli veya sanık ile diğer kişiler açısından farklı rejime tabi olduğu ifade edilmelidir¹¹⁷⁹.

Beden muayenesi uygulanacağı kişi dışında muayenenin biçimine göre de ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur: İç beden ve dış beden muayenesi.

İlgili Yönetmelik'in 3. maddesine göre iç beden muayenesi kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ifade eder¹¹⁸⁰. CMK m. 75/4 ve Yönetmelik m. 4'te cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi olduğu hükme bağlamıştır.

Dış beden muayenesi ise vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini ifade eder¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁹Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Ceza Muhakemesi*, ss. 534-535; Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi*, ss. 298, 304; Ünver/Hakeri, s. 284; Yenisey/Nuhoğlu, s. 639; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 517-518; Doğan Gedik, Mahir Topaloğlu, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması**, Mayıs 2015, ss. 169-170.

¹¹⁸⁰Yönetmelik m. 3 Tanımlar başlığını taşımaktadır. İlgili hükme göre iç beden muayenesi “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*” ifade etmektedir. Aynı yönetmeliğin 4. maddesine ve CMK m. 75/4'e göre, “*Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.*”

¹¹⁸¹Yönetmelik m. 3: “*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi*” dış beden muayenesini ifade etmektedir.

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına hakim yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Karar re'sen verilebileceği gibi bu konuda mağdur veya cumhuriyet savcısının da talepte bulunması mümkündür. Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hakime onaylatmalıdır. Aksi halde elde edilen deliller kullanılamaz¹¹⁸².

CMK m. 75 beden muayenesi sonucu vücuttan alınacak örneklerin çeşitlerini kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler demek suretiyle saymıştır. Görüldüğü üzere burada sınırlayıcı bir sayım yapılmamış; örnekleme yoluna gidilmiştir¹¹⁸³.

İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesi tedbiri ancak hekim yahut sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından uygulanabilecek bir tedbirdir. Bu tedbirin uygulanmasında uygulayacak kişi dışında iki sınırlama daha söz konusudur. Öncelikle bu tedbire başvurulması için kişinin sağlığının zarar görmeyecek olması gerekir. Son olarak tedbirin uygulanması soruşturma/kovuşturma konusu suç için öngörülen cezanın miktarı ile de sınırlanmıştır. Buna göre üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

Yukarıda ifade edildiği üzere beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri şüpheli/ sanık dışında diğer kişilere de uygulanabilecektir. Konuya ilişkin

¹¹⁸² Ünver/Hakeri, s. 287; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 536; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 522-523; Yenisey/Nuhoğlu, ss. 642-643; Gedik/Topaloğlu, s. 171.

¹¹⁸³ Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması başlıklı TCK m. 75 hükmü şöyledir: “(Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”

düzenleme CMK m. 76'da yer almaktadır¹¹⁸⁴. Bu düzenlemeye göre mağdurun da¹¹⁸⁵ beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine maruz kalması mümkündür. Tedbirin uygulanma koşulları büyük ölçüde şüpheli/sanık için öngörülenler ile benzerdir. İki düzenleme arasındaki en önemli farklılık mağdurun rızasının varlığı halinde hakim yahut savcı kararı aranmaksızın tedbirin uygulanabilecek olmasıdır.

Daha önce defaatle belirtildiği üzere cinsel suçların vücutta iz bıraktığı durumlarda vücuttan örnek alınması zorunludur ve ispatı neredeyse kesin bir biçimde sağlayacaktır. Burada temel sorun tedbire maruz kalacak kişinin iradesi hilafına bu tedbirin uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Burada şüpheli/ sanık ve mağdur açısından ikili bir ayırım yapmak gerekir.

¹¹⁸⁴ Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması başlıklı TCK m. 76 hükmü şöyledir: *“(Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”*

¹¹⁸⁵ Cinsel istismara uğramış olan çocukların ortak duygu durum özelliklerinin bulunduğu belirtilmektedir. Sağlık kuruluşuna gelmek ve hekim muayenesi bile başlı başına çocuk için ürkütücü olabilmektedir. Yalnız kalmak istemezler ve aile bireyleri için kaygılanırlar. Ailenin dağılmasından korkarlar. Yoksulluk, şiddet, korunma altında olmak gibi birden fazla örseleyici yaşantıları da olabilir. İstismara uğrayan çocukların muayene ve adli tıbbi değerlendirmesini yapacak hekimlerin de bu konuda özel eğitim almış olan uzman hekimler olmalarının gerektiği vurgulanmaktadır. İstismara uğramış olan bir çocuğun muayenesinde aydınlatılmış onam, öykü alma, fizik muayene, tanı yöntemleri ve ilgili diğer bölümlerden görüş isteme basamakları bulunmaktadır. Çocuk istismarının fiziksel bulguları daha dikkat çekici olsa da ruhsal bulgular genellikle gözden kaçmaktadırlar. Ancak bu görüşe göre ruhsal zararların sonuçları uzun dönemde çok daha ağır olmaktadır. Çocuk istismarı çok hassas bir konudur ve çocuk istismarı olguları adli tıbbın özellikli olguları arasındadır. İstismara uğrayan bir çocuğun tanısı konmadığı takdirde o çocuk istismara uğramaya devam edecektir ve bu durumun ölümcül neticeleri olabilir. İstismara uğramayan bir çocuğa yanlışlıkla istismar tanısı konulursa ve aile suçlanırsa bu da hem gerçek hastalığın atlanmasına hem de ailenin hekime olan güveninin sarsılmasına sebep olacaktır. Özellikle küçük yaşta çocuklar istismarı ifade edememekteyken, bu sebeple hekimlerin istismarın belirti ve bulgularını, hangi hallerde istismardan kuşkulananacaklarını ve tanı koymak için neler yapacaklarını bilmeleri gerekmektedir. Herhangi bir hekim ya da birinci basamak sağlık kuruluşları bu değerlendirme için uygun ve yeterli olamayacaktır. İstismara uğrayan bir çocuğun muayene ve adli tıbbi değerlendirmesinin nasıl yapılması gerektiğini bilen uygulamacılar sayesinde çocukların hak kaybına uğramalarına engel olunabilmesi mümkün olacaktır (Ergönen, ss. 353-354, 360).

Şüpheli/sanığa ilişkin olarak CMK’da yer alan düzenlemede esasen şüpheli/ sanığın iradesi yahut rızasından söz edilmemektedir. Dolayısıyla hakim yahut savcı kararının söz konusu olduğu durumlarda artık şüpheli/sanığın iradesinin önemi olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Şüpheli/sanık dışındaki kişilerin vücudundan örnek alınmasını düzenleyen hükme göre ise mağdurun rızası karar/ izin gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. Ancak hükmün başında hakim/ savcı kararı arandığına göre mağdurun rızasının olmadığı hallerde de hakim/ savcı kararı ile tedbir uygulanacaktır¹¹⁸⁶.

Uygulamada ise hekimlerin rızası olmayan kişilerden örnek almaktan imtina ettikleri ve özellikle vücudundan örnek alınmasına rıza göstermeyen mağdurun vücuduna yönelik bu tarz bir müdahaleyi tıp etiğine aykırı buldukları görülmektedir. Hekimler hakkında bu durumda genellikle görevi kötüye kullanma suçundan kamu davası açma yoluna gidilmektedir. Ancak rastlanan bazı somut olaylarda hekimler Biyotıp Sözleşmesi’ndeki muvafakate ilişkin hükümlere dayanarak savunma yapmışlar ve beraat etmişlerdir. Biyotıp Sözleşmesi her türlü tıbbi girişim için muhatabın rızasını aramaktadır. Anayasa m. 90 gereği insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler iç hukuk normları ile çatıştıklarında uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla rızası olmayan kişinin vücudundan örnek alınması da mümkün olmamalıdır.

Bu gerekçe kendi içinde tutarlı olmakla birlikte doktrinde Hakeri, CMK’da yer alan hükmün hakim/ savcı kararının artık irade yerine ikame olduğunu dolayısıyla hekimin artık iradeye bakmadan müdahaleyi yapması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁸⁷. Keza Yönetmelik m. 18’e göre:

“İlgilinin rızası

Madde 18 - Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için

¹¹⁸⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 649; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 526-527; Gedik/Topaloğlu, ss. 172-173.

¹¹⁸⁷ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku El Kitabı**, Mart 2013, ss. 181-182.

ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler¹¹⁸⁸ alınır...”

Bu hüküm her ne kadar sözünü ettiğimiz sorunu çözüyor gibi görünse de bünyesinde başka bir belirsizlik taşımaktadır. Hükümde sözü edilen “*gerekli önlemler*” ne ifade etmektedir? Hükümdeki önlem neredeyse kasten yaralama suçuna vücut verecek bir zorlamayı içerebilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Öte yandan işlenen suçun aydınlatılması için örneğin alınmasına da mutlaka ihtiyaç vardır. Kanımızca burada vücudundan örnek alınacak kişiyi bir hasta gibi görmemek gerekir. Hekimin de görevi tedaviye değil bir suçun aydınlatılmasına yöneliktir. Kaldı ki özellikle ensest vakalarında mağdur aile bireylerini korumak için örnek vermeyi reddetmekte ancak bu halde de yıllarca saldırıya maruz kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla burada tıp mesleğinin etik kurallarının dışında bir durum olduğu kanaatindeyiz.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerine rıza göstermemenin sonuçları dışında ele alınması gereken bir diğer sorun da tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin¹¹⁸⁹ muayene ve örnek almaya karşı koyup koyamayacağıdır. Alınan örneklerin moleküler ve genetik incelenmesi sonuçlarının neredeyse kesin olması karşısında bu soru daha da önem kazanmaktadır. Zira örneğin verilmesi deyim yerindeyse tek başına suçlayıcı nitelik taşıyabilir ve aksinin ispatı mümkün değildir.

İfade ettiğimiz hususu kanun koyucu da dikkate almış ve konuyu CMK’da düzenlemiştir. CMK m. 76/4’e göre:

“(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.”

¹¹⁸⁸ Burada ilgili yönetmeliğin gerekli önlemlerin neler olduğunu açıklamadığını görmekteyiz. Hakeri, bu önlemlerin zor içeren önlemler olacağına tereddüt olmadığını ve söz konusu önlemler aldırıldıktan sonra hekimin gerekli muayeneyi yapacağını belirtmektedir (Hakeri, El Kitabı, s. 182).

¹¹⁸⁹ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 541.

b. Moleküler ve Genetik İncelemeler

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri daha doğru bir deyişle vücuttan örnek alma neticesi elde edilenler tek başına bir anlam taşımaz. Tedbirin başarısının bir önceki tedbire yani beden muayenesi, örnek alınması tedbirlerinin başarısına bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Gerçekten şüpheli ya da sanıktan ve yine mağdur üzerinden veri elde edilebilmelidir ki, söz konusu veri olay yerinden elde edilen verilerle karşılaştırılabilir. Burada ön koşulun DNA bankasının varlığı olduğu yadsınmamalıdır. Böyle bir banka kurulmadığı sürece zorluklar yaşanacağı ifade edilmektedir¹¹⁹⁰. Alınan örneklerin ise muhakeme açısından neyi ispat ettiği yahut etmediği ancak moleküler ve genetik inceleme neticesi ortaya çıkacaktır.

Moleküler ve genetik incelemeler¹¹⁹¹ CMK m. 78 vd.'da düzenlenmiştir¹¹⁹².

Madde 78 – *“(1) 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.*

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.”

Hakimin kararı ve inceleme yapılması

Madde 79 – *“(1) 78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.*

(2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu

¹¹⁹⁰Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 544; ayrıca bkz. Yenisey/Nuhoğlu, ss. 665-672; Veli Özer Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, **CHD**, Yıl: 2, S. 1, Nisan 2007, ss. 47 vd..

¹¹⁹¹Yönetmeliğin 3. Maddesinde moleküler genetik inceleme; “*Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması*” olarak tanımlanmıştır.

¹¹⁹²Hükmün uygulama koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/Hakeri, ss. 296-297; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, ss. 547-551; Yenisey/Nuhoğlu, ss. 653-659; Gedik/Topaloğlu, ss. 173-174.

makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelencek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.”

Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği

Madde 80 – “(Değişik: 25/5/2005 – 5353/4 md.)

(1) 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.

(2) Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde¹¹⁹³ Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir¹¹⁹⁴ ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.”

2. Mağdur, Sanık ve Tanığa Ait Beyan Delilleri

Cinsel suçların ispatında¹¹⁹⁵ çok zaman mağdur ve şüpheli/ sanık ifadeleri dışında delil bulunmaz. Beyanların yukarıda ifade edilen moleküler ve genetik

¹¹⁹³ Görüldüğü gibi maddede sayılan hallerde mahkumiyet kararı verilmesi durumunda söz konusu bilgilerin yok edilmesi zorunluluğu yoktur. Eğer böyle bir düşünce varsa bunun açıkça kanunda düzenlenmesi gerekirdi. Nitekim yerindeliği tartışılmakla birlikte Yönetmelik hükümlerine göre fizik kimliğin tespiti çerçevesinde elde edilen bilgiler mahkumiyet kararının varlığı halinde arşivlenir. Benzer hususa CMK’da genetik incelemeler için de yer verilmesi gerektiği hususunu belirtmek isteriz (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 550).

¹¹⁹⁴ İlgili Yönetmeliğin “Moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliği” başlıklı 14. madde hükmü şöyledir: “Bu Yönetmelik hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır. Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir.”

¹¹⁹⁵ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda ispat hususunda büyük zorlukların var olduğunu belirtmek gerekmektedir. İlgili suçlarda en etkili delil, mağdurun doktor tarafından yapılan fiziki muayenesi neticesinde verilen rapor olmakla birlikte, mağdurların içinde

inceleme sonuçları yahut başka delillerle desteklenmesi halinde bir sonuca varmak nispeten kolay olacaktır. Öte yandan sadece karşılıklı beyanlardan yola çıkılarak yapılan bir yargılamada¹¹⁹⁶ hüküm vermek oldukça zordur.

İspat hukukunda, suçu işlenirken gören bir tanığın beyanı “*somut olaya münhasır deliller*” içerisinde bulunmaktadır¹¹⁹⁷. “*Tanıklık*”, bir kişinin beş duyu ile vakıf olduğu bilgiyi, mahkemede anlatmasıdır¹¹⁹⁸. Muhakemede üçüncü kişi durumunda olan bu kişinin beyanı yani “*tanık beyanı*” ise, “*tarafılardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiğı bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık*

bulundukları psikoloji nedeniyle suçtan hemen sonra doktora gidemediklerini ve dolayısıyla böyle bir rapor alınmamakta olduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Olayın üzerinden 7 ila 10 günün geçmesi ile fiilin fiziki izleri yok olmaktadır. Bunun ardından yapılacak fiziki muayene bu tür fiillerin ispatı hemen hemen imkansız hale gelecektir. Oysa, Nuhoğlu’nun da isabetle belirttiğı üzere, mağdur, fiil neticesinde yalnızca fizik açıdan değil, belki de daha fazla oranda ruhsal açıdan etkilenmiştir. Bu sebeple mağdurun fizik muayenesi yanında ruhsal yönden muayenesinin de uzman bir doktorca yapılması ve bu raporun delil olarak kabul edilmesi çok önemli olabilecek niteliktedir. Belki fiilden sonra oluşan hiçbir fiziksel arızaya, bulguya rastlanmayabilir, ancak, ruhsal arızalar pekala bulunabilir. Mağdurda bedensel bir arızanın olmaması, bu görüşe göre, ilişkinin mutlaka rızaya dayalı olduğunu da göstermeyecektir (Ayşe Nuhoğlu, “Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat”, **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı**, 2. Baskı, 2002, s. 62).

¹¹⁹⁶ Kocaoğlu, mağdurun beyanından başka hiçbir delilin ya da belirtinin olmadığı ve sanığın da mağdurun iddialarını reddettiğı cinsel dokunulmazlığa karşı suç yargılamalarında “*şüheden sanık yararlanır ilkesi*” gereğince “*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” hükmü gereğince beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir (CMK m. 223/2/e). Yazar yine, başka delilin olmadığı hallerde de aynı ilke uyarınca ağırlaştırıcı nedenlere dair de sadece mağdurun beyanına dayanılarak cezanın ağırlaştırılamayacağını ifade etmektedir. Çoğu halde sanığın ne lehine ne de aleyhine herhangi bir delil de olmayabilecektir. Ancak tek delilin mağdur ve sanık beyanı olduğu yargılamalarda sorunun çözümünün mağdurun ya da failin beyanını üstün tutmaktan değil, şüphenin yenilememesi sebebiyle sanığın aklanmasından geçtiğı dile getirilmektedir. Yazara göre, mağdurun mu yoksa failin mi birbirleriyle çelişen açıklamalarının hükme esas alınacağı sorunu, vicdani delil ve adalet anlayışı içerisinde çözülemeyecektir. Bu nedenle de şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat kararı verilmesi uygun olacaktır (Kocaoğlu, ss. 510, 512).

“*Sanıkla katılanın olay günü ve öncesinde arkadaşlıklarının olduğunu gösteren cep telefonu arama kayıtları, mesaj kayıtları ve içeriğı, katılanın aşamalarda sürekli farklı beyanlarda bulunması ve beyanlar arasında derin çelişkilerin olması, sanıkla katılanın olaydan 2-3 yıl öncesine dayanan cinsel birlikteliklerinin olmasının, sanığın beyanlarını doğruladığı, sanıkla katılanın olay tarihinde de rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra ise bilinmeyen bir sebeple aralarında yaşanan tartışma sonucu birbirlerini yaralama şeklindeki eylemlerin yaralama suçunu oluşturduğu gözeticilerle, bu suçtan hüküm kurulması gerekir. Sanığın cinsel saldırı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır.*” (Y. 14. CD., 25.02.2014 T., 2012/ 5086, 2014/ 2270) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2016).

¹¹⁹⁷ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s. 89.

¹¹⁹⁸ Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **TBBD**, C. 83, 2009, ss. 76-77.

*dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hakim huzurunda tanıklık ederken*¹¹⁹⁹
yaptığı sözlü beyan” olarak tanımlanmıştır¹²⁰⁰.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar cinsel eylemlerin özünde var olan gizlilikten dolayı genellikle tanıklığa pek de olanaklı suçlar değildir. Ancak diyelim ki herkese açık ortamlarda meydana gelmiş cinsel taciz ya da basit cinsel saldırı gibi olaylarda ya da CMK m. 2/j’de öngörülen suçüstü hallerinde failin henüz işlenmiş fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören ya da başkaları tarafından takip edilerek yakalandığı hallerde tanıklık mümkün olabilecektir¹²⁰¹.

Aslında tanık beyanlarının güvenilirliği tarih boyunca sorunsal bir nitelik göstermiştir. Ancak buna rağmen hiçbir hukuk düzeni tanıklıktan vazgeçememiştir. Tanıklığın kaynağı her türlü zaafıyla insan olunca ve tanığın duyu organları ve hafızası ile yanılmaya müsait olduğu gerçeğini de ekleyince bu sorunsal nitelik ortaya çıkmaktadır. Zira, parasal ilişkiler, akraba ilişkileri, tehdit, sanığa duyulan öfke ve daha pek çok neden dolayısıyla, aklen sağlıklı ya da değil, her türlü tanığın yönlendirilmeye açık olduğu vurgulanmıştır¹²⁰².

¹¹⁹⁹ Tanığa söylenecek şeyler ve sorulacak sorular başlıklı CMK m. 59 hükmü şu şekildedir: “(1) Tanık, dinlenmeden önce hakkında tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından, kendisine bilgi verilir; hazır olan sanık, tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır. Tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir ve tanıklık ederken sözü kesilmez. (2) Tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltilebilir.”

¹²⁰⁰ Tanımdaki beş duyu ile kastedilen, tanığın somut olay hakkındaki bilgisini duyu organlarının en azından biri aracılığıyla edinmiş olmasıdır (Feyzioğlu, Tanıklık, s. 77).

¹²⁰¹ Bu gibi hallerde savunma ya da iddia süjelerinin talepleri üzerine yahut da re’sen tanık beyanlarının en ince ayrıntısına kadar alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Aksi halin savunma hakkının ihlali ve bozma nedeni olacağı belirtilmektedir (Kocaoğlu, s. 527, dn. 98).

“Irza geçmeye teşebbüs ve konut dokunulmazlığını bozma suçlarından olayın soruşturmasını yapan, bşir kısım tutanakları ve özellikle yüzleştirme ve teşhis tutanağını düzenlediği anlaşılan, ve olay hakkında bilgi sahibi olabileceği kanaatine varılan Astsubayın mahkemece dinlenmesine karar verildiği halde, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeksizin dinlenmesinden vazgeçilmesi; ayrıca yüzleştirme ve teşhis tutanağında hazır bulunduğu anlaşılan tanığın duruşmadaki ifadesi sırasında tutanakta belirtilen darp ve cebir izlerini görüp görmediğinin sorulmadığı anlaşıldığından, anılan tanık yeniden dinlenerek bu hususun kendisine açıklattırılması ile dava konusu olayla ilgili olarak uzman çavuş hakkında Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesi ile görevi ihmal suçundan açılan dava dosya celp olunarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdiri ve tayini gerekir.” (Y. 5. CD., 12.04.2006 T., 2004/3987, 2006/3111) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2014).

¹²⁰² Feyzioğlu, Tanıklık, ss. 3-4; Kocaoğlu, s. 528, dn. 106. “Nitelikli cinsel saldırı suçunda, uyumsuzluk; hükmün eksik soruşturmaya dayalı olarak verilir verilmemesinin belirlenmesine ilişkindir. Hamile kalan mağdureden alınan ceninin babasının % 99.99 olasılıkla şikayetçinin oğlu olan katılan tanık olduğuna dair Adli Tıp Raporu bulunmaktadır. ayrıca katılanın apir mental retardasyon (zeka geriliği) hastası olduğunun belirtilmiş olması karşısında, katılan tarafından duruşma sırasında sanığa gösterdiği tepkinin ceza yargılamasında mahkumiyete yeterli delil olarak kabul edilemeyeceği gibi şikayetçinin beyanına göre de yalnızca annesi ile diyalog kurabilen katılanın, ailesinin yönlendirmesi sonucu sanığa karşı bu şekilde tepki vermesinin de mümkün

Türk kanun koyucusunun en zayıf beyan delil türü olan ¹²⁰³, tanık açıklamalarının belirttiğimiz niteliğinin farkında olarak, tanığın doğruyu söylemesini sağlamak üzere yemin mecburiyeti getirdiği ifade edilmiştir (CMK m. 54, m. 55)¹²⁰⁴. Burada doğru söylemediğinden şüphelenen tanıklara maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından “*yalan tanıklık*” (TCK m. 272) hükümlerinin, yetkili süjeler tarafından soruşturma ve kovuşturma sırasında hatırlatılmasının daha etkili olacağı da ayrıca vurgulanmaktadır¹²⁰⁵.

Sanığın ifadesi ve sorgusunun mahkemenin vicdani kanaatini oluşturması bakımından çok önemli olduğu belirtilmiştir. Hatta mahkeme kararını münhasıran sanığın ikrarına dahi dayandırabilmektedir. Burada vurgulanan, olayı en iyi bilen kişinin sanık olduğu hususudur. Ancak haklı da olsa, kimse eziyete maruz kalmak istemeyecektir, sanık da eziyetten elbette kaçacaktır. Bu nedenle hukuk sistemimiz tanıkların yalan söylemesini cezalandırırken (TCK m. 272), sanıklar bakımından kimliğine dair hususlar dışında olayla ilgili yalan beyanlarını cezalandırma yoluna gitmemiştir (KK m. 40)¹²⁰⁶. Ancak elbetteki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda da maddi gerçeğe ulaşmak bakımından sanık açıklamalarının doğru değerlendirilmesi çok önemlidir¹²⁰⁷.

olduğu, dikkate alınarak sanık ve eldeki davada katılan tanık konumundaki kişi hakkında açılan davaların birleştirilmesi gerekir.” (YCGK., 05.04.2011 T., 5-28/ 32) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 12.12.2016).

¹²⁰³ Alman Yargıtay’ına göre ise, bir beyan delili olarak tanık açıklamaları, tanığın psikolojik rahatsızlıklarının mevcut olması; tanık ve sanığın ilişkisi; olay ile ifadenin alınması arasında uzun süre geçmiş olması; tanıkların yaşı; tanıkların yönlendirilmiş olması gibi faktörlerin altında irdelenmelidir (Muhammet Kızıl, “Tanık İfadesi ve İnanırcılık”, **ABD**, S. 2, 2014, ss. 402-406).

¹²⁰⁴ Yenisey/Nuhoğlu, ss. 521-522. Tanıklara yemin verilmesi CMK m. 54: “(1) Tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. Gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklığından sonraya bırakılabilir. (2) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler.” Yeminin biçimi CMK m. 55: “(1) Tanığa verilecek yemin, tanıklıktan önce “Bildigimi dosdogru söyleyecegime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” ve 54 üncü maddeye göre tanıklıktan sonra verilmesi hâlinde “Bildigimi dosdogru söyledigime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” biçiminde olur. (2) Yemin edilirken herkes ayağa kalkar.”

¹²⁰⁵ Kocaoğlu, s. 529.

¹²⁰⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 296-297.

¹²⁰⁷ Kocaoğlu, s. 529, dn. 114. “Mağdurenin savcılığa sanıkların telefon numaralarını vererek şikayette bulunmasına ve belirttiği hatların sanıklar tarafından kullanılmasına, bu numaralardan pek çok defa mağdurenin aranması husularının sabit olmasına nazaran, yargılama sırasında dinlenmesinden vazgeçilen mağdurenin beyanına başvurulup sanıkların savunmalarının doğruluğu tespit edilerek ve sanık önce şikayetçinin arayıp çağrı bıraktığını, bunun üzerine aradığını savunmuş olmakla, telefon şirketinden suç tarihlerinde şikayetçinin yaptığı görüşmeleri gösteren kayıtlar da getirtilerek tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekir.” (Y. 5. CD., 19.06.2006 T., 2004/ 8677, 2006/ 5748) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.10.2014).

Suçtan zarar gören (mağdur) kişiler de, kural olarak, tanıklık yapabilirler ve tanıklara ilişkin hükümler onlar hakkında da uygulanır. Ancak bu kişiler olayın tarafı oldukları için, beyanlarının titizlikle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mağdurun, sanıkla birlikte, fiil şahsı üzerinde gerçekleşmiş olduğu için olayı en iyi bilen kişi olduğu düşünülebilecektir. Ancak, yukarıda diğer tanıklar için de vurguladığımız üzere insan doğası gereği, çoğunlukla şahsını haklı görme eğiliminde olacağından ve öc alma duygusu içine de girebileceği için mağdurların açıklamalarının da¹²⁰⁸ objektif olduğu söylenemeyebilecektir¹²⁰⁹. Bu nedenle de, mağdur beyanının muhakeme süjeleri tarafından dikkatli bir şekilde tahkik edilmesi, çelişkilerin tespit edilip¹²¹⁰, varlığı halinde ifade ya da sorguda mağdur olduğu iddia edilen kişi çözülmeye çalışılması, aksi halde soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilmesi gereği ifade edilmektedir¹²¹¹.

Burada cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından son derece önemli olan “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesine değinmek gerekmektedir. Söz konusu ilke Roma Hukuku’ndan beri uygulanmakta olup, temel

¹²⁰⁸ Ayrıca mağdurun açıklamalarının hükme esas alınabilmesi bakımından “*tanıklık ehliyeti*”ne sahip olmaları normatif olarak aranmasa da, Yargıtay Kocaoğlu’na göre isabetli olarak gerekli hallerde mağdurun beyanlarına itibar edilip edilemeyeceğine dair araştırma yapılmasını elzem görmektedir (Kocaoğlu, s. 531, dn. 122). “*Cinsel saldırı ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında, beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp 6. İhtisas Kurulundan alınan raporda hafif zeka geriliği olduğu belirtilen mağdurenin, dosya içeriğine göre, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği konusunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alındıktan sonra cinsel saldırının basit nitelikte mi, organ sokma niteliğinde mi olduğunun diğer delillerle birlikte tayin ve takdiri gerekir.*” (Y. 14. CD., 30.05.2012 T., 2407/ 6169) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.10.2016).

¹²⁰⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, s. 325.

¹²¹⁰ “*Olayın intikal şekli ve zamanı, sanıkların istikrarlı ve uyumlu savunmaları, mağdurenin aşamalarındaki çelişkili beyanları, mağdure hakkındaki 07.10.2010 tarih ve 2010/10252 sayılı rapor içeriğinde genital muayene sonucu elde edilen bulgunun 2-4 gün aralığında gerçekleştiğinin bildirilmesine karşın mağdurenin soruşturma beyanında sanık ... tarafından rapor tarihinden yaklaşık 9 gün önce nitelikli cinsel istismara maruz kaldığını belirtmesi, tanıkların mağdurenin beyanları ile örtüşmeyen anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre, sanıkların farklı tarihlerde birbirlerinden bağımsız olarak mağdureye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve sanık ...'ın çocuğun basit cinsel istismarı, sanık ...'ın ise çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarını işlediklerine dair cezalandırılmalarına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği anlaşıldığından, atılı suçlardan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...*” (Y. 14. CD., 16.03.2017 T., 293/ 1380) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.07.2017).

¹²¹¹ Kocaoğlu, s. 530, dn. 121. “*Mağdurenin soruşturma ve kovuşturma aşamсындаki tutarlı olmayan çelişkili beyanları, iddianamedeki olayın anlatılış şekli gözetildiğinde, sanığın gündüzleyin mağdurenin evine gidip zorla ırzına geçtiğine dair sübuta götüren yeterli kesin ve kanaat verici delillerin neler olduğu gösterilmeden hüküm kurulması hukuka aykırıdır.*” (Y. 5. CD., 15.06.2011 T., 3451/ 4769) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.10.2015).

bir hukuk ilkesidir. Anayasa'nın 38/4 ve AİHS'nin 6/2 maddesinde düzenlenmiş olan “suçsuzluk karinesi” nin bir uzantısı olduğu ifade edilmektedir. Burada ispat yükünün savcı ve mahkemede olduğu da ifade edilmelidir¹²¹².

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından söz konusu eylemlerin genellikle gözlerden uzak, yalnızca fail ile mağdurun bilgisi dahilinde gerçekleştiğini ve bu nedenle olayın rıza dahilinde olup olmadığının ispatının diğer suçlara göre çok daha güç olduğu gerçeğini vurgulamak gerekmektedir¹²¹³. Söz konusu suçlar bakımından olayda fiziksel deliller bulunmadığında rızanın tespiti konusu, fail ve mağdurun ifadelerine bağlı hale gelebilmektedir. Bu durumda da ortaya birbiriyle çelişen ifadeler çıkabilmekte ve somut olay daha da karmaşık bir hal alabilmektedir¹²¹⁴.

¹²¹² İlgili ilkenin anlamı ve ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gedik/Topaloğlu, ss. 349-355; Fatih Birtok, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Ocak 2016, ss. 586-599; Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, Nisan 2016, ss. 23-30.

¹²¹³ Dietmeier, s. 393. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda rıza ve ispat kavramları birbirleriyle çok bağlantılı olup, burada söz konusu olan; bir “*eylemin varlığının*” yanı sıra, bu eylemin mağdurun rızası olmadan gerçekleştiğinin yani “*rızanın yokluğu*” nun da ispatıdır. Mağdur, önce başına geleni sonra da bunun kendi rızasıyla olmadığını ispat etmek durumundadır. Bu sorun belki tüm suç tipleri için geçerlidir ancak Sancar Yalçın’a göre, cinsel suçlar söz konusu olduğunda, bambaşka bir biçim almaktadır ve ispat zorluğu ayrı bir sorun olarak kendini gösterir. Diğer suç tipleri bakımından birçok suçun bir biçimde tanığı, belgesi vs. olabilirken, cinsel suçlarda, klasik ispat araçlarına başvurabilmek, çoğu kez mümkün olmayacaktır. Bu suçların ispatı diğer suçlara nazaran çok daha zor olmaktadır. Çünkü faille mağdur arasında yaşanan olay belirttiğimiz gibi gözlerden uzak mekanlarda gerçekleşir. Bir de en çok güvenilen kişilerin de işleyebildikleri bu suçlar, korkudan dile getirilmeyebilir. Failin, mağdura yakınlığının derecesi arttıkça, suçu dile getirmek ve inandırıcı olmak yazara göre oldukça zorlaşacaktır (Sancar Yalçın, *Ceza Hukukunda Kadın*, s. 198).

¹²¹⁴ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların ispatı hususunda “*delil elde etme imkanının azlığı nedeniyle*” ispat gücünün bulunduğu bulundunun yadsınamayacağı konusunda bkz. Birtok, s. 558. Öğretide, bu tür eylemler bakımından tanık bulmanın genellikle mümkün olmaması nedeniyle ispat külfetinin yer değiştirmesi ve rızanın yokluğunun değil varlığının ispat edilmesi gerektiği de dile getirilmektedir. Bu suçların genellikle gizli işlenmesi nedeniyle, tanıkların görgüye dayalı beyanları olmadıkça suçun ispatının son derece zor olacağı, bu hallerde ispatın sadece mağdurun beyanlarına dayandırılabilmesi belirtilmektedir. Bu nedenlerle Nuhoğlu burada cinsel suçlar bakımından ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiğini ya da suçun işlendiğinin fiili bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünün haklı olarak savunulabileceğini ifade etmektedir (Nuhoğlu, *İspat*, s. 62).

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların rıza dahilinde işlenip işlenmediği tespit edilirken, doktor ve bilirkişi¹²¹⁵ raporlarının¹²¹⁶, tanık beyanlarının¹²¹⁷, kriminal raporların¹²¹⁸, eylemin gerçekleştirildiği yerin¹²¹⁹, fail ile mağdurun arasındaki önceki ilişkilerin, failin ifadelerinin¹²²⁰ tamamının göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir¹²²¹.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesinin uygulanması hususunda hassas olunan kararların mevcut olduğunu (Y. CGK., 11.04.2006 T., 176/ 114; Y. CGK., 07.02.2016 T., 175/ 11; Y. CGK., 23.11.2004 T., 183/ 204) görmekteyiz. Ancak Yargıtay 5. Ceza

¹²¹⁵ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından delillerin çok hızlı kaybolma ihtimaline karşılık bilirkişi tarafından yapılacak incelemelerin gecikmeksizin yapılmasının önemi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Çakmut Yenerer, “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, **CHD**, Yıl: 4, S. 11, Aralık 2009, s. 157.

¹²¹⁶ “...On yedi yaşı içerisindeki mağdurenin özellikle olay sonrası verdiği soruşturma beyanı, sanığın aşamalarındaki çelişkili savunmaları kovuşturması ayrı yürütülen dosyada suça iştirak eden M.F. ’nin savunmalarının sanık savunması ile çelişkiler içermesi doktor raporları ve tüm dosya içeriğine göre...” (Y. 14. CD., 07.12.2015 T., 7610/ 11355) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.12.2016).

¹²¹⁷ “...Sanığın aşamalarda değişmeyen samimi savunmaları, tanık beyanları, olayın ortaya çıkış şekli, zamanı ve tüm dosya kapsamından, sanığın eylemlerini zorla gerçekleştirdiğine dair mağdurenin birbiriyle çelişen anlatımları dışında delil bulunmadığı anlaşılmakla, suç tarihinde on altı yaşında olan mağdureye yönelik cinsel ilişkide bulunma eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu...” (Y. 14. CD., 21.12.2015 T., 2014/ 306, 2015/ 11883) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.12.2016).

¹²¹⁸ “...sanıkların ise soruşturma aşamasında olay günü mağdure ile görüşmediklerini belirterek suçlamaları inkar etmelerine karşılık, kovuşturma aşamasında hazırlanan kriminal raporda mağdurenin külotunda vücut sıvılarının tespit edilmesi üzerine mağdure ile para karşılığı anlaşarak buluştuklarını ve cinsel ilişki olmaksızın sürünme yoluyla seviştiklerini söylediklerinin ancak olaydan sonra düzenlenen raporda mağdurede livata bulgusu tespit edildiğine...” (Y. 14. CD., 26.05.2014 T., 2012/ 8790, 2014/ 6864) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 01.02.2017).

¹²¹⁹ “...Olayı izah edebilmek ve mağdurenin hangi aşamada rızasının var olduğu hangi aşamada rızanın ortadan kalktığı hususunu belirleyebilmek için öncelikle mağdurenin ilk olay yerine hangi sebeple ve ne şekilde gittiği ortaya konulmalıdır. Nüfusu 100.000’i aşan Turgutlu İlçe Merkezinde onlarca kasap var iken mağdurenin et almak için sanık Mehmet’in arabasına binerek mezbahaneye gittikleri iddiası samimiyetten uzaktır...” (YCGK., 07.12.2010 T., 5-202/ 251) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2014).

¹²²⁰ “Sanığın aşamalarda değişmeyen samimi savunmaları, tanık beyanları, olayın ortaya çıkış şekli, zamanı ve tüm dosya kapsamından, sanığın eylemlerini zorla gerçekleştirdiğine dair mağdurenin birbiriyle çelişen anlatımları dışında delil bulunmadığı anlaşılmakla, suç tarihinde onaltı yaşında olan mağdureye yönelik cinsel ilişkide bulunma eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu...” (Y. 14. CD., 21.12.2015 T., 2014/ 306, 2015/ 11883) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 02.04.2017).

¹²²¹ Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, s. 209; Kantarcı, ss. 187-188. Köksal, failin savunmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığının, olayın oluş şekline göre değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmektedir. Burada, suçun varlığına işaret edecek “tıbbi kanıtların” varlığının, mağdurun vücudunda yeterli bulgu olmasının, tanık beyanlarının; bunların ve özellikle tıbbi bulgunun yokluğu durumunda, mağdurun iftira etmesi için bir neden olup olmadığının, mağdurun tüm aşamalarındaki samimi beyanlarının dikkate alınması gereği hakkında bkz. Köksal, Armağan, ss. 703-704; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Tuğrul ss. 663-685.

Dairesi'nin daha sonra Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından da kabul görerek yerleşmiş içtihadına göre kendisine yönelik eylemin meydana geldiğini iddia eden mağdurun iftira atması için bir neden bulunmuyorsa¹²²² ve tüm aşamalardaki beyanlarında samimiyetini şüpheyne düşürecek bir tutarsızlık yoksa söz konusu beyanlara itibar edilmektedir¹²²³ (09.02.2010 T., 2006/ 697, 2010/ 714; 09.02.2010 T., 2008/ 12963, 2010/ 728; 20.10.2009 T., 2008/ 2958, 2009/ 11746; 08.10.2009 T., 2007/ 14445, 2009/ 11265)¹²²⁴. Yargıtay'ın aynı zamanda *“ıffetli bir kadının kendi*

¹²²² Birtek, Yargıtay tarafından, belirtilerden ve genel yaşam tecrübelerinden hareketle oluşturulan kriterlerden; *“mağdurun iftira atması için herhangi bir sebep bulunup bulunmadığı”* ve *“kadın olan mağdurenin kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atmayacağı”* kriterlerinin, Türk toplumunun sosyo-kültürel yapısına genel yaşam tecrübelerine dayanan *“fili karine”* mahiyetinde olduğunu belirtmektedir. Mağdur veya şikayetçinin beyanının doğruluğunun ve güvenilirliğinin, akıl ve mantık kuralları çerçevesinde geliştirilen ilkelerden hareketle test edilmesi ve inandırıcı gerekçeler ortaya konulduktan sonra, mağdur veya şikayetçinin beyanının sanığın beyanına üstün tutulması ve bu beyandan hareketle vicdani kanaate ulaşılmasının ise kural olarak, ispat hukukunun genel prensiplerine aykırı olmadığı ifade edilmektedir (Birtek, ss. 564-565).

İlgili suçlarla alakalı delil değerlendirmesinde gözetilen, bir kadının ıffetini, namusunu nedensiz ortaya atmayacağı görüşünün mutlak bir karine olmadığı ifade edilmektedir. Bu şekildeki düşüncüyü çeşitli nedenlerle kötüye kullanmak isteyenler olabilecektir. O nedenle bu görüş benimsenirken her olayda ayrıntılı olarak, oluşu, tarafların gerekçelerini ve böyle bir iftira eğiliminin olup olmadığını duyarlılıkla değerlendirmek gerekmektedir. Böyle bir peşin yargı ve karine ile olaylara yaklaşmak yerine, her olayın kendi oluşu ve gelişimi içinde ve bu düşüncenin suiistimal edilip edilmediği kuşku ile de yaklaşılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Malkoç'a göre, mahkemeler de bu duyarlılığı göstermelidirler (Malkoç, Cinsel Suçlar, s. 105).

¹²²³ Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 357. Şen'e göre, 5237 sayılı TCK ile artık cinsel özgürlüğün koruma alanı genişlediğinden, ispat hukukuna daha bir özel önem verilmelidir. Yalnızca mağdurun ve/veya bir tanığın beyanından hareketle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan herhangi birisinin varlığı kabul edilmemeli ve de eksik incelemeye dayalı hüküm kurulmamalıdır (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 376). Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasına göre ise; suçun delili bulunmuyorsa ve mağdur kendisine yönelik eylemin gerçekleştirildiğini iddia etmekteyse, iftira atması için de bir sebep bulunmuyorsa, mağdurun tüm aşamalardaki samimiyetinden şüpheyne düşürecek bir tutarsızlık görülmeden anlatımları da var ise, bu beyana itibar edilmesi gerekmektedir (Bu konuda bkz. Tuğrul, ss. 670-671).

¹²²⁴ *“Kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için geçerli sebep bulunmayan mağdurenin tüm aşamalardaki samimi anlatımları, 5 gün mutad ıstıgaline engel olacak şekilde müessir fiile maruz kaldığını gösterir doktor raporu, tevilli sanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, danışmanlık bürosu işleten sanığın iş bulmak için şehir dışından gelen mağdureyi otele yerleştireceği bahanesiyle geç saatlere kadar oyadıktan sonra cebir ve tehdit kullanarak anal ve vajinal yoldan ırzına geçip sabaha kadar bürosunda alıkoyduğu, anlaşılacakla müsnet suçlardan sanığın cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi...”* (Y. 5. CD., 09.02.2010 T., 2006/ 697, 2010/ 714). *“İftira etmesi için bir neden bulunmayan şikayetçinin tüm aşamalardaki samimiyetinden şüpheyne düşürecek bir tutarsızlık görülmeden anlatımları ve bunu doğrulayan tanık beyanlarına göre; sanığın eylemlerini sırasıyla hale getirerek sarkıntılık suçunu işlediği sabit olduğu gözetilip, lehe yasa gereğince mahkumiyeti yerine sanığın hayatın olağan akışına ters düşen ve çelişkiler taşıyan savunmalarına itibar edilerek oluşu ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...”* (Y. 5. CD., 09.02.2010 T., 2008/ 12963, 2010/ 728). *“Kendi şeref ve namusunu doğrudan ilgilendiren bir konuda mağdurenin sanıklara iftirada bulunması için geçerli bir nedenin olmaması, mağdurenin aşamalarda değişiklik göstermeyen samimi iddiaları ve bu iddiayı doğrulayan tanık Feridun'un hazırlık beyanı karşısında; sanıklar ile müşteki ve tanığın yüzleştirilerek mağdura su şişesini atan ve “su sarışını...yapmalı” gibi sözler söyleyen sanıkların hangileri olduğunun sorularak sonucuna göre sanıkların hukuki*

*iffetine gölge düşürecek şekilde başkasına iftira etmeyeceği” görüşünden hareketle*¹²²⁵ mağdurun beyanını esas alan kararlar vermekte olduğunu da görmekteyiz (Y. 14. CD., 13.11.2014 T., 2013/ 523, 2014/ 12610; Y. 14. CD., 17.06.2014 T., 2012/ 12005, 2014/ 8184; Y. 14. CD., 13.11.2014 T., 2013/ 2047, 2014/ 12628). Bizimde katıldığımız görüşe göre bu ifade, kadınlar arasında iffetli-iffetsiz ayırımına yol açabilecek, ayrımcı bir ifade tarzıdır¹²²⁶. Bu ayırımın yapılması, genel adap ve ahlaktan ziyade bireyin cinsel özgürlüğünü koruyan günümüz ceza hukuku anlayışıyla bağdaşır nitelikte değildir. Mağdurun kadın ya da erkek, evli ya da bekar yahut iffetli ya da iffetsiz

durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Y. 5. CD., 20.10.2009 T., 2008/ 2958, 2009/ 11746). “Kendi onur ve namuslarını ilgilendiren bir konuda iftira afmaları için geçerli sebep bulunmayan mağdure ve annesinin aşamalarda değişmeyen tutarlı ve samimi anlatımlarına, sanığın tevil yollu beyanlarına ve dolaylı tanık anlatımlarına göre; sanığın dedesinin evinde bulunduğu esnada bu evin alt katında annesi ile birlikte tatil amaçlı kalan ve uzaktan akrabası olan mağdurenin oyun oynamak için yanına gelmesinden faydalanarak boş bir odaya götürüp burada kendi cinsel organını mağdurenin cinsel organına cinsel tatmin amacıyla sürttüğü sabit olduğu halde ırz ve namusa tasaddi suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” (Y. 5. CD., 08.10.2009 T., 2007/ 14445, 2009/ 11265) (Kararlar için bkz. Tuğrul, ss. 671-672). “Sanıkla aralarında herhangi bir husumet ve iftira atmasını gerektirir bir neden bulunmayan katılanın aşamalarındaki samimi ve istikrarlı anlatımları...katılanla aynı işyerinde çalışan sanığın, birer hafta ara ile katılanın çalıştığı yerden geçerken eliyle poposuna dokunmak suretiyle zincirleme şekilde basit cinsel saldırı suçunu işlediği sübut bulmasına göre, 5237 sayılı TCK’nın 102/1 ve 43. maddeleri gereğince mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılğıya düşülerek beraatine hükmedilmesi...” (Y. 14. CD., 14.03.2013 T., 2011/ 9186, 2013/ 2699) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.12.2016).

¹²²⁵ Yargıtay tarafından benimsenen; “mağdurun iftira atması için herhengi bir sebep bulunup bulunmadığı” ve “kadın olan mağdurenin kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atmayacağı” kriterlerinin bütünüyle karine niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. İlgili karinelere dayanılarak, mağdur veya şikayetçinin beyanının üstün tutulmasının ispat hukukunun genel prensiplerine aykırı olduğu da belirtilmektedir. Karinelere hareketle, her türlü şüpheden uzak bir kanaate ulaşabilmenin mümkün olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Birtek, burada, Yargıtay tarafından benimsenen; “mağdur ile sanık arasında husumet bulunup bulunmadığı”, “mağdurun şikayetinin olaydan ne kadar sonra yapıldığı” ve “mağdurenin içinde bulunduğu durumu mazur göstermek için şikayetçi olup olmadığı” kriterlerinin de, mağdur aleyhinde gizli/ örtülü bir ispat yükü getirdiğinden, serbest ve vicdani delil sistemine uygun olmadığını belirtmektedir. Sosyo-kültürel yapıdaki değişiklik nedeniyle, ilgili karinelerin, ülkenin her yerinde aynı geçerliliğe sahip olmadığı ve fail ile mağdurun cinsiyetine göre bile değişebileceği dikkate alındığında, her türlü şüpheden uzak bir şekilde oluşturulması gereken vicdani kanaatin dayandırıldığı güvenilir zeminin ortaya çıktığını ifade etmek gerekmektedir. Birtek, karine olarak kabul edilen bu “olgusal çıkarımların” günümüz itibarıyla “ortak yaşam tecrübesi” olup olmadığının yani “teknik anlamda” karine olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerektiğini vurgulamaktadır (Birtek, ss. 565-567, dn. 371, 374) .

¹²²⁶ Kantarcı, s. 186. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, “...Kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söylemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren tutarlı...iddialarına itibar etmek gerek(mektedir)...” (YCGK. 26.05.2009 T., 2008/ 5-187, 2009/ 128) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 11.10.2014).

olması hukuken farklılık yaratmayı gerektirecek sebepler değildir, olmamalıdır¹²²⁷. İffetli bir kadının iffetine zarar verecek biçimde kimseye iftira atmayacağı ön kabulü, sanıktan, mağdurun kendisine iftira atmasını gerektirecek bir nedeni ispatlaması beklentisi doğurabilecek niteliktedir. Bu da ispat yükünün sanığa yüklenmesi anlamına gelebilecektir¹²²⁸.

Doktrinde bir görüşe göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yalnızca mağdurun rızasının yokluğu üzerine inşa edilmesi durumunda, iftira vakalarının artacağına yönelik endişe, iradeyi etkileyen nedenlerin bu suçların oluşumunda zorunlu sayılması düşüncesini desteklemek için kullanılmaktadır. Bu anlamda rızasızlığın varlığını belirlemek bakımından mağdurun yalnızca “hayır” demesinin yeterli olmadığı¹²²⁹ ve faile mutlak surette direnç gösterilmesinin zorunlu olduğu

¹²²⁷ Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 153-156. Yazar, 765 sayılı TCK döneminde “*Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir*” şeklinde düzenlenmiş bulunan 438. maddesi hakkında Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu 12.01.1989 T., 1988/ 4, 1989/ 3 (RG. 10.01.1990-203989) sayılı kararın gerekçeleri hakkındaki eleştirilerini ifade ederken söz konusu ifadelerle yer vermiştir.

¹²²⁸ Birtek, s. 567; Şen Ersan, “Cinsel suçlarda müşteki beyanını kanıt gücü”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1446786-cinsel-suclarda-musteki-beyanini-kanit-gucu>, Erişim Tarihi: 10.10.2016. Daha öncesinde de defaatle belirttiğimiz üzere onur, namus, iffet gibi kavramlar değişkendir. Bunların subjektif kavramlar olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle böyle bir kabulün her olay bakımından doğru neticeler vermeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir. Örneğin; cinsel dokunulmazlığa karşı işlendiği iddia olunan bir suç sonrasında failin mağduru şikayetinden vazgeçirmeye çalışmasının, suçu işlediği yönünde bir şüpheyi doğurabileceği gibi; failin haksız bir isnat karşısında itibarını koruyabilmek adına yaptığı bir eylem olarak da ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. “*Sanığın, tepki gösterip şikayet edeceğini söyleyerek muayenehaneyi terk eden mağdurun peşinden giderek onu bundan vazgeçirmeye çalışması, hatta para bile teklif etmesinin böyle bir olayın dedikodu olarak duyulması halinde dahi statüsünü etkileyebilecek bir durum olması nedeniyle bundan bir şekilde kurtulma gayreti olarak yorumlanması gerek(mektedir)*” (YCGK., 19.10.2010 T., 5-147/200) (Karar için bkz. Birtek, s. 566, dn. 373). Her ne kadar cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından ispat yükünün yer değiştirmesinin masumiyet karinesine aykırı olmayacağı ifade edilse de (Nuhoglu, İspat, s. 63), böyle bir uygulamanın ceza hukukunun temel ilkelerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve masumiyet karinesine aykırılık teşkil edeceğini düşünmekteyiz.

¹²²⁹ Sancar Yalçın, 102. maddede yer alan “*vücut dokunulmazlığını ihlal*” kavramının “*yaralama*” dan farklı olduğunu ifade etmektedir. O halde cinsel saldırının gerçekleşmesi için “*yaralama*” anlamına gelen bir bedensel cebir uygulanmasının gerekmediği, daha ziyade, mağduru psikolojik olarak korkutan, etki atına alan, direnç göstermeye gerek bırakmayacak ölçüde egemenlik kuran fiilleri de içerecek şekilde geniş olduğunu kabul etmek gerekecektir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suça maruz kalan mağdurdan ciddi bir “*hayır*” dışında bir de “*dayak yemesini*” beklemenin çağdaş gelişmelere aykırı olduğu da yazar tarafından dile getirilmektedir. Kriminal, psikolojik veriler, özellikle ciddi korkunun mağdurlar üzerinde yarattığı dondurucu şok etkisi ile mağdurların isteneni yapma eğilimine girdiğini göstermekte olduğu da vurgulanmaktadır (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 204-205). Buna karşılık, İtalyan Yargıtay’ının “*kotlu kadın*” kararına konu olan olayda, kadın, cinsel saldırıya uğradığını, buna karşılık fail ise karşılıklı rızanın bulunduğunu ileri sürmüşlerdi. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını bozan İtalyan Yargıtayı ise kararında şöyle demiştir: “*Fiili işbirliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonunu çıkarmanın neredeyse olanaksız olduğu, ortak tecrübeyle sabit bir veridir; zira bu işlem, kotu giyen*

savunulmaktadır¹²³⁰. 765 sayılı TCK döneminde dahi, cebrin varlığının kabulü için, hiç kimseden kahramanca direnmesinin beklenemeyeceği fakat aynı zamanda direnmeye muktedir olan mağdurun direnmemiş olması durumunda, davranışa rızası olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekte idi. Bu düşüncenin, geçmişte toplumda egemen olan “hiçbir kadına rızası dışında tecavüz edilemeyeceği yaklaşımı”nın bir yansıması olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹²³¹.

Bilimsel verilerin ise (TCK m. 102/2 bakımından) suçun işlenmesi esnasında mağdurun ilk hedef olarak cinsel saldırıya uğramamayı amaçladığında suçun genellikle tamamlanamadığını; mağdurun yaralanma ya da öldürülme korkusuyla hareket ettiği hallerde ise, suçun tamamlanmasının mümkün olduğunu göstermektedir¹²³². Zira, mağdurun bu korkuyla cinsel saldırıya razı olmak zorunda kaldığı belirtilmektedir. Özellikle kadınlarda oldukça yaygın olan cinsel saldırıya

kişi bakımından bile oldukça zordur.” Buradan çıkan sonuca göre Yargıtay, mağdurenin eyleme rıza göstermiş olması gerektiğini, aksi halde eylemin gerçekleşemeyeceğini ifade etmiştir (06.11.1998 tarihli ilgili karar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Özel Hükümler, s. 358).

¹²³⁰ TCK’nın 102/1 ve 102/2 maddelerinde ise, iradeyi sakatlayan hangi hallerde cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu şekilde bireyin cinsel özgürlüğü üzerinde geniş bir koruma alanı oluşturulmaya çalışılmıştır. Böylelikle suçun mağdurun rızasının yokluğu üzerine kurulduğunu söylemenin mümkün olduğu vurgulanmaktadır (Fahri Gökçen Taner, “Ceza Kanunlarının Gözünde Hayır Ne Zamandır “Hayır” Demek?, Cinsel Suçlar Cephesinde Kadının Eşitlik Mücadelesi Üzerine Bir İnceleme”, **Güncel Hukuk**, Kasım 2014/ 11-131, s. 16).

¹²³¹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 388; Önder, ss. 450, 458-459; Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 104-106. Godenzi kitabında, 1982 yılında Almaya’da yapılan örnekleme dayalı bir araştırma sonucunda ortaya koyulan cinsel şiddetle ilgili beş yaygın önyargıdan bahsetmektedir. Bunlar: -Kadınlar cinsel şiddeti tahrik ediyor -Hiçbir kadına rızası dışında tecavüz edilemez - Kadınlar gizli gizli tecavüze uğramak istiyor -Tecavüz içgüdüsel bir cürümdür -Saldırgan bir yabancıdır şeklinde sıralanmaktadır (Alberto Godenzi, **Cinsel Şiddet Yaşayanların/ Yaşatanların Anlatımlarıyla**, 1992, ss. 27-29).

¹²³² İspat hususunda en önemli sorunlardan biri de belirttiğimiz üzere rıza konusunda yaşanmaktadır. Mağdur direnmemişse, rıza göstermiş sayılacağına dair yanlış bir yargı oluşmuştur. Ya da Sancar Yalçın’a göre, “*cebir yoksa rıza vardır*” biçiminde klişeleşen bir anlayış, yargıya ve doktrine hakim olmuştur. Ancak kişi çok çeşitli sebeplerle direnemeyebilecektir, “*katlanmak zorunda*” kalabilecektir. Katlanmak zorunda kalmak bu görüşe göre “*rızanın varlığı*” şeklinde yorumlanmamalıdır. Kişinin kendisini savunabilmesi, içinde bulunduğu duruma göre değişebilir. Vücut olarak zayıf biri, birkaç dakika saldırıya karşı koysa da uzun sürecek bir mücadeleye genellikle gücü yetmeyebilecektir. Ağır bir şekilde şiddet kullanıldığında, tehdit edildiğinde ya da birden fazla kişinin saldırısına uğradığında mağdur olayı sineye çekerek yaşamını kurtarmaya çalışabilecektir. Böyle bir olayın gelip onu bulması, saldırının şoku, suçluluk duygusu, olayın ortaya çıkacağı sonuçlar, çevrenin göstereceği tepkilerden korku; tüm bu faktörler, kişinin bir saldırıya maruz kaldığında kendini savunma olasılığını zayıflatacaktır. Gerçekten de, mağdurun ve failin direnci algılama biçimi, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği zaman ve yer, cinsel saldırıya maruz kalmamak için bedensel direnç gösterilmesini anlamsız kılabilir (Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 201, 203-204).

uğrama korkusunun, bir ölçüde cinsel saldırı sırasında öldürülme ya da yaralanma olasılığının fazla görülmesinden kaynaklandığı da ileri sürülmektedir¹²³³.

Tüm bu görüşler ışığında bakacak olursak, mağdurun yardım istememiş olması, direnmeyi ispatlayacak şekilde vücudunda yaralar olmaması, cebrin mevcut olmadığını göstermeyecektir¹²³⁴. Direnmeden, mutlaka belirli ve şiddetli bir direnme anlaşıldığı takdirde, mağdurun “*direnmenin yararsız olması*”, “*aşırı korku veya yılma*” sebebiyle direnememesi ya da direnmeyi bırakması durumunda suçun oluşmadığı gibi bir sonuca da varılabilecektir. Bu nedenle mağdurun cinsel ilişkiye

¹²³³ Scully, ss. 200-201, 212; Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 203-204. Bir kadının kendisini başarılı bir şekilde savunabilme şansının, içinde bulunduğu duruma göre değişeceği ifade edilmektedir. Vücut olarak zayıf bir kadının, birkaç dakika bu saldırıya karşı dursa da uzun sürecek bir mücadeleye genellikle gücünün yetemeyeceği belirtilmektedir. Kadın ağır bir şekilde şiddet kullanıldığında, tehdit edildiğinde –özellikle bir silahla- ya da birden fazla kişinin saldırısına uğradığında, olayı sineye çekerek yaşamını kurtarmaya çalışabilecektir. Böyle bir olayın gelip onu bulması, saldırının şoku, suçluluk duygusu, olayın ortaya çıkaracağı sonuçlar, çevrenin göstereceği tepkilerden korku; tüm bu sayılan faktörler, kadının bir saldırı karşısında kendini savunma olasılığını zayıflatacaktır. Buna karşılık, Godenzi’ye göre bu durum hazırlıklı ve amaçlı bir şekilde saldırıya geçen kişinin ise gücünü artıracaktır (Godenzi, ss. 115-116).

¹²³⁴ Rızanın yokluğu konusunda özellikle mağdurun vücudunda fiziksel şiddet izlerinin olup olmaması göz önünde bulundurulabilir. Mağdurun vücudunda fiziksel şiddet izi varsa eylemin rıza olmadan gerçekleştiği yönünde bir genel kabulün olduğu belirtilmektedir. Suçun varlığına delalet edecek tıbbi kanıtlar bulunuyorsa öncelikle tıbbi kanıtlara göre kanaate varmak gerektiği belirtilmektedir. Zira, buna göre, mağdurun vücudunda suçun oluştuğuna delalet eden yeterli bulgu bulunuyorsa suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Suçun oluştuğuna ilişkin yeterli tıbbi kanıtının olmadığı hallerde olay tanıklarının dinlenilmesi suretiyle bir kanaate varılmaya çalışıldığı hususunda bkz. Tuğrul, ss. 666-667. Ayrıca, mağdurun vücudunda fiziksel şiddet izlerinin olması hali eylemin rızasız olarak gerçekleştirildiği hususunda ciddi bir karine olarak kabul edilse de, bu hususun mutlaka diğer delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira bir görüşe göre, mağdur çeşitli gerekçelerle cinsel eylem sırasında fiziksel şiddete de rıza göstermiş olabilecektir (Soyaslan, Özel Hükümler, ss. 238-239). Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere AİHM vermiş olduğu 19.02.1997 tarihli Laskey, Jaggard ve Brown /Birleşik Krallık kararında, kişinin eziyet boyutuna varan ya da ağır bedensel zararlara sebep olabilecek nitelikteki cinsel davranışlara karşı göstereceği rızanın geçerli olmadığına dair bir karar da vermiş bulunmaktadır. İlgili kararın tam metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF LASKEY, JAGGARD AND BROWN v. THE UNITED KINGDOM"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58021"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 10.01.2017.

direnmediği her durumda, otomatik olarak rızasının bulunduğu¹²³⁵ biçiminde bir genellemeye gitmek doğru olmayacaktır¹²³⁶.

İftira hususuna gelecek olursak¹²³⁷, bizim de katıldığımız görüşe göre, burada çözüm ne mağdurun her söylediğini doğru kabul ederek sanığı aksini ispat edemeyeceği bir konuma sokmak, ne de cinsel saldırıya uğradığını söyleyen her mağdura iftiracı muamelesi¹²³⁸ yapmaktan geçer. Rızanın varlığı tespit edilirken yalnızca mağdurun soyut ifadelerine dayanılarak hüküm kurulmamalı¹²³⁹, mağdurun

¹²³⁵ Cinsel suçlarda ispatla ilgili bir diğer sorun da mağdurun rızasının ispatına ilişkindir. Özellikle yukarıda da ele alınan mağdurun rızası konusunda düşülen hatanın ispatı problemlili bir alandır. Bu alanda sıklıkla hakimcin vicdani kanaati rol oynamaktadır. Zira failin kanaatini maddi bir delille ispat etmesi mümkün değildir. Alman Hukuku'nda failin sübjektif kanaatinin objektif somut olaya ne kadar uyduğu, rızanın anına ilişkin değerlendirmesinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir (Hörnle, ZStW, s. 358).

Elde edilen tüm deliller ışığında ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan vicdani kanaate ulaşabilmek bakımından akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphe yenilmelidir. Bu faaliyetin sonucunda eylemin rıza ile ya da rıza olmadan gerçekleştirildiği neticesine ulaşılmalıdır. Feyzioğlu, yetkili makamın, sonuç olarak, isnat konusu fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğine, işlendiyse ne şekilde işlendiğine dair bir vicdani kanaate sahip olacağını ifade etmektedir. Aksi halde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca beraat kararı verilecektir. Bu durumda, mahkumiyet kararı, sanığın suçluluğuna dair ulaşılan bir vicdani kanaatin neticesi olduğu halde, beraat kararı, ya sanığın suçsuzluğuna dair ulaşılan vicdani kanaatin bir sonucu ya da şüpheden sanık yararlanır ilkesinin gereği olacaktır (Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, Aralık 2015, ss. 180, 194).

¹²³⁶ Sancar Yalçın, Ceza Hukukunda Kadın, ss. 201-205; Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, ss. 123-124.

¹²³⁷ İlgili suçların genellikle gizli işlenmesi nedeniyle, tanıkların görgüye dayalı beyanları olmadıkça suçun ispatının son derece zor olacağı, bu hallerde ispatın sadece mağdurun beyanlarına dayandırılabilmesi belirtilmektedir. Bu nedenlerle Nuhoğlu burada cinsel suçlar bakımından ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiğini ya da suçun işlendiğinin fiili bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünün haklı olarak savunulabileceğini ifade etmektedir. Yazar, ispat külfetinin yer değiştirmesi durumunda yalan ihbarların aratacağı iddiasının gerçeği yansıtmayacağını belirtmektedir. Bu düşüncesini, cinsel suç mağduru olmanın, toplumda kadını küçük düşüren, hor görülmesine neden olan bir durum olduğu şeklinde gerekçelendirmektedir. Bu tarz bir yalan ihbarda bulunmak, hem bir suç teşkil edecektir, hem de ihbarcı kadına toplum nazarında ikinci bir zarar verecektir. Cinsel suçlarda yalan ihbar oranının diğer suçlara göre daha yüksek olmadığı, ayrıca bu suçlarda fail ile mağdurun büyük oranda daha önceden tanıştıkları da gözönüne alınırsa, kadının tanımadığı bir erkeği suçlamak için bir nedeninin de olamayacağı ifade edilmektedir. Fail ile mağdur arasında herhangi bir biçimde suç işlenmeden önce tanışmanın varlığı durumunda ise, mağdurun yalan suçlamada bulunup bulunmadığının, fail ile mağdur arasındaki ilişkilerin ve ihtilafların araştırılarak tespit edilebileceği de ayrıca vurgulanmaktadır (Nuhoğlu, İspat, ss. 62-64).

¹²³⁸ Yargılamada yeminsiz olarak dinlenen (CMK m. 236/1) ve esasen taraf teşkil eden mağdurun yalan söyleme, gerçeği çarpıtma veya herhangi bir sübjektif sebeple faile iftira atma olasılıklarının göz ardı edilmemesi hakkında bkz. Kocaoğlu, s. 530.

¹²³⁹ Birtek, mağdurun beyanının diğer delillerle desteklenmesinin zorunlu olmadığını belirtmekle beraber, bir delilin taşınması gereken niteliklere haiz olup olmadığının (tabi veya sun'î bulgularla/ belirtilerle de olsa) şüpheden uzak bir şekilde ortaya konulması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında, mağdurenin beyanını desteklemek üzere sunulan tabi belirti bakımından, bu belirtinin de sağlamlığının ve güvenilirliğinin ortaya konulmasına dair şu gerekçeyi ortaya koymuş bulunmaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, "mağdura ait olan ve üzerinde sanığın DNA ile kıl örneği bulunan külotun" olay gerçekleşikten bir ay sonra ibraz

ve failin ifadeleri birlikte değerlendirilerek mutlaka diğer delillerle de desteklenmelidir¹²⁴⁰. Ceza muhakemesine hakim olan ilkelerden “sözlülük” ve “çelişme” ilkeleri, hem maddi gerçeğin ortaya çıkmasını hem de sanık için yeterli güvenceyi sağlayacaktır. İlgili tüm hususlar sübut konusunda karar verecek olan, maddi gerçeği araştırmakla yükümlü mahkeme tarafından titizlikle ve belirtilen ilkeler ışığında araştırılmalıdır¹²⁴¹.

edilmesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. (Y. 5. CD., 18.04.2011 T., 2010/ 3953, 2011/ 3220) (Bkz. Birtek, ss. 560-561, dn. 355).

¹²⁴⁰ Şen Ersan, “Cinsel suçlarda müşteki beyanını kanıt gücü”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1446786-cinsel-suclarda-musteki-beyanini-kanit-gucu>, Erişim Tarihi: 10.10.2016. Uygulamada karşımıza çıkan en zor konulardan biri, gerçekten somut olayda rızanın olup olmadığının belirlenmesi olmaktadır. Burada, her olaya özgü ayrı bir değerlendirmeyi gerektiren araştırmanın, ancak somut olaydaki delillerin ve fail ile mağdurun kişisel özelliklerinin göz önünde bulundurulması ile, muhakemenin “doğrudan doğruyalığı” ilkesi ile gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir. Bu sebeple taraflarla ve delillerle bire bir temas eden hakimın vicdani kanaati ilgili suçlar bakımından ayrı bir önem ve değer ifade etmektedir. Elbette vicdani kanaat keyfi değildir; yapılacak değerlendirmenin objektif ve kontrol edilebilir nitelikte olması geerktiği de ayrıca vurgulanmaktadır. Bu da, elbette ancak denetlenebilir bir gerekçe ile mümkün olacaktır. Yazar tarafından, kanun yolu incelemelerinde hükmün denetlenebilirliği açısından, muhakeme sürecinin ayrıntılı olarak tutanaklara aktarılması, hatta sanığın fiziksel özelliklerinin ve savunmasının tanık ve bilirkişi beyanlarının sesli ve görüntülü kayıtlarıyla birlikte dava dosyasına eklenmesinin gerekliliği de ayrıca ifade edilmektedir. Uygulamada, muhakeme sürecinde elde edilen delillerin gerektiği gibi muhafaza edilmemesinin, ilk derece mahkemelerinde gerçeğin ortaya çıkarılamamasına neden olduğu da vurgulanmaktadır. Burada özellikle mahkumiyet kararlarının gerekçesinin yetersiz olmasının, vicdani kanaatin oluşma sürecinin kanun yolu incelemeleğinde değerlendirilememesine sebep olmakta olduğu da ayrıca belirtilmektedir. Yazar, bu nedenlerle bazı cinsel saldırı olaylarında, sanığın mahkumiyetini gerektiren başkaca delil olmasa da, yalnızca mağdurun suçlayıcı beyanı doğrultusunda masumiyet karinesine aykırı olarak Yargıtay’ın mahkumiyet kararlarını onadığını belirtmektedir (Veli Kafes, “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu”, **II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku**, Editör: Yener Ünver, Ankara 2014, ss. 67-68).

¹²⁴¹ Burada, isnadın türüne göre ceza muhakemesinin genel ilkelerinden ve ispat kurallarından sapılmaması da sistemin bütünlüğünün bozulmaması ve sağlıklı işlemesi bakımından önemlidir (Taner, Eşitlik Mücadelesi, s. 17). Mağdur veya şikayetçinin beyanının sağlamlığının maddi delillerle (maddi bulgular, tabi ve sun’i belirtilerle) ya da “*fiili karinelere dayanmayan objektif nitelikteki kriterlerle*” her türlü şüpheden uzak bi şekilde ortaya konulamadığı ve mağdur veya şikayetçi ile sanığın beyanlarının çelişkili kaldığı hallerde, sübutun gerçekleşmiş sayılamayacağı ifade edilmektedir. Bu durumlarda, maddi gerçek hususundaki şüphe yenilemediğinden, şüpheden sanık yaranlarını ilkesi uyarınca, beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Birtek’e göre, mevcut uygulama şekliyle, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından adli hataların ve ciddi mağduriyetlerin ortaya çıkması olasıdır. Bu nedenle de, Yargıtay’ın, ilgili suçların ispatı bakımından karineye ispat kuvveti kazandıran; “*mağdurun iftira atması için herhangi bir sebep bulunup bulunmadığı*” ve “*kadın olan mağdurenin kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atmayacağı*” kriterlerinin uygulanmasından vazgeçilmesinin, ispat hukukuna dair temel ilkeler açısından daha uygun olacağı vurgulanmaktadır (Birtek, s. 568).

3. Bilirkişi Raporu

Hem mağdur hem de sanık hakları bakımından taşıdığı önem sebebiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suç iddialarında mağdur ve sanığın muayenesi, adli tıbbın en zor görevleri arasındadır. Hakimin hüküm verirken uzman olan bilirkişi raporunu kendi kararına dayanak yapacak olması raporu hazırlayan hekimin sorumluluğunu daha da artırmaktadır. Bu nedenle muayenenin yapılması ve raporun düzenlenmesi sırasında hekimin yaklaşımı en az muayene edilecek bulgular kadar önemlidir¹²⁴². Bilirkişi,¹²⁴³ çözümü uzmanlık özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlardaki oy ve görüşlerini almak üzere, kural olarak hakim, mahkeme ya da savcı tarafından re'sen ya da Kanun'da gösterilmiş şahısların istemi ile atanan tarafsız kimseler olarak tanımlanmaktadır¹²⁴⁴.

Bilirkişi raporunun içeriği yanlış, taraflı ya da eksik bulunabilir. Farklı bilirkişi raporları arasında çelişkiler de olabilir¹²⁴⁵. Bu nedenlerle bilirkişi tarafından verilen rapor ve açıklamalar hakimi ya da mahkemeyi bağlamayıp, hakimin hukuki uyuşmazlığın çözümünde dikkate alacağı birer araç niteliğindedirler. Elbette hakim, bilirkişi raporunda belirtilen hususları yerinde görmüyorsa ve raporda belirtilen

¹²⁴² Çakmut Yenerer, Bilirkişilik, s. 157.

¹²⁴³ Bilirkişinin atanması başlıklı CMK madde 63'e göre; "(1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez."

¹²⁴⁴ Çakmut Yenerer, Bilirkişilik, s. 133. Bu noktada bilirkişinin tarafsızlığının en az uzmanlığı kadar önemli olduğu hususu vurgulanmaktadır. Bu tarafsızlığı denetleyebilmek için mümkün olan tüm bilirkişi işlemlerinde örneğin yukarıda vurguladığımız ÇİM'de aynalı cam arkasında yapılan muayenelerde sadece savcı değil, silahların eşitliği bakımından müdafinde muhakkak bulundurulması gereği hakkında bkz. Kocaoğlu, s. 520.

¹²⁴⁵ "...Sanıkların fiziksel olarak cinsel olgunluğa sahip olup olmadıkları hususuna ilişkin, Uludağ Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Üroloji Ana Bilim Dalınca düzenlenen rapor ile Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen rapor ararsında içerik itibariyle çelişkiler bulunduğu, Bursa Çocuk Hastanesince düzenlenen raporlara göre mağdurda mental retardasyon tespit edildiği sabit olup, sanıkların fiziksel olarak cinsel olgunluğa sahip olup olmadıkları hususunda alınan raporlar arasındaki çelişki Adli Tıp Kurumu Kanununun 15/f maddesi uyarınca Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak raporla giderilmeden ve dosyada bulunan raporlara göre mental retardasyon tespit edilen mağdurun beyanlarına itibar edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda da Adli Tıp İlgili ihtisas kurulundan rapor alırdırılmadan hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme kararının, sanıkların fiziksel olarak cinsel olgunluğa sahip olup olmadıkları hususunda alınan raporlar arasındaki çelişki Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak raporla giderilmeden ve dosyada bulunan raporlara göre mental retardasyon tespit edilen mağdurun beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği hususunda Adli Tıp ilgili ihtisas kurulundan rapor alırdırılmadan hüküm kurulması isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir." (YCGK., 27.05.2014 T., 2012/ 5-1507, 2014/ 285) (www.kazanci,.com., Erişim Tarihi: 11.04.2017).

hususların aksine bir karar verecekse, bu kararın gerekçelerini açıklamak durumundadır¹²⁴⁶. Bilirkişi raporunun bu bağlamda bir delil değil, “*delil değerlendirme aracı*” olduğunu ifade etmek gerekir¹²⁴⁷.

Ceza muhakemesinde “*delil serbestisi ilkesi*” bulunmaktadır. Zira ceza muhakemesinde, medeni muhakemenin aksine ispat külfeti bulunmadığından, hakim kendiliğinden delil araştırma mecburiyeti de bulunmaktadır. Bu nedenle hukuka uygun olmak koşuluyla, ceza muhakemesinde her şey delil olabilir ve her şey her şeyle ispat edilebilir. Delillerin değerlendirilmesinde ise hakim tam bir serbestliğe sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller¹²⁴⁸ hükme esas alınamayacaktır¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Aydın, Beden ve Ruh Sağlığı, s. 79.

¹²⁴⁷ Yenisey/Nuhoğlu, ss. 221-222; Kocaoğlu, s. 521. Delilin ancak bilirkişinin incelediği şey olabileceği belirtilmekle birlikte, bilirkişi raporunun bazen delil işlevine sahip olduğu da belirtilmektedir. Örneğin, olay yerinde ya da ceset üzerinde yapılan incelemede elde edilen iz, eser gibi. Bu anlamda sanıktan alınan örnek ile olay yerinden elde edilen iz üzerinde yapılan incelemede DNA’ların uyduğu şeklindeki rapor artık delil niteliğindedir. Ancak bilirkişinin yaptığı incelemede örneğin ölümün kesikten değil de, havasızlıktan olduğu şeklindeki beyanı ise delil değerlendirme aracı niteliğinde olacaktır (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 730).

¹²⁴⁸ “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, sanıklar Talip G., Nihat Ş., İbrahim Ş. Ve Bünyamin S.’nin suçu işledikleri hususunda şüpheli oluşturan verilerin, esas itibarıyla müşteki-katılan Mesut E. tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen ses kayıtlarına ilişkin olduğu ve soruşturmanın bu sanıkları da kapsar şekilde yürütülmesinin ses kaydında isimlerinin geçmesinden kaynaklandığı, bu kapsamda adı geçen sanıklar hakkında mağdurenin soru cevap şeklinde alınan beyanlarında sanıkların isimlerinin geçmesinin de temel olarak hukuka aykırı yolla elde edilen bu ses kayıtları ile ilişkili bulunduğu ve mahkemece de söz konusu delilin hükme dayanak alınmadığı, bu sanıklar hakkında hukuka aykırı yolla elde edildiği tespit edilen ses kaydı dışında savunmalarının aksini ispatlayacak mahiyet ve derecede mahkumiyetlerine yeterli başkaca kesin, inandırıcı ve kuvvetli delil bulunmadığı ve ATK 6. İhtisas Kurulu’nun 20.07.2007 tarihli raporunda da “Mağdurenin beyanlarına ancak diğer delillerle desteklendiği takdirde ve ana hatları ile itibar edilebileceğinin” belirtildiğinin anlaşılması karşısında, tebliğnamede sanıklar Talip, Nihat, İbrahim ve Bünyamin hakkında da mahkumiyet hükümleri kurulması gerektiği yönündeki görüşe iştirak edilmemiştir.” (Y. 5. CD., 15.03.2011 T., 6752/ 1995) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 05.04.2015).

¹²⁴⁹ Ceza muhakemesinde delillerin ortaya konulması ve tartışılması hususunda bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, ss. 742 vd.; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku –II-**, Ocak 2015, ss. 21 vd.; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, ss. 223 vd.; Ünver/Hakeri, ss. 580 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, ss. 755-758; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıtt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erden, ss. 384 vd..

CMK m. 67/6’da uzman mütalaasından bahsedilmektedir: “(6) Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.”

Çağırılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi başlıklı CMK m. 178: “(1) Mahkeme başkanı veya hâkim, tanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.”

Doğrudan soru yöneltme başlıklı CMK m. 201: “(1) Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde

Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçların aydınlatılması amacıyla “*sanık veya mağdur konumundaki kişilerin vücutlarının muayene edilmesi, bedenlerinde zor kullanma belirtisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi, sanıktan mağdura veya mağdurdan sanığa geçmiş bulunan kan, sperm, kıl, tırnak aralarına giren deri dokusu vb.*” verilerin elde edilmesi ve incelenmesi Adli Tıp Kurumunun görevlerindendir. Adli Tıp Tabiplik hizmetlerinin yürütülmesinde uyulacak esasları düzenleyen 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Genelge’de de adli tabiplik hizmetlerinin esas olarak “*travmaya bağlı adli vakaların muayenesi ve otopsi hizmetleri*” olduğu gibi ek olarak “*kimlik tespiti, cinsel saldırı olgularının değerlendirilmesi, yaş tayini, maluliyet değerlendirmesi, ceza ehliyeti ve hukuki ehliyet tespiti ile kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (farik ve mümeyyizlik) ve/veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğinin değerlendirilmesi gibi hizmetleri de kapsadığı*” belirlenmiştir¹²⁵⁰.

Cinsel şiddet mağdurlarının uygun muayene koşullarında ve uzmanlarca değerlendirilemeyişi hem olayın aydınlatılmasına hem de mağdurun birden fazla muayenesi nedeniyle örselenmesine yol açmaktadır. Sağlık personelinin cinsel şiddet mağdurlarına yaklaşım ve yönetim konusundaki bilgi ve becerilerini geliştirmek ve adli ve tıbbi hizmetlerde standardizasyonu sağlamak için Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2003 yılında hazırlanan cinsel şiddet kurbanlarının medikolegal bakımı için rehber (*Guidelines for medicolegal care for victims of sexual violence*) de adli tıbbi değerlendirme basamakları şu şekilde sıralanmaktadır: -Kendini tanıtmak ve hastayı karşılamak, -Hastanın kimliğini kontrol etmek, -Aydınlatılmış onam almak, -Öykü almak¹²⁵¹, -Sistemik muayene, -Genital muayene, -Örneklerin alınması, -Tanı için

ilgililer yeniden soru sorabilir. (2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.”

Görüldüğü gibi bilirkişi incelemesini uzman mütalaasından ayıran husus kimin tarafından başvurulduğudur (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, ss. 730-731).

¹²⁵⁰ 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası’nın “*Diğer adli ekspertiz kurumları*” başlıklı 31. Maddesi; “*Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.*” şeklindedir. Burada belirtilen kurumların, üniversitelerin tıp fakültelerinin Adli Tıp Kürsüleri ve Adli Tıp Enstitüleri olduğu ifade edilmelidir (Çakmut, Bilirkişilik, ss. 145-146).

¹²⁵¹ Öykü alınırken önce olayın ne, nerede ve ne zaman olduğu ile ilgili sorular sorulduktan sonra istismar mağduru çocuğun dinlenmesi gerekmektedir. Cinsel istismar olduğu iddia edilen olayla ilgili görüşme yapılırken ise, çocuğun olayı aktarırken kendi sözcüklerini kullanmasına izin verilmeli ve çocuktan elde edilen bilgiler çocuğun kendi ifadesi ile kayıt altına alınmalıdır. Öte yandan; bazı olgularda, çocuktan olay hakkında ayrıntılı bilgi almak için, çocuğa “*paylaşmak*

gerekli incelemelerin istenmesi, -Konsültasyon istenmesi, -Bulguların kayıt edilmesi, -Tedavi ve rehabilitasyona yönlendirme, -Medikolegal (adli tıbbi) görüş oluşturma.

Suç sayılan cinsel içerikli eyleme maruz kalan bir kişinin muayenesinin kişi için ikinci bir travma olacağı unutulmamalı ve buna engel olmak için bireylerin muayene ve adli tıbbi değerlendirmelerinin ilgili tüm uzmanların bulunduğu hastanelerde yapılması sağlanmalıdır. Özellikle cinsel şiddetten hemen sonra kısa süre içerisinde (5-7 güne dek) başvuran olgularda tıbbi kanıtların korunarak toplanmasının sağlanmasının, gebeliğin ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesi ve yaşanan psikolojik travmanın tedavisi sürecinin birlikte yürütülmesi için gerekli olduğu da vurgulanmaktadır. Cinsel saldırı olguları değerlendirilirken saldırganın veya şüphelinin de değerlendirilmesinin çok önemli olduğu belirtilmektedir. Tıbbi kanıtların yok olmaması için kişinin olay sonrası banyo yapmadan ve giysilerini değiştirmeden muayenesinin yapılması önemlidir. Bu görüşe göre, son yapılan değişikliklerle “*ruh sağlığı bozulmasının*” cezayı ağırlaştırıcı etken olmaktan çıkarılması nedeniyle hastaların adli tıbbi değerlendirmeleri istenirken bu konu sorulmamaktadır. Bu durum, hastaların ruh sağlığı muayenesinin¹²⁵² yapılmasına, gerekirse ruh sağlığı / çocuk ruh sağlığı uzmanlarından görüş istenmesine engel

istediği bir sırı” ya da “herhangi bir olaydan, kişiden/ kişilerden korkusu” olup olmadığı şeklinde “-Acaba herhangi biri seni korkutacak şekilde sana dokundu mu? -Bu konuda bana bir şeyler söylemek ister misin? -Biz burada bazı çocuklar görüyoruz, birileri onları rahatsız edecek şekilde vücutlarına dokunmuş. Bu şekilde herhangi bir olay senin başından geçti mi?” gibi sorular yöneltebileceği de ifade edilmektedir. Ayrıca; istismar olayına ilişkin sorulan bazı sorularla alakalı çocuktan bir şeyler çizmesi (“bir adam çiz” ya da “kendini çiz” vb.) istenebileceği gibi, çocuğun istismara maruz kalıp kalmadığı ve eğer maruz kaldıysa mağdur edildiği istismarın boyutlarını anlayabilmek için anatomik çizimlerin olduğu kartlardan da yararlanılabileceği belirtilmektedir (Ovayolu/Uçan/Serindağ, s. 14).

¹²⁵²Çocukların cinsel istismarı suçunun tespitinde anatomik kuklalar/bebekler sıklıkla kullanılmaktadır. Farklı cinslerde iki yetişkin - iki çocuk kukla/bebek istismara uğramış çocuğa verilmekte ve onun oyunu izlenerek uzmanlar tarafından bir sonuca varılmaktadır. Bu yöntemin teşhise elverişliliği ve elde edilen bulguların delil değeri Alman ve Amerikan hukukunda tartışmalıdır. Özellikle çocuğa oyun içinde sorular sorulması halinde çocuğun yönlendirilebileceği ve yanlış sonuçlara ulaşılabilmesi ifade edilmektedir (Scholz/Endres, s. 11; Dirk Bange, “Anatomisch korrekte Puppen”, Dirk Bange, Wilhelm Körner, (Hrsg.), **Handwörterbuch Sexueller Missbrauch**, 2002, s. 6).

Kanımızca bu tür bir psikolojik incelemenin sonuçları göz ardı edilebilecek nitelikte değildir. Öte yandan tek başlarına mahkumiyet için yeterli olmamalıdır. Fiziksel delilin hiç bulunmadığı durumlarda ise daha farklı değerlendirme yapmak gerekebilecektir. Bu tür değerlendirmelerin mutlaka uzmanınca uygun ortamda yapılması gerekmektedir.

olmamalıdır. Bu hastaların özellikle de çocukların tedavi ve hatta uzun süreli rehabilitasyonlara gereksinimleri olduğu bir gerçektir¹²⁵³.

II. YAPTIRIM HUKUKU AÇISINDAN

A. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar İçin Öngörülen Cezalar

Cinsel saldırı suçunun¹²⁵⁴ basit hali için öngörülen ceza beş yıldan on yıla kadardır (TCK m. 102/1-c.1). Hafif halinde (sarkıntılık) ise iki yıldan beş yıla kadar

¹²⁵³ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ergöner/Özkara, ss. 222-223; 231-232. Çocuk istismarına ilişkin tanı koyabilmek bakımından sağlık profesyonellerinin yapması gereken aşamalar: -Öykü (Adli Görüşme ve Öykü Alma), -Fiziksel Muayene, -Laboratuvar Tetkikleri olarak sıralanmaktadır. Çocuk istismarı tanısının konulmasında, en önemli ipuçlarını veren şeyin çocuktan öykü alınması olduğu ifade edilmektedir. Çocuk ile kurulacak iletişimin kalitesi ve çocukla görüşen kişinin kendisini ifade etme tarzı, istismara uğrayan çocuktan alınacak olan cevapların içeriğini etkileyecektir. Dolayısıyla, istismar vakalarının ortaya çıkarılabilmesi için çocuk ile adli görüşme yapacak olan uzmanların iletişim becerileri ve bu becerileri nasıl kullandığının da önemi büyüktür. Öykü alırken çocuğun algılayabileceği, onu etiketlemeyen uygun bir dil ve teknik kullanılması ve ayrıca soruları idrak edip yanıtlaması için çocuğa süre verilmesi gerektiği hususu da vurgulanmaktadır. Görüşmenin mağdur olduğu iddia edilen çocuk ile kalabalık bir ortamda değil çocuğun kendisini daha rahat ifade edebileceği bir ortamda yalnızken yapılması gereği de belirtilmektedir. Ebeveynlerden ya da çocuğa bakmakla yükümlü olan kişilerden öykünün ayrı ayrı alınmasının da, istismar vakalarının açığa çıkartılması bakımından önem taşımaktadır.

Cinsel istismarı düşündüren kinik belirti ve bulguların, fiziksel istismara oranla tespit edilmesinin oldukça zor olduğu ifade edilmelidir. Ayrıca, çoğu olguda cinsel istismarı kanıtlayacak fiziksel bulgular da bulunmayabilmektedir. Cinsel istismar, psikiyatrik/ psikolojik bakımdan diğer istismar türlerine kıyasla daha ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Çocuğun yaşı, mağdur ile istismarcı arasındaki yaş farkının artması, istismarcının tanıdık ya da aile fertlerinden biri olması, cinsel istismarın uzun süre devam etmesi, çocuğun istismar dolayısıyla oluşacak travmadan etkilenmesini artıran nedenler olarak sıralanmaktadır. Cinsel istismara uğradığı iddia edilen çocuk ve çocuğun ailesi ile yapılacak olan görüşme, adli tıbbi muayene ve değerlendirme, psikolog/ psikolojik danışman, hemşire, sosyal çalışmacı ile birlikte yapılmalıdır. Hem çocuğa hem de ailesine görüşme sırasında yapılacak işlemler hakkında temel bilgiler verildikten sonra aydınlatılmış onam alınmalıdır. Görüşme ortamında, çocuk ve en fazla iki kişi görüşmeci dışında kimse olmamalıdır. Adli tıbbi görüşme odasına alınmamakla birlikte multidisipliner yaklaşım doğrultusunda çocuğun istismara uğrayıp uğramadığını değerlendirecek olan diğer üyelerin ise, görüşme ortamını gören ancak görüşmenin yapıldığı ortamı fiziksel olarak bozmayacak konumda aynanın arkasında değerlendirmede bulunacakları belirtilmektedir. Çocuğun talebi üzerine, ebeveynlerinden biri görüşme ortamına alınsa da, bu kişi görüşme esnasında konuşmamalı ve çocuk ile göz ilişkisi kuramayacak oturma pozisyonunda bulunması gerektiği de ifade edilmektedir (İstismara uğrayan çocukların değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fırat/İltaş/Işık Yılmaz, ss. 58-61).

¹²⁵⁴ Yargıtay, cinsel saldırı suçuna dair cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında, haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağını belirtmektedir. *“Sanıkların işledikleri nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları niteliği dikkate alınarak mümkün olmadığı halde haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaları karşı temyiz olmadıgından bozma nedeni yapılmamıştır.”* (Y. 5. CD., 12.06.2007 T., 4022/ 4722) (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 303, dn. 74). Ünver, haksız tahrik indiriminin bu suçta uygulanmasını engelleyen bir hususun bulunmadığını ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçların haksız tahrik altında işlenemeyeceğinin bilimsel olarak iddia edilemeyeceğini belirtmektedir (Ünver, Cinsel Suçlar, s. 36). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.01.1978 tarihinde verdiği 51/84 sayılı kararda, bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdureyi yakalayarak boş bir evde onun ırzına geçen sanık hakkında, mağdurenin gerçekleştirdiği eylem ile

bir ceza öngörölmüş bulunmaktadır (TCK m. 102/1-c.2). Suçun nitelikli halinde ceza on iki yıldan az olmamak üzere takdir edilecektir (TCK m. 102/2)¹²⁵⁵.

TCK m. 102/3'de öngörölen suçun nitelikli halleri bakımından birinci ve ikinci fıkrasına göre verilen cezalar yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 102/3/a-e). Suç sonucu mağdur bitkisel hayata girer ya da öölürse bu durumda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir (TCK m. 102/5)¹²⁵⁶.

Basit cinsel istismar (TCK m. 103/1/c. 1) suçunun cezası ise sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıdır. Hafif cinsel istismar (sarkıntılık) suçuna (TCK m. 103/1/c. 2, c. 3)¹²⁵⁷, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilecektir. Nitelikli cinsel istismar (TCK m. 103/2)¹²⁵⁸ halinde ise on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası

işlenen suçun nitelikleri bakımından aralarında bir bağlantı ve ağırlık yönünden de bir orantı bulunmadığını belirterek, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir (Bkz. Horozgil, s. 129; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2, Genel Kısım, Beta Yay., İstanbul 1986, s. 388, dn. 73a). Kocaoğlu, haksız tahrikin, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olduğunu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birisini işleyen failin, TCK m. 29 anlamında haksız bir fiilin meydana getirdiğı hiddet veya şiddetli elimin etkisiyle işlediğı illiyet bağı ile tespit edilirse, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin inkar edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, aksi düşünce kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşecektir (Kocaoğlu, s. 225). Haksız tahrik altında cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenmesi durumunda, bu suçların nitelikleri gereğı haksız tahrikin uygulanması güç olduğundan mahkemece son derece dikkatli bir incelemeyle neticeye gidilmesi gerekmektedir.

¹²⁵⁵ Üst sınırın TCK m. 49/1 uyarınca 20 yıl olduğunu da belirtmek gerekir. Süreli hapis cezası başlıklı TCK m. 49/1 hükmü şu şekildedir: “- (1) *Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.*”

¹²⁵⁶ 6545 sayılı değışiklik ile de öngörölmüş olan cezaların 765 sayılı TCK'ya göre oldukça ağır olduğunu söylemek mümkündür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun mülga 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'ya ilişkin olarak verdiği kararında “...önceki hükümde temel cezanın asgari hadden tayin edilmiş olması, uyarılama yargılamasında da cezanın asgari hadden tayinini gerektirmekte ise de, mahkemece bu değıerlendirme yapılırken, önceki hükümde sanık lehine kabul edilen hususların, bu kez aleyhe yorumlanması yöntemi...”nin benimsenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 259, dn. 932).

¹²⁵⁷ Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan ‘...tamamlamamış...’ sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır

¹²⁵⁸ Bu fıkra; Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarihli ve E.: 2015/26, K.: 2015/100 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı 11/12/2015 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

verileceği¹²⁵⁹ hususu düzenlenmiştir¹²⁶⁰. Çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından suçun basit ve hafif hali bakımından getirilen yeni düzenlemeye göre, **mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacaktır. Çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli hali bakımından mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır**¹²⁶¹.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlarda ise TCK m. 103/1 veya TCK m. 103/2 bağlamında verilen cezalar yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 103/3; TCK m. 103/4). Suç sonucunda mağdur bitkisel hayata girer ya da ölürse ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür (TCK m. 103/6)¹²⁶².

¹²⁵⁹ Söz konusu suçtan mahkumiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma düzenlemesinin uygulanması da söz konusu olacaktır (TCK m. 53). Ancak eğer mahkum olan çocuk ise, belli haklardan yoksun bırakma düzenlemesinin uygulanmaması gerekmektedir (TCK m. 53/4). “Sanık hakkında cinsel istismar suçundan hüküm kurulurken önce TCK.’nın 103/1, sonra 103/2 maddeleri, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hüküm kurulurken ise önce TCK.’nın 109/1 sonra da aynı Kanunun 109/2. maddesi tatbik olunmak suretiyle kademeli uygulama yapılması ve fiilin cinsel amaçla işlenmesi sebebiyle artırım yapılırken uygulama maddesi olarak TCK.’nın 109/5. maddesinin gösterilmemesi, hak yoksunluğu hükümleri tatbik olunurken TCK.’nın 53/1-c madde ve bendinde yer alan velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun sadece kendi altsoyu yönünden koşullu salıverilme tarihine kadar süreceği, alt soyu haricindekiler yönünden ise hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır.” (Y.14. CD., 19.11.2014 T., 8172/12942) (Bkz. Kocaoğlu, s. 369, dn. 512).

Suç işleyenin mağdurun velisi ya da vasisi olması durumunda, TCK 53/1-e ve 5 uyarınca, failin velayet hakkını veya vesayet yetkisini kullanmaktan yasaklanmasına da karar verilmelidir. Velayet hakkına ilişkin karar için bkz. Y. 14. CD., 28.05.2012 T., 2011/2594, 2012/6015 (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 322, dn. 247).

¹²⁶⁰ Temel ceza bakımından, süreli hapis cezası, yirmi yıldan fazla olamayacaktır (TCK m. 49/1).

¹²⁶¹ Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2015 tarih ve 2015/26 E., 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı kararları ile hükmün bazı kısımlarının iptali sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesi ile hüküm bir kez daha değişmiştir. Buna göre mağdurun 12 yaşından küçük olması maddede bahsi geçen her bir eylem bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

¹²⁶² Cinsel istismar suçunun çocuklar tarafından işlendiği durumlarda, ergenlik dönemindeki bu kişilerin cinsel isteklerine karşı koyabilmesi hususunda erişkinlere oranla daha az irade yeteneklerine sahip olduklarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Uygulamada bu çocuklara ilişkin TCK m. 31’deki yaş küçüklüğüne dair düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 320). Aksi hal Yargıtay için bir bozma nedeni olacaktır. “Suça sürüklenen çocuk hakkında yaş küçüklüğüne ilişkin maddelerdeki indirim uygulanmıştır. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlarda, her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Cezanın bu şekilde belirlenmesi ve takdiri indirimin bu ceza üzerinden yapılması gerekir.” (Y. 14. CD., 28.09.2015 T., 2013/10026, 2015/8547) (Bkz. Kocaoğlu, s. 369, dn. 511).

Hükümde açıkça öngörüldüğü üzere TCK m. 104/1 çerçevesinde işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yaptırımı iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır¹²⁶³. Diğer haller için ise ceza on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası¹²⁶⁴ olarak düzenlenmiştir (TCK m. 104/2, m. 104/3)¹²⁶⁵.

¹²⁶³ TCK m. 61 hükümleri çerçevesinde belirlenen sonuç ceza miktarı bir yıl veya daha az hapis cezası ise hükmün, TCK m. 50'ye göre adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilebilmesi mümkündür. Belirlenen sonuç ceza miktarı iki yıl veya daha az hapis cezası ise hüküm, TCK m. 51'e göre ertelenebilecektir (Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3503).

¹²⁶⁴ Ayrıca verilen mahkumiyet ile birlikte TCK m. 53'de yer alan hak yoksunlukları ile suçun işleniş şekline uyan güvenlik tedbirlerine de hükmedebilmek mümkün olacaktır (Kanbur, Armağan, s. 4187).

¹²⁶⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından faille mağdur arasındaki yaş farkının fazla olduğu hallerde temel cezanın artırılarak verilmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır (Yokuş Sevük, Hukuk ve Adalet, s. 301). Ancak böyle bir artırım yapılabilmesi için, bahsi geçen bu durumun TCK'nın 61. maddesinde (Cezanın belirlenmesi başlıklı TCK m. 61 hükmü şöyledir: "(1) Hakim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, 8981 g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. (2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır. (3) Birinci fıkra da belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz. (4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır. (5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir. (6) Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. (7) (Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.) Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz. (8) (Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.) Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur. (9) (Ek: 6/12/2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. (10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.") belirtilen temel cezanın belirlenmesinde kullanılmak üzere belirlenen ölçütlerden birisiyle ilişkili olması gerekmektedir. Söz konusu ölçütler hakkında bkz. Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ocak 2010, ss. 170-186.

Taner' e göre ise TCK m. 61'de sayılan ölçütlerden hiçbiri yaş farkı ile ilişkili değildir. Her ne kadar "meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı" ölçütü uyarınca artırım yapılabileceği savunulabilirse de, mağdurun yaşça kendisinden oldukça büyük olan faille cinsel ilişkiye girmesiyle, kendi yaşına yakın bir faille cinsel ilişkiye girmesi arasında, mağdurun "doğru ve düzgün" cinsel gelişimi bakımından ortaya çıkan tehlikenin ağırlığı yönünden, cezanın artırılmasını haklı gösterecek ciddi bir fark olduğunu söylemenin güç olduğu da dile getirilmektedir. Bu uygulamanın keyfiliği yol açabileceği de öne sürülmüştür. Bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenen, cezayı artırmak bakımından aynı işlevi gören ve suçu re'sen takip edilebilir hale getiren TCK'nın 104/2 maddesi, daha önce de belirttiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti (Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 348). Bu nedenle ve belirttiğimiz görüşler çerçevesinde TCK m. 104/2 ve 104/3'e 6545 sayılı Kanunun 60. maddesi ile yapılan eklemelerin (TCK m. 104/2: "(İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme:

TCK m. 105/1'e göre, cinsel taciz suçunun cezası mağdur yetişkin ise, üç aydan iki yıla kadar hapis ya da adli para cezası¹²⁶⁶ olarak belirlenmiştir. Mağdur çocuk ise altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Görüldüğü gibi yetişkine yönelik cinsel taciz suçunda hapis ya da adli para cezası şeklinde seçimlik yaptırım düzenlenmişken, çocuğa yönelik cinsel taciz suçunda yalnızca hapis cezası düzenlenmiştir¹²⁶⁷. Diğer hallerde verilecek ceza ise yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 105/2). Ayrıca bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır (TCK m. 105/2- son cümle)¹²⁶⁸. Cinsel taciz suçuna ilişkin verilecek sonuç cezanın 2 yılın altında kaldığı mahkumiyet hallerinde diğer koşulları da var ise, daha önce de vurguladığımız gibi, CMK m. 231 bağlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün olabilecektir¹²⁶⁹.

18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. TCK m. 104/3: (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”) faille mağdur arasındaki yaş farkına ilişkin dile getirilen kaygıları büyük oranda gidereceğini düşünmekteyiz.

¹²⁶⁶ TCK m. 105'de adli para cezasının alt ya da üst sınırına dair bir belirleme yapılmadığını görmekteyiz. Bu durumda TCK m. 61/9 uygulanacaktır: TCK m. 61/9: “(Ek: 6/12/2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”

¹²⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel, s. 334.

¹²⁶⁸ Görüldüğü üzere kanun koyucu cinsel suçlarla mücadelede hürriyeti bağlayıcı cezalara bel bağlamaktadır. Öte yandan, özellikle 90'lı yıllarda Amerika'da cinsel suçların dört kat artması karşısında konuya ilişkin tartışmalar alevlenmiştir. Topluma yeniden kazandırma düşüncesinin cinsel suçlar bakımında çöktüğüne ilişkin görüşlerin ağırlık kazanması üzerine Kaliforniya Eyaleti'nde başlayan bir akım kanunların cinsel suçlara bakış açısını değiştirmiş ve çözümünü ağır cezalandırmada arayan bir yöntem hakim olmuştur. Kaliforniya'da kabul edilen ve “Üç Vuruş Yasası” olarak adlandırılan kanuna göre, üç kez cinsel suç işleyen failer üçüncü seferde 25 yıl hapis cezasına çarptırılacaklardır. Bu akımı daha sonra ABD'deki eyaletlerin yarısından fazlası benimsemiştir. (Rosenau, s. 8). Öte yandan, Alman Hukuku'nda 2004 yılında yapılan bir değişiklikle, cinsel suç faileri hakkında para cezasına hükmedilebilmesi mümkün hale gelmiştir (Frommel, §§ 176, Rdn. 1).

¹²⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 393. Mahkeme kararında şayet tercihini bu şekilde kullanacaksa, seçenek yaptırım tercihlerinin, Anayasa ve AİHS çerçevesindeki düzenlemelerle çatışır nitelikte tayin edilmemesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu anlamda failin suç işlemesine neden olan etkenler doğru değerlendirilmelidir (Kocaoğlu, s. 478, dn. 195-196).

“Cinsel taciz ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarından sanık U.U.'nun, ...yapılan yargılama sonunda hakkındaki hükmün, CMK'nın 231/8/c maddesi uyarınca açıklanmasının geri bırakılmasına ve fidan dikme yükümlülüğü uygulanmasına karar verilen sanığın, yükümlülüğüne konu fidanları orman idaresinden ücretsiz olarak temin edebileceği düşünülse dahi, bu fidanları toprağa ya kendisi dikecek ya da ücret ödeyerek başkasına diktirecektir. Hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleşen sanık ne tutukludur ne de hükümlüdür. Bu nedenle Anayasa'nın 18. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddelerinde zorla çalıştırma yasağına

B. Denetimli Serbestlik ve Özellikle Tıbbi Tedavi Tedbiri

Denetimli serbestlik konusunun cinsel suçlar bakımından iki açıdan önemli olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Öncelikle ifade edilmesi gereken husus yakın zamanda çıkarılan 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹²⁷⁰ ile koşullu salıverme koşullarında değişiklik yapılmış olması hususudur. Öte yandan denetimli serbestlikte cinsel suçlar açısından yeni bir yaklaşım ile tedavi tedbirine ilişkin CGTİHK’da yapılan değişikliğe ilişkin Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Böylece cinsel suçluların tedavisi konusu açıklığa kavuşturulmuş gibi görünmektedir.

Öncelikle 671 sayılı KHK’nın 32. maddesi ile CGTİHK’na eklenen geçici 6. maddeye¹²⁷¹ değinmek gerekmektedir. Bu madde hükmü ile koşullu salıverme sürelerinin kısaltılmış olduğu görülmektedir. Hükme göre, koşullu salıverilmesine bir yıl yerine iki yıl kalanlar ile cezalarının üçte ikisi yerine yarısını çekenler koşullu salıvermeden yararlanacak ve haklarında denetimli serbestliğe hükmedilecektir.

dair istisnalar burada söz konusu değildir. CMK’nın 231. maddesi gereğince sanığı, para sarfına mecbur edecek bir hükümlülüğe tabi tutmak da mümkün değildir. Bu sebeplerle mahkemenin kararının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Anayasa’ya ve CMK’nın anılan hükmüne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görülmekle, ...Bozulmasına...karar verildi.” (Y. 14. CD., 12.04.2012 T., 1952/4350) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 15.12.2015). “Dosya kapsamına göre, sanığın mağdureye karşı gerçekleştirmiş olduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin eylemini belediye otobüsünün içerisinde işlemiş olduğundan dolayı, mahkemece işlenen suç ile çevrilen seçenek yaptırım ararsında ilgi olduğu değerlendirilerek 5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinin birinci fıkrası ve 62. maddeleri uyarınca vermiş olduğu kısa süreli 10 ay hapis cezasını seçenek yaptırım olarak, aynı Kanunun 50. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi hükmü uyarınca “10 ay süre ile şehiriçi ve şehirlerarası özel ve kamu kurumlarınca hizmete tahsis edilmiş toplu taşıma araçlarına (uçak, tren, metro, otobüs, metrobüs, dolmuş, vb.) binmesinin yasaklanmasına” dair verilen karar, sanığın binmesi yasaklanan araçların, onun suç işlemesinde, suça yönelmesinde; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerlerden olmaması ve sanığın Anayasa’da yer alan seyahat özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte bulunması, Kanun’a aykırıdır.” (Y. 14. CD., 02.04.2013 T., 2012/ 15887, 2013/ 3727) (www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 12.12.2016).

¹²⁷⁰ 671 Sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, 17.08.2016 tarihli RG. - 29804.

¹²⁷¹ Geçici Madde 6 – (Ek: 15/8/2016 - KHK/ 671/ 32 md.) “1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları, **cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104, 105)**, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, bu Kanunun; a) 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süre “iki yıl”, b) 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “üçte iki”lik oran “yarısı”, olarak uygulanır.”

Ancak yine aynı hükümle cinsel suçlar için istisna getirilmiş ve dolayısıyla cinsel suçlardan hüküm giyen failer eski sürelerle tabi tutulmuşlardır.

Koşullu salıvermeye ilişkin değişiklik cinsel suç faillerini etkilememiş olsa da CGTİHK’da cinsel suç faillerinin tabi tutulacakları yeni yükümlülüklerin söz konusu olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Cinsel suçlarla mücadelede hangi yaptırımların etkin olacağı konusu son derece tartışmalı bir konudur. Hemen her ülkenin¹²⁷² ceza kanununda cinsel suçların karşılığı olarak hapis cezasına yer verildiğini görmekle birlikte, hapis cezasının cinsel suçlarla mücadelede mutlak anlamda etkili olmadığı da bir gerçek olarak dile getirilmektedir. Özellikle çocukların cinsel istismarının söz konusu olduğu durumlarda tekerrürün oldukça yüksek olması karşısında¹²⁷³ yeni

¹²⁷² ABD’de dokuz eyalette (Kaliforniya, Georgia, Montana, Oregon, Wisconsin, Florida, Iowa, Louisiana ve Teksas) cinsel suç faillerine yönelik kastrasyon uygulamasının olduğunu görmekteyiz (Bkz. Watzinger, s. 74). Avrupa’da ise İsveç, Finlandiya, Danimarka, Çek Cumhuriyeti ve Almanya gibi ülkelerde kimyasal kastrasyonun bir güvenlik tedbiri niteliğinde uygulandığını ifade etmek gerekir. Örneğin, İsveç’te 23 yaşını doldurmuş failer bakımından, toplum için tehlike oluşturma hali söz konusu ise, tıbbi gerekliliğin ilgili kurullarca belirlenmesi durumunda rızaya dayalı olarak kastrasyon tatbik edilebilmektedir. Almanya’da ise 25 yaş şartı ile iyileştirme amacı ve rızanın varlığı da aranmaktadır (“*Gönüllü Kastrasyon ve Diğer Tedavi Yöntemlerine İlişkin Kanun*” - Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/BJNR011430969.html>, Erişim Tarihi: 10.10.2016). Danimarka, Çek Cumhuriyeti ve Finlandiya’da ise kişinin rızasının varlığı durumunda kimyasal kastrasyona izin verilmiştir (Ahmet Caner Yenidünya, Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 10. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Yıl: 4, S. 14, Temmuz 2013, ss. 360-361). Polonya’ya baktığımızda, 2009 yılı Ekim ayı içerisinde yapılan yasal değişiklikle, 15 yaşın altındaki küçüklere karşı cinsel suç işleyenler için hürriyeti bağlayıcı cezalarını çektikten sonra kimyasal kastrasyon yaptırımına tabi tutulmalarının öngörüldüğünü görmekteyiz. Burada failin iradesinin herhangi bir yeri olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Kaliforniya Ceza Kanunu’nun 645. maddesine göre mahkemeler, 13 yaşından küçük çocuklar aleyhine cinsel suç işleyen failerin kimyasal yollarla tedavisini emredebilmektedirler. Eğer suçun tekerrürü gibi bir durum varsa, hükümlünün şartlı salıverilme öncesinde kastrasyona tabi tutulması ise bu defa zorunludur. Mahkumun kimyasal kastrasyon yerine, cerrahi kastrasyon yaptırımını tercih etme hakkı ise ayrıca saklı bulunmaktadır (Tevfik Sönmez Küçük, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, **GÜHFD**, C. XIX, S. 4, s. 306). ABD Nevada Mahkemesi’nde görülen Mickle v. Henrichs davasında fail hakkında, hapis ve vazektomi (döllenmeyi gerçekleştiren erkek tohum hücrelerinin geçtiği kanalların bağlanıp kesilmesi) cezası verilmiştir. Ancak failin üreme faaliyetinin önlenmesi gerekçesiyle verilen vazektomi cezasının, yine Amerikan Anayasası’nın 8. ekinde yer alan “*işkence ve barbarlık teşkil eden ceza yasağına aykırılık*” nedeniyle infaz edilmemiş olduğunu da görmekteyiz. Güney Karolina Temyiz Mahkemesi’nde görülen bir başka dava olan State v. Brown davasında ise, cerrahi kastrasyonun (hadımın) işkence yasağını ihlal ettiğine karar verilmiştir. Ayrıca bu cezanın infazının suçluyu alçaltacağı ifadelerine de yer verilmiştir (Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu – II –”, **TBB**, S. 82, 2009, s. 6).

¹²⁷³ Hakeri, çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçlarında mükerrir olan, yani bu konuda kendisini tutamayıp devamlı olarak bu suçu işleyen kimselerle ilgili olarak başka çarenin bulunmadığı hallerde, bu cezanın insan onuruna aykırı olmayacağı kanaatindedir. Bu görüşe göre ayrıca, bir kimseyi daha onursuzca bir eylemden alıkoymanın başka bir yolu yoksa bu yöntemin, sıkı şartlar altında sınırlı kimselere uygulanmasının insan onuruna aykırı olmadığı ifade edilmektedir (Hakeri, El Kitabı, s. 119; Hakeri, Tıp Hukuku, ss. 248-249).

arayışlar ortaya çıkmıştır¹²⁷⁴. Bunun bir sonucu olarak da önerilen iki temel yaklaşımın söz konusu olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bunlardan ilki psikolojik tedavi¹²⁷⁵ diğeri ise kastrasyondur¹²⁷⁶.

¹²⁷⁴ Burada Amerika Birleşik Devletleri'nde 1996 yılında çıkarılan ve belirli cinsel suç faillerinin özel bir sicile kaydedilmesini ve özellikle bu sicil bilgilerinin kamuya paylaşılmasını içeren, bu konuda eyaletlere düzenleme yapma yükümü yükleyen federal bir kanun olan Megan Kanunundan bahsedilebilir. İlgili Kanun tarihi gelişim olarak 1994 yılında New Jersey Eyaleti'nde gerçekleşen bir olaya dayanmaktadır. Söz konusu eyalette Megan Nicole Kanka isimli yedi yaşındaki kız çocuğu, komşusu Jesse Timmendequas tarafından aldatılıp cinsel istismara uğradıktan sonra öldürülmüştür. Yargılama sürecinde bu kişinin daha evvel mağdurları arasında çocukların olduğu cinsel suçlardan dolayı mahkum olduğu ve ev arkadaşlarının da yine cinsel suç mahkumiyeti olan kişiler oldukları görülmüştür. Resmi makamların söz konusu bilgilere sahip olmasına rağmen çevredeki aileleri uyarmamış olmaları büyük bir toplumsal tepkiye neden olmuş ve böylece ilgili kanuna giden süreç işlemeye başlamıştır (Selman Dursun, "Megan Kanunu (ABD'nde Cinsel Suç Faillerinin Sicile Kaydı ve Sicil Bilgilerinin Kamuya Açıklanması)", **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2, 2004, ss. 235-237). 2005 yılında Amerikan Adalet Bakanlığı ülke çapında cinsel suçlulara dair bir internet veri tabanı oluşturmuş ve nihayet 2006 yılında yine daha evvel gerçekleşmiş bir çocuk kaçırma ve öldürme olayına atfen Adam Walsh Çocuk Koruma ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Böylece daha önce çocuklara yönelik ve şiddet içeren cinsel suçlara ilişkin olan sicile kayıt yükümü, bütün cinsel suçları kapsar duruma getirilmiş, cinsel suç faillerini işledikleri suçların ağırlığına göre üç dereceye ayırarak sicile kayıt yükümlülüklerini ve ömür boyu dahi olabilen kayıt süresini düzenlemiştir. Ayrıca daha önceden oluşturulmuş olan internet veri tabanı, ülke çapında cinsel suç faillerine dair kamuya açık bir internet sitesinde (www.nsopw.gov) yayımlanmaya başlanmış bulunmaktadır. Aslında bu tür cinsel suç faillerine özgü bir sicil tutulması, Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, İngiltere, Avustralya, Kanada gibi ülkelerde olan bir uygulamadır. Fakat sicil bilgilerinin internet ortamında aleni olarak kamuya açılması, esasen ABD'de geçerli bir uygulamadır. Diğer ülkelerde sicil bilgilerine ulaşım sınırlıdır ya da sadece belirli kamu makamlarına bu yetki tanınmış haldedir (Selman Dursun, "Özellikle Mağduru Çocuk Olan Mükerrir Cinsel Suç Faillerine Karşı Toplumun Korunması Bağlamında Megan Kanunu Hakkında Soru ve Cevaplar", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2014, ss. 236-237).

Megan Kanununa benzer bir düzenlemenin Türkiye'de uygulanabilirliği konusunda, özellikle sicil bilgilerinin internet gibi yaygın bir araçla kamuya paylaşılmasını sakıncalı bulan görüşe katıldığımızı belirtmeliyiz. Gerçekten de Amerikan Adalet Bakanlığının ilgili internet sitesine girildiğinde, herhangi bir isim ya da adres bilgisi üzerinden birçok cinsel suç failinin fotoğrafına, şahsi bilgilerine, mahkum olduğu suça dair verilere, güncel adresine ulaşılabilmekte olduğunu görmekteyiz. Her ne kadar bu durumun bir ceza olmadığı, toplumun korunması ve suçun önlenmesi bakımından bir tedbir olduğundan bahsedilse de, kişisel bilgilerin internet üzerinden ilgili-ilsiz herkese açık hale getirilmesi, kişinin yeniden topluma kazandırılması hususunda amaca uygun olmadığı gibi, toplumu koruma amacıyla da orantılı bulunmamaktadır. Söz konusu bilgilerin kötüye kullanılması her zaman için mümkün olacaktır. Gerçekten de söz konusu kanunun internet üzerinden ifşaya dair hükümleri, gerek kişilerin damgalanması nedeniyle yeniden topluma kazandırılmasını olumsuz etkilemesi, gerekse güncel bilgilerin, kişilerin intikam amacıyla öldürülmesine kadar varabilecek biçimde kötüye kullanılması tehlikesini barındırması bakımından öne çıkan olumsuzluklar olarak sıralanabilirler (Dursun, Megan Kanunu, ss. 238-239).

¹²⁷⁵ Alman Ceza İnfaz Kanunu § 9 I I, 2 yıldan fazla hapis cezasına mahkum edilen cinsel suç faillerinin, rızalarına bakılmaksızın, bir süre sosyal terapi veren merkezde tedavi altına alınacağını düzenlemektedir (Karl Peter Rotthaus, "Neue Aufgaben für den Strafvollzug bei der Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten", **NStZ**, Heft 12, 1998, s. 597; Edzard Schmidt-Jortzig, "*Bekämpfung von Sexualdelikten in Deutschland und auf internationaler Ebene*", **NStZ**, Heft 9, 1998, s. 442).

¹²⁷⁶ İki farklı kastrasyon uygulamasından söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki olan cerrahi kastrasyona bakacak olursak bu yöntem, erkek bedenindeki testosteron üretiminin testislerin cerrahi bir müdahaleyle kesin ve geri dönülemez bir biçimde alınarak durudurulmasıyla gerçekleştirilmektedir (Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya

Türk Hukukunda da aslında uzun yıllar konu sadece hapis cezası ile çözülmeye çalışılmış idi. Fakat bundan çok kısa bir zaman önce 2014 yılında CGTİHK m. 108'e 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı kanun ile bir 9. fıkra eklenmiştir¹²⁷⁷. Bu fıkra daha

Uygunluğu –I-“, **TBBD**, S. 81, 2009, s. 7; Ömer Ömeroğlu, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 63-64, Kasım-Aralık 2009, s. 282; Yenidünya/Yaşar, s. 351; Küçük, ss. 299-300; Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **GÜHFD**, C. XIV, S. 1, 2010, ss. 133-134). Cerrahi kastrasyonun kısırlaştırmadan farklı olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Kısırlaştırma kişinin cinsel faaliyette bulunma yetisini etkilemez ancak üreme yeteneğini yok eder. Cerrahi kastrasyon ise bireyin hem üreme yeteneğini hem de cinsel aktivitesini ortadan kaldırıcı niteliktedir (Ersan Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016; Ersan Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016, ss. 26-27). Cerrahi kastrasyon yönteminin cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla mücadelede yeniden suç işleme oranını düşürmedeki başarısı araştırmalarla ortaya konulmuş bulunmaktadır. Farklı amaçlarla yazılı tarihin öncesinden itibaren başvurulmuş cerrahi kastrasyon yönteminin suçlulara ilk uygulaması 1892 yılında İsviçre'deki uygulamadır. Nazi Almanyasında sıkça başvurulmuş bu yöntem Norveç, İsviçre, Danimarka, İsveç, Finlandiya, Estonya, İzlanda, Litvanya, Çek Cumhuriyeti ve ABD'de de uygulanmıştır (Yenidünya/Yaşar, ss. 352-353). Geriye dönüşün olmaması, ağır ve yıpratıcı yan etkiler doğurması, ABD mahkemeleri tarafından daha sonra barbarca ve insani olmayan bir ceza olarak kabul edilmesi ve vücut bütünlüğüne daha az ihlal oluşturan kimyasal kastrasyonun ortaya çıkmasıyla bu yöntem terk edilmeye başlanmıştır. Modern ceza hukukunda kabul edilemez olan bu yöntemin insan haklarına uygunluğunun sorgulanmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır (Melih Kara, Serhat Öztürk, “Cinsel Suçlarda Alternatif Bir Tedbir Olan Kastrasyona İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2016/ 5-149, s. 21).

¹²⁷⁷ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108. Maddesinin başlığı 6545 sayılı Kanunun 82. maddesiyle “*Mükerrirlere ve Bazı Suç Faillerine Özgü İnfaz Rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri*” olarak değiştirilmiş olup maddeye yeni fıkralar eklenmiştir. Maddeye eklenen 9. fıkra ile diğer bazı suçların yanı sıra cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen şeklini, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hallerini işlemekten dolayı hapis cezasına mahkum olanların koşullu salıverilmeden faydalanabilmeleri için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken süre mükerrir suçlularla paralel hale getirilmiş, ayrıca bu suçlardan mahkum olanlar için cezalarının infazı sırasında veya koşullu salıverilmeleri halinde denetim süresi içinde uygulanmak üzere tedaviye yönelik tedbirler ile diğer bazı yükümlülükler kabul edilmiştir. Kanımızca Özbek tarafından da isabetli bir şekilde belirtilmiş olduğu üzere, 6545 sayılı Kanunla CGTİHK m. 108'e eklenen 8 ve 9. fıkralar ile yeni bir “*özel tehlikeli suçlu*” kategorisi daha yaratılmıştır. Her ne kadar konuya ilişkin TCK m. 58'de bir değişiklik yapılmamış olduğu görülsede CGTİHK m.108'e eklenen bu fıkralar ile infaz bakımından mükerrirlere özgü infaz rejimi öngörülmekle dolaylı olarak m. 58'de sayılanlar dışında yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratılmış olunmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, ss. 315-316. TCK'da özel tehlikeli suçlu kavramı, bu suçlularla ilgili yeniden topluma kazandırma sorunu ile bu suçlulara özgü infaz rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özbek, *İnfaz*, ss. 395-401). Bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri halde denetim süresi içinde, belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak b) Tedavi amaçlı programlara katılmak c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak (m.108/9). Bununla birlikte m.108/9 hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz (CGTİHK m.108/10). CGTİHK m.109/9'un uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir. O halde; - 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar,- 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinde tanımlanan

önce de belirttiğimiz üzere yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratarak cinsel suç işleyenleri de bu kapsama almıştır. Bu kişilere yönelik olarak denetimli serbestlik kapsamında bazı yükümlülükler de getirmiştir. Söz konusu tedbirler Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçuna, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçuna, 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik tedbirlerdir. Tedbirlere infaz sırasında ve koşullu salıvermeden sonra denetim süresi içinde infaz hakimi tarafından hükmedilebileceği belirtilmiştir. Hükümde sözü edilen tedbirler¹²⁷⁸ şu şekilde sıralanmıştır:

- a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak
- c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak
- d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak
- e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak
- f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

Düzenlemenin bu haliyle belirsiz olduğu, özellikle tedaviden ne anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizliğin de kaygı uyandırıcı nitelikte olduğu belirtilmekteydi. İlgili hükmün 11. fıkrasında konuya söz konusu yükümlülüklerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin bir Yönetmelik düzenleneceği de hükme bağlanmıştı.

çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar ve - 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar özel tehlikeli suçlu sayılmalıdır.

¹²⁷⁸ Megan Kanunundan yola çıkılarak birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de cinsel suç faillerine özgü bir sicil tutulmasının, hükümlülere tahliye olduktan sonra bir anlamda denetimli serbestlik tedbiri gibi belirli sürelerle bu bilgileri güncel tutmaları yükümlülüğünün getirilmesinin ülkemiz bakımından da önerilebileceği belirtilmektedir. Bu durumun gerek kolluk güçlerinin suçlulukla mücadelesinde gerekse kişinin tekrar suç işlemsini önleme açısından katkı sağlayacağı da ifade edilmektedir. Ancak sicil bilgilerinin paylaşımı hususunda aleni paylaşım yerine, bazı cinsel suç failleri ile ve ilk planda ilgili kurumlarla sınırlı bir bilgilendirmenin düşünülebileceği vurgulanmaktadır. Ülkemizde ayrı bir cinsel suç sicilinin tutulmasının birtakım avantajlar sağlayabileceği, elde edilecek verilerin sağlayacağı istatistiki bilgilerle ve buna dayalı bilimsel değerlendirmeler ışığında cinsel suçlulukla mücadelede daha sağlıklı bir politika izlenebileceği belirtilmektedir. Esasen bu kanunların, bilgilerin kamuya paylaşılması vasıtasıyla cinsel suç faillerini tekrar suç işlemekten alıkoymaktan ziyade toplumun bu suçlulara karşı korunmasını amaçlamakta oldukları söylenebilir. Bir anlamda adeta suçluların ıslahındaki başarısızlık karşısında toplumu koruma adına son çare olarak bilgilerin paylaşımı söz konusu olmaktadır (Dursun, Megan Kanunu, ss. 238-239).

Ancak bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin iki yıl sürmüş olduğunu da ifade etmek gerekir. Söz konusu Yönetmelik “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*” adıyla 26 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete’de¹²⁷⁹ yayımlanmıştır.

Yönetmeliğe bakıldığında esasen birden fazla yükümlülüğe ilişkin olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar içinde açıklanmaya ve tartışmaya muhtaç olan en önemli husus kuşkusuz tedavi tedbiridir. Çünkü söz konusu tedbirin kapsamı belirsiz¹²⁸⁰ ve hukukumuz bakımından da oldukça yenidir¹²⁸¹. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta da cinsel suç faillerinin tedavisi yine çok çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Yönetmelikte ve Kanun’da “*tıbbi tedavi*” ve “*tedavi amaçlı programlara katılma*” olmak üzere iki tür tedavi tedbirinden söz edilmektedir.

¹²⁷⁹ 26.07.2016 tarihli RG. / 29782.

¹²⁸⁰ Yönetmelikte öngörülen ilgili usulün, ceza mı yoksa güvenlik tedbiri mi olduğunun da ayrıca netleştirilmiş olmadığını görmekteyiz. Güvenlik tedbiri, toplum düzenini sağlamayı hedeflemesi bakımından cezalara benzese de, ceza yaptırımına göre bastırıcı değil, önleyici bir niteliğe sahiptir. Fiil ile failden kaynaklanan muhtemel tehlikeliliği engelleyerek, ileriye dönük bir amaç taşıması bakımından da ceza yaptırımından ayrılmaktadır (Demirbaş, Genel Hükümler, ss. 626-627). İnsanlık onuru ile bağdaşmayan ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal eden bir usulün; hürriyeti bağlayıcı ceza dışında, hükümlünün beden bütünlüğü üzerinde maddi ve manevi tasarrufta bulunularak, kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen bir işleme katlanma yükümlülüğü getirmesi ve bunun yanı sıra uygulanacak usulün ceza mı, güvenlik tedbiri mi olup olmadığının belirsizliği ile Anayasa ve kanunlarda cevaz verilmeyen bu tedbirin temel hak ve hürriyetleri sınırlandırarak, AİHS m. 3’de güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmesinin kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekmektedir. İlgili usulün, sıkı şartlara bağlanması ve genel geçer olarak değil, sınırlı şekilde uygulanması, kişinin sağlığına zarar vermeyecek olması ve yalnızca hekim tarafından tatbik edilmesi şarttır. Mevcut haliyle Anayasa m. 17 ve AİHS m. 3’e aykırılığı tartışmasız olan (ilgili Yönetmeliğin 7. maddesinde yer alan) düzenlemenin; “*tedavi*” başlığı altında ileri sürülüp her somut olaya tatbik edilecek derecede genelleştirildiği görülmektedir. Hükümlünün vücut bütünlüğüne yönelik geri dönüşü olmayacak ağır müdahalenin insanlık onuruyla bağdaşmadığı ve “*kısa kısıp*” yöntemi ile faili cezalandırma amacı taşıdığı belirtilmektedir (Şen, Tıbbi Tedavi, ss. 29-30; Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

¹²⁸¹ Hakeri, bu yöntemle amacın ceza değil tedavi olduğu söylenebilecekse de, sonuçta bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik böyle ağır bir müdahalenin ceza olmadığını söylemenin zor olduğunu belirtmektedir. Esasen, suçun işlenmeden evvel önlenmesi ve ceza yerine tedavi tedbirlerinin öngörülmesi modern ceza hukukunun amaçlarından olsa da kimyasal kastrasyon şeklindeki bir cezanın ya da tedbirin insan onuru ile yakından alakası nedeniyle, hukuksal açıdan pek çok problemlere ve tartışmalara neden olacağına tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hakeri, böyle bir kanun değişikliğinin Anayasa ve AİHS’ye aykırı olmaması bakımından, suçu sabit olan kimsenin isteğine bırakılmasının yeterli olacağını belirtmektedir. Ayrıca yazar, örneğin bir psikiyatrik tedavi gibi daha hafif yöntemler bu kimselerin suç işlemesini önleyecekse, o takdirde kimyasal kastrasyon gibi bir yöntemin kesinlikle anayasaya aykırı olacağını da ifade etmektedir (Hakeri, El Kitabı, s. 120; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 250). Kişinin hapis cezası ile kastrasyon arasında bırakıldığı hallerde rızasının özgür iradeye dayanmayacağı, bu halde kişi, kastrasyona yönlendirildiğinden, bu müdahale şeklinin de bir yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Küçük, ss. 305-306.

“Tıbbi tedavi” tedbiri Yönetmeliğin 7. maddesinde: “...ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem” şeklinde tanımlanmıştır. Tedbirin kapsamından önce uygulama şartlarına da değinmek gerekmektedir. Sonuçları itibariyle oldukça ağır olan söz konusu tedbirin uygulanmasının son derece sıkı şartlara bağlanmış olduğunu görmekteyiz. Tedbirin uygulanması için gerçekleşmesi gereken koşullar aynı maddede şu şekilde sıralanmıştır:

- “...hükümlü, bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporu alınmak üzere bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı ile üroloji veya endokrinoloji ve metabolizma hastalıkları uzmanı hekimler bulunan Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelere sevk edilir. Bu raporda kişi hakkında tıbbi tedaviye gerek olup olmadığı, gerek var ise hangi yöntemin uygulanacağı hususlarının belirtilmesi istenir. Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerce söz konusu raporun verilemeyeceğinin anlaşılması halinde hükümlü bu hastane başhekiminin vereceği karar ile üniversite hastanelerine sevk edilir.

-Gelen rapor göz önüne alınarak hükümlü hakkında tıbbi tedavi uygulanıp uygulanmayacağı veya diğer yükümlülükleri hakkında karar alınmak üzere dosya, raporlarıyla birlikte infaz hâkimliğine gönderilir.

-Hakkında tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilen hükümlü, gerek duyulması halinde bulunduğu kurum tarafından tedavinin uygulanması için ilgili sağlık kurumuna sevk edilir. Hükümlünün bulunduğu ceza infaz kurumu bölgesinde tıbbi tedavi kararının uygulanmasını sağlayacak sağlık kuruluşu yok ise hükümlü Bakanlık tarafından uygun başka bir kuruma nakledilir”.

Hükmün uygulanması için örneğin uzman görüşü alınması gibi sıkı şartların aranmasını isabetli bulmaktayız. Ancak Yönetmeliğin bu haliyle kanuna aykırı olduğu kanaatimizi de ifade etmek isteriz¹²⁸². Prensipten olarak hukuk düzenlerinde temel hak ve

¹²⁸² “Cinsel dürtülerin azaltılması veya yok edilmesi” şeklinde özetlenebilecek olan kimyasal kastrasyon usulünün cinsel özgürlüğü ortadan kaldırmadığı, yalnızca hakkın kullanımını sınırlandırdığı savunulabilmektedir. Cinsel suça yönelimin biyolojik ve psikolojik rahatsızlıklardan kaynaklanması halinde, örneğin pedofiliye ilişkin klinik bir bulgu tespit edilmesi gibi bir durumda, bahsi geçen psikolojik veya biyolojik olumsuzlukların giderilememesi veya cinsel eğilimdeki sapmanın kontrol altında tutulamaması sebebiyle tedbirin kastrasyon yöntemine başvurulabilmesi mümkün olabileceği belirtilmektedir. Ancak, işkence yasağı ile birlikte bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal etme tehlikesi bulunan söz konusu tedbirin, “tedavi” amacı

özgürlükleri sınırlayan düzenlemelerin mutlaka kanunla yapılması gerektiği belirtilmelidir. Bu demektir ki, kanunda çizilen genel çerçevenin içi normlar hiyerarşisinde daha alt seviyede yer alan bir düzenleme ile doldurulamayacaktır¹²⁸³. Bu anlamda doğru olanın, CGTİHK’da yer alan düzenlemede tedavi tedbirinin içeriğinin, türünün ve koşullarının açıkça düzenlemesi, uygulamaya ilişkin ayrıntılara ise yönetmelikte yer verilmesi gereği olduğunu ifade etmek gerekir.

Tıp dilinde “kimyasal kastrasyon” olarak adlandırılan yöntem, ilgili yönetmeliğin “tedavi tedbiri” ifadesi ile kastettiği yöntemdir¹²⁸⁴. Bu yöntem cerrahi

taşımasından ziyade, işlenen suçun karşılığında verilecek cezayla bizzat özdeşleştirilip, bu yolla “kısasa kısas” usulüne hizmet etmesi ve fail özelinde bireyselleştirme yapılmadan, cinsel dokunulmazlığı ihlal eden her eylemde bu usule başvurulması kabul edilemez bir durum yaratacaktır. Yönetmelikle düzenlenen bu infaz tipinin; insan haklarına saygı ilkesi ile Sağlık Hukukunda belirlenen evrensel ölçütlere ne derece uygunluk gösterip göstermediği de bu görüşe göre tartışmalıdır (Şen, Tıbbi Tedavi, s. 28; Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

Kanun koyucunun bu düzenleme ile yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yarattığı yukarıda belirtilmiş idi. Özel tehlikeli suçlu kavramının temelinde yatan fikrin düşman ceza hukuku düşüncesi ile yakın ilişkisi vardır, hatta bizzat bu düşüncedir. Alman Ceza Hukukuçusu Jacobs tarafından ortaya atılan bu kavram esasen topluma yeniden kazandırılmasının zor olduğu düşünülen ve diğer suçlulara nazaran daha tehlikeli addedilen kimselere yönelik istisnai uygulamaları ifade eder. Bu kapsamda terör suçu işleyen kimseler kadar günümüzde cinsel suç faillerinin de düşman ceza hukuku kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir (Manuel Cancio Meliá, “Feind„strafrecht“?”, *ZStW*, S. 117, Heft 2, 2005, s. 273; ayrıca bkz. Dessecker, s. 6). İnfaz Kanunu’nda yapılan ve Yönetmelik ile içi doldurulan bu değişiklik de düşman ceza hukukunun bir ifadesidir. Zira öngördüğü yöntem son derece ciddi bir temel hak ihlali içermektedir. Burada düşman ceza hukuku ile ilgili tartışmalara girilmeyecektir, ancak özellikle Alman Hukuku’nda düşman ceza hukuku kavramına getirilen ağır eleştiriler dikkate alındığında kanun koyucunun tercihinin ne kadar isabetsiz olduğu daha da gün ışığına çıkmaktadır.

¹²⁸³ Bu yöntemde verilmesi öngörülen ilacın gerek failin sosyal hayatını zorlaştıran gerekse sağlığını ciddi biçimde tehdit eden yan etkileri düşünüldüğünde kastrasyonun failin rızası hilafına uygulanması pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Ancak tek başına failin rızası da bu görüşe göre kastrasyonun insani ve orantılı bir müdahale olduğunu göstermeyecektir. Öncelikle uygulama kefaret amacıyla değil, failin ıslahını ve toplumun güvenliğini amaçlayan bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmelidir. Kastrasyon yalnızca pedofili gibi cinsel dürtülerine hakim olamayan faille uygulanabilmelidir. Failin uygun profile sahip olup olmadığının belirlenmesi müdahalenin amacına ulaşması bakımından büyük önem taşıyacaktır. Bu nedenle failin tedaviye uygunluğuna tıbbi heyetlerce karar verilmelidir. Ayrıca ilaç kullanımı esnasında faile psikolojik destek sağlanması failin cinsel dürtülerinin kontrol altına alınması ve yan etkilerle başa çıkabilmesi bakımından gerekli olacaktır. Psikolojik destekten yoksun bir uygulama amacına ulaşamayacağı gibi faili cezalandırmaktan öteye de gidemeyecektir (Kara/Öztürk, s. 23).

¹²⁸⁴ “Tedavi”, belirli bir hastalığın iyileştirilmesi için hekimin başvurduğu önlem olarak tanımlanmaktadır. “Hastalık” ise, organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması hali olarak ortaya konmaktadır. Halbuki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen eylemlerin, fail yönünden geçerli hekim raporuna dayanılmaksızın topyekün bir biçimde “hastalık” olarak kabul edilmesi, söz konusu tedbirin fail özelinde bireyselleştirilmeden uygulanması sonucunu doğuracaktır. “Tedavi”, ancak hastalığın teşhis edilmesinden sonra başvurulabilecek önlemleri kapsamaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenmiş olan her eylemin “hastalık” niteliğinde olduğu ileri sürülemeyeceğine göre, Yönetmeliğin 7. maddesinin başlığının da “tıbbi tedaviye tabi tutulmak” biçiminde belirlenmesi bu görüşe göre isabetsiz olmuştur. “Tedavi” kavramı, yalnızca

bir müdahale olmadan ilaçlarla kişinin testosteron hormonunun baskılanmasını ve bu sayede cinsel dürtülerinin kontrol altında tutulmasını ifade etmektedir¹²⁸⁵. Bu yöntem cinsel dürtüleri kontrol etmeyi sağlasa da bedensel ve psikolojik pek çok yan etkiye de sahip bir yöntemdir. Kilo almak, soğuk algınlığı, gece kabusları, kaslarda zayıflık, sperm sayısının azalması, yüksek dozda glikoz yüküne neden olmak, kan şekeri ile ilgili sıkıntılar, idrar kesesi düzensizlikleri, yorgunluk, bitkinlik, testislerin küçülmesi, diyabet, menibus, sıcak ve soğuk basmalar, flebitis, baş ağrıları, kusma, bacak ağrıları, vücut kıllarının düşmesi, ciğerlerde emboli, depresyon, beyinle ilgili düzensizlikler, kemik yoğunluğunun azalması, sara hastalığı varsa artması, astım, kalp ritimsizliği ve böbreklerde düzensizlik ortaya çıkabilecek yan etkilerin bazılarıdır¹²⁸⁶.

hastalığın teşhisinin sonra başvurulabilecek bir önlemse, cinsel suçlara konu her eylemin hukuki vasfı bir kenara bırakılarak “hastalık” olarak adlandırılması ve faile “tedavi” başlığı altında cinsel uzuvlarını yitirici nitelikte çeşitli usullerin tatbik edilmesi de bu bağlamda uygun görülmeyecektir. Ayrıca, “tedavi” olarak başvurulacak yöntemler uygulanırken, müdahalenin ne derece gerekli olduğu ve faile zarar verip vermeyeceğinin de tartışılması gerekmektedir. İlgili infaz usulünün bilimsel nitelikte kabul edilen hangi tıbbi işlemlere göre uygulanacağını evrensel standartlarla tanımlanması ve failin aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığının araştırılması da lüzumlu olacaktır. Suça konu olmuş cinsel içerikli tüm eylemler için; “tedavi” adı altında cinsel dürtülerin azaltılması ya da yok edilmesi sonucunu öngören, ancak fail özelinde bireyselleştirilmeden ve rıza şartı da aranmadan, koşullu salıverilme evresinden sonra da failin gözetimini ve yakın fiziki takibini yadsıyan bu usulün, cezanın infazında aranan “uslandırma” hedefine ters düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Çeşitli yan etkileri belirtilen bu usulde tıbbi gerekliliğin yetkili kurullarca takdir edilmesi ve rızaya dayalı olarak uygulanması gerekliliği üzerinde durulmaktadır (Bkz. Şen, Tıbbi Tedavi, ss. 21-23; Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016. Suçlu-hasta, ceza-tedavi kavramları için ayrıca bkz. Cem Keçe, “Hadım Etme – Kimyasal Kastrasyon”, <https://www.doktorsitesi.com/makale/hadim-etme---kimyasal-kastrasyon>, Erişim Tarihi: 05.09.2016).

¹²⁸⁵ İpekçioglu, s. 112; İMDAT Şiddeti Önleme ve Rehabilitasyon Derneği - ASUMA Acıbadem Üniversitesi Suç ve Şiddetle Mücadele Uygulama ve Araştırma Merkezi, **Çocuk İstismarına Yönelik Rapor 2016**, İstanbul 2016, <http://imdat.org/wpcontent/uploads/2016/05/%C3%87OCUK-%C4%B0ST%C4%B0SMARINA-Y%C3%96NEL%C4%B0K-RAPOR.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2016, s. 21. Kimyasal kastrasyon uygulamasında testislerin alınması söz konusu olmamaktadır. Uygulama kişiye belirli aralıklarla MPA (medroxyprogesteroneacetate) içeren Depo-Provera adlı, kadın hormonundan oluşan ve bir dönem gebeliğin önlenmesi için tüm dünyada kadınlar tarafından kullanılan ilacın enjekte edilmesiyle gerçekleşmektedir (Akbaba, Kimyasal Hadım, s. 10; Yenidünya/Yaşar, ss. 355-356; Özdemir, Hadım Etme, s. 135). Söz konusu ilaç beynin aldatılması yoluyla testosteron hormonu üretimini yavaşlatmakta ve böylece bireyin sapkın cinsel davranışları ilaç kullanım süresince adeta dizginlenmektedir. Söz konusu işlemle bireyin cinsel dürtüleri büyük oranda azaltılmaktadır. Sanılanın aksine cinsel faaliyet mümkün olmakla birlikte yoğun ve uzun süreli tahrik gerektirmektedir. İlacın kullanımının bırakılmasından sonraki 7-10 gün içerisinde etkilerinin kaybolduğu da gözlemlenmiştir (Bkz. Zeycan Güzelsoy, **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, ss. 13 vd.). İlacı kullanan bireylerdeki geçici dinginlik ve zararsızlık hali nedeniyle topluma geri kazandırılacakları biçimde tedavi edilmelerinin de mümkün olacağı düşüncesi söz konusudur (Kara/Öztürk, s. 21).

¹²⁸⁶ Akbaba, Kimyasal Hadım, ss. 14-15; Yenidünya/Yaşar, s. 356. İlacın uzun sürede ortaya çıkan yan etkilerine yönelik araştırmalar henüz bitmiş değildir. Bunun sebebi insan sağlığını tehdit eden yan

Kimyasal kastrasyonla ilgili cevaplanması gereken bir diğer soru da bu yöntemin tüm cinsel suç failleri için uygun olup olmadığıdır¹²⁸⁷. Özellikle psikiyatrik bozukluğu

etkilerden dolayı gönüllü olan kişilerin araştırmalardan çekilmesi olarak gösterilmektedir (Bkz. Elizabeth Pitula, Barnard College, “An Ethical Analysis of the Use of Medroxyprogesterone Acetate and Cyproterone Acetate to treat Repeat Sex Offenders”, <https://core.ac.uk/download/pdf/27289955.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2016). Bu durumda uzun zaman diliminde daha ciddi yan etkilerin görülmesinin imkan dahilinde olduğu belirtilmektedir (Kara/Öztürk, s. 21).

¹²⁸⁷ Anayasa’nın 13. maddesine göre; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabilirler ve bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ile laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa’nın 124. maddesine göre ise yönetmelikler, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir. Zorla kısırlaştırma gibi “*insanlık dışı muamele*” olarak nitelendirilebilecek bu usul; Anayasa’nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü hakkına ve ayrıca 5275 sayılı Kanunun cinsel suç faillerine özgü olarak 108. maddesinin 9. fıkrasının (a) bendinde öngörmüş olduğu “*tıbbi tedaviye tabi tutmak*” başlıklı tedbirin amacına aykırı olacaktır. Yine Anayasa m. 17/2’ye göre, tıbbi zorunluluklar veya kanunda belirtilen durumlar haricinde hiçbir halde bireyin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Anayasa m. 20 gereğince her birey, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bireyin üreme ve cinsel özgürlüğü, ancak tıbbi zorunlulukların ifası amacıyla veya kanunla belirtilen özel hallerde sınırlandırılabilir. Tutulan kişiye iradesi hilafına tıbbi yardım sağlama zorunluluğu bulunmamaktadır. AİHS m. 3 ile güvence altına alınan işkence yasağının ihlalinden kaçınmak için, tıbbi yardımın icrası ile ortaya çıkabilecek ağrı ve küçük düşürülme halinin, AİHS m. 3’de öngörülen asgari seviyenin altında kalması şarttır. Deneyisel tıbbi tedavi kişinin rızası hilafına yapılırsa, işkence değilse bile insanlık dışı muamele oluşturacaktır (Şen, Tıbbi Tedavi, s. 26; Şen, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016).

olmayan faillerde bu yöntemin gerekliliği ve faydasının da tartışmalı¹²⁸⁸ olduğunu vurgulamak gerekmektedir¹²⁸⁹.

¹²⁸⁸ Kimyasal kastrasyon bakımından bir başarı elde edilmek isteniyorsa Yücel, her şeyden önce adı geçen uygulamanın rızaya dayalı olarak toplumda başlatılması; etkili bir uygulamaya kavuşturulmasının sağlanması gerektiğini ve bunun da uzun bir süreç olduğunun bilinmesi hususunu vurgulamaktadır. Kimyasal kastrasyon (*chemical castration*) uygulaması açısından İsveç, Danimarka ve İngiltere olmak üzere birkaç Avrupa ülkesi ve ABD eyaletleri (Louisiana, California, Oregon ve Arizona) uygulanmakta ise, bu uygulamanın rızaya dayalı (*voluntary basis*) olduğunun hatırlatılması gerekmektedir. Benimsenecek olan mecburi bir uygulama ile anılan ülke uygulamalarına ters düşen ve bu haliyle de çağdaş penolojik tretman ilkesine aykırı bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır (Burada uygulamanın yalnız Güney Kore ve Polonya’da yaptırım olarak yer almakta olduğunu da vurgulamak gerekmektedir).

Ülkemizin onayladığı Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 17. maddesinde, bilgilendirme ve rıza ilkesinin esas alındığı görülmektedir. Öte yandan kimyasal kastrasyon, tıp mesleğinin plasebo (Hiçbir etkisi olmayan ürünlerle tedavi görüldüğüne inanılıp, iyileşmedir) altın standart testinden geçmiş bir uygulama değildir. Bu nedenle de etkililiğinin tam olarak test edilip kanıtlanmamış olduğu belirtilmektedir. Söz konusu hormon desteğinin devamlı olması gerektiği ve hükümlünün de buna uymasına dayalı olan bir tretman rejimi olduğu unutulmaması gereken bir gerçektir. Bu hormonal tretman dayanılmaz cinsel dürtüyle hareket eden suçlulardan çok azında etkili olabileceği iddia edilse bile, Yücel’e göre, pedofilikler için çok anlamsız olacaktır. Bu kişiler cinsellikten ziyade duygusal ihtiyaçla hareket etmekte; sorunun cinsellikten öte beyinden kaynaklandığı; hadım edilen pedofiliklerin bile vücudunun başka kısımlarını (örneğin ellerini) kullanarak istismarcı eylemlere devam edeceğinin bilinmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yücel, pedofilinin bir iptila olduğu kadar bir hastalık olduğunu da ayrıca belirtmektedir (Yücel, Adalet, s. 161).

¹²⁸⁹ Kimyasal kastrasyon uygulamasının pratikte ortaya çıkaracağı sakıncalar MPA’nın yan etkileri ile sınırlı bulunmamaktadır. Her cinsel suç failine uygun dozda uygun zaman aralıkları ile MPA enjekte etmek failin ıslahı için başarısız neticelere sebep olabilir. Cinsel saldırganın davranış ve amaçlarına göre gruplandırıldığı bir araştırmada dört farklı cinsel saldırgan tipinden bahsedilmektedir. Birinci grup kendi vicdanında yaptığı fiilin suç teşkil ettiğini kabul etmeyenlerden oluşmaktadır. İkinci gruptaki suçlular eylemlerinin suç olduğunu kabul ederler ancak bunu cinsel dürtülerin dışındaki faktörlere (örneğin alkol, uyuşturucu vb.) bağlamaktadırlar. Üçüncü grup ise suçun cinsel saiklerle değil güç gösterisi, öfke gibi nedenlerle işlendiğini ifade etmektedirler. Son olarak ise dördüncü gruptaki suçlular ise kontrol edemedikleri cinsel dürtüleri nedeniyle cinsel suç işleyenlerdir. Kastrasyon uygulamasının sadece dördüncü tip suçlular bakımından başarılı olabileceği kabul edilmektedir. Cinsel dürtü ve hormonlarını kontrol edemediğini kabul eden bu suçlu tipi için kastrasyonun bir tedavi yöntemi olarak ele alınabileceği belirtilmektedir. Diğer üç gruptaki suçluların kastrasyona tabi tutulması ise bastırılmış cinsel güdülerin de etkisiyle farklı suçların işlenmesine neden olabileceği de ayrıca vurgulanmaktadır (Yenidünya/Yaşar, ss. 357-358).

Pedofillerin de içinde olduğu kastrasyona uygun profildeki suçluların tedavi edilerek suç potansiyellerinin azaltılması için yalnızca MPA enjeksiyonunun yeterli olmayacağını da ifade etmek gerekmektedir. Failin gerek ilacın yan etkileri ile başa çıkabilmek ve gerekse yeni durumuna alışabilmek için psikolojik destek alması tedavinin önemli bir parçası olacaktır. Psikoterapi aynı zamanda failin bu süreçte denetlenmesini de sağlayacaktır. Nitekim fail gerekli dozda MPA almayı aksatır ya da dışarıdan testosteron takviyesi alırsa tedavinin etkilerini de pekala bertaraf edebilecektir (Kara/Öztürk, ss. 21-22). Pedofili, en az altı aylık bir süre boyunca kişide ergenlik dönemine girmemiş bir çocukla ya da çocuklarla cinsel etkinlikte bulunmayla ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerin cinsel dürtülerin ya da davranışların yineleyici bir şekilde ortaya çıkması olarak tanımlanmaktadır (Bkz. Güzelsoy, s. 8; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Ayten Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, S. 2/2, 2010, ss. 132-160).

Tıbbi tedavi dışında bir diğer tedbir de “*tedavi amaçlı programlara katılmak*” olarak belirlenmiştir. İlgili yönetmeliğin 8. maddesine göre:

MADDE 8 – “(1) *Tedavi amaçlı programa katılma, hükümlülerin yeniden cinsel suç işlemlerini önlemek amacıyla ihtiyaç duyulan tedavi ve iyileştirme programları ile grup çalışmalarına veya bireysel çalışmalara katılma yükümlülüğüdür.*

(2) *Cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, 5275 sayılı Kanunun 108 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (b) bendinde sayılan tedavi amaçlı programlara katılma yükümlülüğüne karar verilmeden önce 7 nci maddenin ikinci fıkrasındaki usule göre tedavi amaçlı programlara katılmaları konusunda rapor alınır. Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz.*

(3) *Bu programlar Adalet Bakanlığınca hazırlanabileceği gibi ilgili kurum ve kuruluşlar veya üniversiteler ile birlikte de hazırlanabilir, ayrıca yükümlünün bu kuruluşların programlarına katılımları da sağlanabilir.*

(4) *Tedavi amaçlı programlara katılma kararı verilen hükümlülere uygulanacak tedavi programları ceza infaz kurumunda psiko-sosyal servis, denetimli serbestlik müdürlüklerinde ise eğitim iyileştirme bürosu görevlilerince uygulanır. Gerekli görüldüğü takdirde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından da yardım alınır.*

(5) *Bu Yönetmelik kapsamında olmayan cinsel suçlardan hükümlü veya tutuklu olanlar için psiko-sosyal servisi ve eğitim iyileştirme bürosu tarafından uygulanmakta olan benzer programlara devam olunur”.*

Kanaatimizce ve yapılan tartışmalara da bakıldığında, kişiye verdiği bedensel ve ruhsal zararlar, insan onuruna uygunluğu ve bunların üstüne bir de yapılabilecek adli hataların oranı eklendiğinde kimyasal kastrasyon yönteminin hukuka uygunluğunun tartışmalı olmaya devam edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır¹²⁹⁰.

¹²⁹⁰ Nitekim Danıştay 10. Dairesi, söz konusu Yönetmelik’in “*en kritik maddesini*” durdurmuş bulunmaktadır. İlgili madde, cinsel suçlardan hükümlülere tedavinin ne şekilde yapılacağını düzenlemektedir. Kararda, söz konusu Yönetmeliğin dayanağı olan yasada, “*tedavi*”den ne anlaşılması gerektiğinin açıkça düzenlenmediği ifade edilmiştir. Anayasa’nın 17. maddesi uyarınca kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin ancak kanunla yapılabilceği, bu sebeple de yönetmelik ile “*yetki aşımı*” yapıldığı belirtilmiştir. Yönetmeliğin 7/1 maddesinde ilgili tedavi “*Cinsel saldırı suçlarına yönelik olmak üzere ayakta ya da yatarak, ilaçla ya da ilaçsız olarak veya her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına ya da denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azılmasını ya da yok edilmesini sağlayan yöntem*” olarak tanımlanmıştır. İlgili dava, Yönetmeliğin yayımlanmasının ardından, Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından Yönetmeliğin 4/1-1, 6/1, 7/1-2-3, 8/2 ve 15/1-4 maddelerinin iptali için Adalet Bakanlığı’na karşı açılmıştır. Danıştay 10’uncu Dairesi, yalnızca m. 7/1’in yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş, diğer maddelerin yürütmesini durdurmamıştır. Dosya üzerinde ilk incelemeyi yapan Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Faruk Özer, Yönetmeliğin yasal dayanağı olan İnfaz Kanunu’nun 108. maddesindeki “*tıbbi tedaviye*

C. Zamanaşımı

Dava zamanaşımı¹²⁹¹ süreleri TCK'nın 66. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁹²:

“(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,

c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

tabi tutulma ve tedavi amaçlı programlara katılma yükümlülüğüne” vurgu yaptı ve Yönetmeliğin 7/1. maddesinde “cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem” ifadesine yer verilerek, kanunda yer almayan bir tanımlamaya gidildiği ve “tıbbi tedavi” kavramından ayrıldığını belirtti. Hakim Özer, bu durumun yetki aşımı olduğu üzerinde durdu. Danıştay 10. Dairesi de, söz konusu görüş doğrultusunda, Yönetmeliğin 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına oy çokluğuyla karar verdi. Kararın gerekçesine baktığımızda, Anayasa’da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına hüküm altına alındığı vurgulandığını görmekteyiz. Bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği ifade edilmiştir. Kararda, “Kanunda sınırları belirsiz tedavi kavramını da aşar nitelikte yöntemler içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonuçlarına varılmaktadır” denilmiştir. İlgili karar uyarınca, hükümlü yönünden uygulanacak tedaviden ne anlaşılması gerektiğinin kanun ile düzenlenmesine kadar, Yönetmelik uyarınca doktorların herhangi bir tedavi gerçekleştiremeyeceğini belirtmek gerekir (<http://t24.com.tr/haber/danistay-kimyasal-hadim-yonetmeligini-durdurdu,421623>, Erişim Tarihi:20.08.2017).

¹²⁹¹ Suçun işlenmesi ya da hükmün kesinleşmesinden itibaren belirli bir sürenin geçmesi, devletin ceza ve infaz ilişkilerini devam ettirmesindeki sosyal yararın kaybolmasına neden olur. Devletin, belirli bir süre geçtikten sonra cezalandırma yetkisini ortadan kaldırmasına da “zamanaşımı” adı verilmektedir. Devlet ile sanık arasındaki ceza ilişkisini düşüren zamanaşımına “dava zamanaşımı”, devlet ile hükümlü arasındaki infaz ilişkisini düşürene ise “ceza zamanaşımı” denilmektedir (Demirbaş, Genel Hükümler, s. 729). Dava zamanaşımı, suçun işlenip bittiği tarihten itibaren kanun tarafından belirlenen sürelerin geçmesi durumunda davanın açılmamasını ya da açıldıktan sonra da devam edilememesini sonuçlayan duruma verilen isimdir. Dava zamanaşımının varlığı durumunda gerekirse soruşturma da yapılamayacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 764; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Temel Bilgiler, s. 422).

Suçun işlendiği gün işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi, kesilme ve durmalara rağmen mahkumiyet hükmü kesinleşmeden tamamlanan ve tamamlanma anından itibaren de kamu davasının hiç açılmamasını ya da açılmışsa ortadan kaldırılmasını gerektiren sürelerle denilmektedir (Öztürk/Erdem, s. 543; bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 766; Zafer, Genel Hükümler, ss. 601-602; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 686; Özgenç, Genel Hükümler, s. 898).

¹²⁹² Dava zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi ise TCK'nın 67. maddesinde düzenlenmiştir: “(1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur. 8983 (2) Bir suçla ilgili olarak; a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi, Halinde, dava zamanaşımı kesilir. (3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. (4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suçla ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar.”

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,

Geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı gözönünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz”.

İlgili madde hükmüne göre, cinsel saldırı suçuna bakacak olursak¹²⁹³; TCK m. 102/1’in birinci cümlesinde yer alan basit cinsel saldırı suçu bakımından zamanaşımı süresi 15 senedir (TCK m. 66/1-d)¹²⁹⁴. TCK m. 102/1 ikinci cümlede düzenlenen sarkıntılık suretiyle işlenen cinsel saldırı (hafif cinsel saldırı) açısından zamanaşımı

¹²⁹³ Bkz. Taneri, s. 92.

¹²⁹⁴ Dava zamanaşımı süresi, TCK m. 67/4’te yer alan “Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar” hükmü gereğince bu halde en fazla 22 yıl 6 ay olacaktır (Arslantürk, ss. 113-114).

süresi 8 yıldır (TCK m. 66/1-e)¹²⁹⁵. Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle (TCK m. 102/2) gerçekleştirilmesi durumunda ise zamanaşımın süresi 15 yıl olacaktır (TCK m. 66/1-d)¹²⁹⁶. Cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü (TCK m. 102/5) halinde ise zamanaşımı süresi 30 yıl¹²⁹⁷ olarak belirlenmiştir (TCK m. 66/1-a)¹²⁹⁸.

Çocukların cinsel istismarı suçunda¹²⁹⁹; basit cinsel istismar (TCK m. 103/1 – birinci cümle) halinde, zamanaşımı süresi¹³⁰⁰ 15 yıldır (TCK m. 66/1-d). Sarkıntılık

¹²⁹⁵ TCK'nın 102/1 ve 102/2 fıkrasına ilave olarak ayrıca 102/3. fıkra da sayılan nitelikli haller de bulunur ise bu durumda zamanaşımı süresi 15 yıl olacaktır (TCK m. 66/1-d). Dava zamanaşımı süresi, TCK m. 67/4'te yer alan “*Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar*” hükmü gereğince bu halde en fazla 22 yıl 6 ay olacaktır (Arslantürk, s. 114).

¹²⁹⁶ Dava zamanaşımı süresi, TCK m. 67/4'te yer alan “*Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar*” hükmü gereğince bu halde en fazla 22 yıl 6 ay olacaktır (Arslantürk, ss. 113- 114).

¹²⁹⁷ Parlar/Banko, s. 16. Dava zamanaşımı süresi, TCK m. 67/4'te yer alan “*Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar*” hükmü gereğince bu halde en fazla 45 yıl olacaktır (Arslantürk, ss. 113-114).

¹²⁹⁸ TCK'nın 77. maddesinde insanlığa karşı suçlar düzenlenmiş ve bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacağı ve ayrıca yine bu suçlardan dolayı zamanaşımının işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. TCK madde 77: “(1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur: a) Kasten öldürme. b) Kasten yaralama. c) İşkence, eziyet veya köleleştirme. d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma. 8986 e) Bilimsel deneylere tabi kılma. f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı. g) Zorla hamile bırakma. h) Zorla fuhşa sevk etme. (2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır. (3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur. (4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemeyiz.”

¹²⁹⁹ Cinsel istismara uğrayan sayısız mağdur, ancak uzun yıllar sonra ve yaşadıkları asıl travmayla baş ettikten sonra, kendilerinde soruşturma makamlarını bilgilendirme gücü bulabilmektedirler. Bu mağdurlar savcılığın zamanaşımı nedeniyle mevzuata uygun olarak davayı düşürme kararını ikinci bir travma olarak hissetmektedirler. Bu nedenle çocuklara yönelik cinsel istismar suçları söz konusu olduğunda ayrı bir zamanaşımı mevzuatının yürürlüğe girmesi gerektiği belirtilmektedir. Alman Hukuku'nda zamanaşımına yönelik taleplerde Ceza Kanunu'nun 176. maddesi kapsamında işlenen suçlarda zamanaşımının 20 yıla kadar yükseltilmesi istenmektedir, tüm çocuk istismarı suçlarında zamanaşımı süresinin 30 yıla kadar yükseltilmesi de talep edilmektedir (Merk, ss. 135-136; ayrıca bkz. Laubenthal, 2012, s. 173).

Nuhoğlu da, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların özelliklerinin, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin, suçun mağdur üzerindeki etkisinin gözönüne alındığında, ilgili suçlarda zamanaşımı sürelerinin ya diğer suçlar için belirlenen zamanaşımı sürelerinden daha uzun olması gerektiğini ya da zamanaşımı süresinin başlangıcının mağdurun belli bir yaşa gelmesi şartına bağlı tutulması gerektiğini belirtmekteydi. Özellikle söz konusu suçlarda zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesinde mağdur ile fail arasındaki akrabalık bağının gözönüne alınarak, zamanaşımını belirleyen bir hükmün bulunmaması da yine kanunda bir boşluk olarak ifade edilmekteydi (Nuhoğlu, İspat, s. 60).

¹³⁰⁰ Zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde TCK m. 66/3 gereğince nitelikli haller de gözetilecektir. Zamanaşımı, çocukların cinsel istismarı suçunun üstsoy veya çocuk üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişilerce işlenmesi (TCK m. 103/3) halinde, çocuğun 18 yaşını bitirdiği tarihten itibaren işlemeye

suretiyle işlenen cinsel istismar (hafif cinsel istismar) – (TCK m. 103/1 – ikinci cümle) suçunda zamanaşımı süresi 15 yıldır (TCK m. 66/1-d). Nitelikli cinsel istismar (TCK m. 103/2) suçunda ise zamanaşımı süresi ceza üst sınırının 20 yıl olması sebebiyle, TCK m. 66/1-c gereğince 20 yıldır¹³⁰¹.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda TCK m. 104/1 bakımından zamanaşımı süresi 8 yıldır (TCK m. 66/1-e). TCK m. 104/2 ve 3 bakımından ise zamanaşımı süresi 15 yıl olarak belirlenmiştir (TCK m. 66/1-d)¹³⁰².

Cinsel taciz suçu bakımından zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e uyarınca 8 yıldır¹³⁰³.

başlayacaktır (TCK m. 66/6). Çocukların cinsel istismarı suçu sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü (TCK m. 103/6) halinde ise zamanaşımı süresi 30 yıl olarak belirlenmiştir (TCK m. 66/1-a) (Bkz. Parlar/Banko, s. 111).

¹³⁰¹ Taneri, s. 126. 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunun 13. maddesi ile hüküm bir kez daha değişmiştir. Buna göre mağdurun 12 yaşından küçük olması maddede bahsi geçen her bir eylem bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından suçun basit ve hafif hali bakımından getirilen yeni düzenlemeye göre, *mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacaktır. Çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli hali bakımından mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.*

¹³⁰² Parlar/Banko, s. 331.

¹³⁰³ Parlar/Banko, s. 349; Taneri, s. 226.

SONUÇ

1926 tarihli 765 sayılı ceza kanunumuzda düzenlenen suç tipleri ile cinsel saldırıya uğrayan kişilerin hukuksal yararından çok toplumun geleneksel ahlak anlayışının korunduğu görülmektedir. 5237 sayılı TCK'da ise korunan hukuki değerlere göre cinsel davranışlar farklı suç kategorilerinde ele alınarak temel olarak cinsel suçlar “*kişilere karşı suçlar*” kısmında “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” (m. 102-105) bölümünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu da madde gerekçesinde, bu bölümde yer alan suçlarda korunan hukuki değerin kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğunu vurgulamış olup, bu bakımdan TCK'nın cinsel davranışlara bakışının da bireysel cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olduğu açıklığa kavuşturmuş olmaktadır. Kanaatimizce de, söz konusu suç tiplerinin korumaya çalıştığı hukuki değeri daha doğru bir şekilde ortaya koymak bakımından kanun koyucunun, konumuzu oluşturan suçlar için TCK'da bölüm başlığı olarak cinsel dokunulmazlık yanında cinsel özgürlüğe de vurgu yapması ve söz konusu suçları sınıflandırmış olması daha doğru bir tercih olabilirdi.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin maddelerin tamamı 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' un 58, 59, 60 ve 61. maddeleriyle 2005 yılındaki köklü değişikliğin ardından bir kez daha değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle suçların temel ve nitelikli hallerinin cezalarında ciddi artışlara gidilmiş olduğu görülmektedir. Bakıldığında, 6545 sayılı Kanun ile yapılan temel değişikliğin, cezaların artırılması olduğu görülmektedir. Bu tür bir yaklaşım, yakın dönemde haberlere yansıyan özellikle çocuklarla alakalı bazı dramatik vakalara yönelik kamuoyu tepkisinin sonucu olmuştur. Halbuki, bu suçlar için öngörölmüş olan önceki cezalar da hafif değildi. Bu suçların önlenmesi bakımından yapılması gereken öncelikli olarak bu suçların işlenmesine ve –böyle bir durum varsa- artmasına neden olan etkenlerin tespit edilip bunları en aza indirmeye yönelik tedbirlerin geliştirilmesidir. İlgili suçların işlenme sebepleri, fail ve mağdur profilleri ile ilgili önemli kriminolojik araştırmalar yapılmalıdır. Bu tür araştırmalara dayanmayan değişikliklerin, kendilerinden beklenen amaca ulaşmayı sağlayamayacağı ve uzun ömürlü de olamayacağını belirtmeliyiz. Nitekim Anayasa mahkemesinin 22.11.2015 Tarih ve 2015/ 26 E., 2015/ 100 K. ve

26.05.2016 tarih ve 2015/ 108 E., 2016/ 46 K. sayılı kararları sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesi ile 103. madde bakımından bir kez daha değişikliklere gidilmiştir.

6545 sayılı Kanun değişiklikleri ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar konusunda genel olarak cezaların artırılması yoluna gidilmiş olmakla birlikte, ilgili düzenlemeye ilişkin değişikle ayrıca “*beden ve ruh sağlığının bozulması*” TCK m. 102 ve 103 bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olmaktan çıkarılmıştır. İlgili hükme ilişkin hem doktrinde hem de uygulamada yoğun eleştiriler söz konusuydu. Fıkra hükmünün uygulanmasında yeknesaklık bulunmadığı gibi, doktrinde de bu fıkra hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği ve hangi hallerde uygulanacağı hususları tartışmalıydı. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti maksadıyla mağdurların defalarca adli tıp kurumuna ve hastanelere gönderilmekte olduğu belirtilmiş ve yaşanan mağduriyetlerin tekrar tekrar mağdura hatırlatılmasının önlenmesi amacıyla bu fıkra hükmünün mülga edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Fıkranın getiriliş amacı fiil hakkında verilecek cezanın belirtilen bu sebeple ağırlaştırılmasıydı. Maddenin yarattığı bir diğer sorun da birden fazla kişi tarafından işlenen cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri bakımındandır. Birden fazla fail söz konusu olduğunda hangi failin fiilinin mağdurun ruh sağlığını bozduğunun tespiti istenmektedir. Oysa bunun tespiti mümkün değildir. Bu durumlarda da ilgili hal zaten uygulanamaz duruma gelmekte idi. Öte yandan bazı hallerde cinsel saldırı/ cinsel istismar ancak bir psikiyatrik değerlendirmeden sonra anlaşılabilir. Bu gibi hallerde mutlaka ruh sağlığı açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Kanımızca söz konusu hal anlamında ruh sağlığının bozulmasının kanundan çıkarılması yukarıdaki gerekçelerle isabetli olsa da bu mağdurun hiçbir şekilde psikiyatrik değerlendirmeye tabi tutulmayacağı anlamına gelmeyecektir. Özellikle başka ispat vasıtası bulunmayan hallerde bu tarz bir değerlendirmenin çok faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Söz konusu fiillere maruz kalanların bir de çeşitli muayenelerden geçirilerek beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığının kanıtlanması zorunluluğunun kaldırılmasının doğru bir uygulama olduğunu söylemek mümkünse de, bunun adeta cezaların içine yedirilerek bu kez cezaların artırılması yoluna gidilmesinin ne kadar uygun bir yol olduğu kanaatimizce de tartışmaya açıktır. Asıl önemli olan, cezanın

mutlak bir şekilde uygulanacağı düşüncesinin toplumda egemen olmasıdır. Bunun sonucu olarak da bireylerin suç işlemekten önce düşünmeleri ve suç işlemekten kaçınmaları sağlanabilecektir. Cezanın caydırıcı olması isteniyorsa asıl yapılması gereken, yargılamanın suçun işlenmesinden sonra en kısa süre içinde tamamlanması ve gerekiyorsa faile ceza verilmesi ve böylece toplumda da cezadan kaçma ihtimalinin olmadığı izleniminin yaratılmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarihinde 2015/100 sayılı kararıyla TCK'nın 103/2. maddesinde bulunan “16 yıldan aşağı olmamak kaydıyla” hapis cezası öngören düzenlemeyi iptal etmiş bulunmaktadır. Mahkeme düzenlemeyi orantılık ilkesine ve hukuk devletinin gereklerine aykırı bularak, ilgili karar bir yıl sonra yürürlüğe girecek şekilde olmak üzere iptal etmiştir. Söz konusu karar, yukarıda bahsettiğimiz görüşün bir bakıma onaylanması niteliğinde olmuştur.

Kanun koyucu 6545 sayılı kanun ile TCK m. 102/1 hükmünü değiştirerek, “sarkıntılık” fiillerini cinsel saldırı suçunun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hafif hali olarak düzenlemiştir. Bundan çıkan sonuca bakacak olursak, kanun koyucu cinsel anlam içeren fiillerin vücuda temas etmesi çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalara son vererek bu fiillerin cinsel taciz olarak değil cinsel saldırı suçu olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş olmaktadır. Böyle bir tercihin doğru olmadığını belirtmek gerekmektedir. 765 sayılı TCK döneminde öğretinin üzerinde birleştiği ve Yargıtay uygulamasının da yeknesak hale geldiği bu tür fiillerin taciz niteliğinde rahatsız edici hareketler olarak değerlendirilmesi ve cinsel saldırı suçu kapsamında kabul edilmemesi gerekirdi. Bu yoğunluk ve boyut azlığında olan ani, kesik ve süresiz şekildeki rahatsız edici fiillerin, açıkça cinsel taciz olarak tanımlanıp bu suçun ceza üst miktarının artırılması, haksızlık içeriğine uyan tipin belirlenmesi açısından daha uygun bir tercih olabilirdi. Nitekim bu tür fiillerin, zorlama bir yorum ve yanlış bir değerlendirmeye cinsel saldırı suçu olarak uygulanması ve sonra da bu uygulamaya hukuki dayanak oluşturmak maksadıyla sarkıntılık niteliğindeki fiillerin m. 102/1 kapsamına alınması hem kanun yapma tekniğine uygunluk ve hem de fiilin haksızlık içeriğinin bu derece geniş tutulması açısından bizce de yerinde olmamıştır. İlgili değişiklik, suçun temel şekli ile nitelikli hali arasındaki ceza bakımından söz konusu olan denge de bozulmuş olmaktadır. Ayrıca, söz konusu değişiklik, 765 sayılı TCK'nın cinsel suçlara dair kavramlarına adeta yeniden dönüş kapısı açılmış

görülmektedir. Sarkıntılıktan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için, eski ceza kanunumuzdaki söz atma, sarkıntılık, ırza tasaddi ve ırza geçme kavramlarından ne anlaşıldığına bakma ihtiyacı oluşacaktır. Aslında 5237 sayılı Kanunla bu kavramlar ve bu kavramlar neticesinde oluşmuş içtihatlar terk edilmişti.

Nitelikli cinsel saldırı suçunun meydana gelebilmesi için failin organının veya sair bir cismin mağdurun vücuduna “*tamamen*” veya “*hemen hemen tamamen*” girmiş olması aranmaktadır. Sair organ veya cismin kısmen sokulması da, vücut dokunulmazlığı üzerinde cinsel özgürlük hukuksal değerini ihlal ettiği için bu suç açısından cinsel duyguları tatmin gibi bir özel kast da aranmadığından, cinsel organ veya sair cismin kısmen sokulmasıyla bu suçun tamamlandığını söylemek gerekir. Kanun koyucu organın tamamen girmesi, cinsel tatmini sağlayacak elverişte girmesi ve belli bir süre mağdurun vücudunda kalması gibi belli bir unsuru bu suç açısından aramak niyetindeyse, bu durumu suç tipinde ayrıca düzenlemesi gerekirdi.

765 sayılı TCK m. 434’te “*kaçırma, ırza geçme, ırza tasaddi ve rızasıyla küçüklerle cinsi münasebette bulunma*”yı suç sayan hükümler bakımından uygulanabilecek ortak bir hüküm olarak, fail ile mağdurun evlenmesi suç ortakları açısından da olmak üzere bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiş idi. Bahsi geçen düzenlemenin getiriliş amacının, kadını düşürmüş olduğu durum, evlenmenin psikolojik ve toplumsal sonuçları bakımından sorunlu olmasının yanı sıra; ceza hukuku tekniği açısından da pek çok başka sorunu da bünyesinde barındırmakta olduğu belirtilmekteydi. 765 sayılı TCK ırza geçme suçlarının faili olarak sadece erkekleri kabul ettiği için, “*evlenen koca*”dan ve “*erkek tarafından haksız olarak vukua getirilen boşanma*”dan söz etmiştir. Yani bu suçun mağduru yalnızca kadın olabilecektir. Yasa koyucu bu tür suçların mağdurunun erkek olabileceğini aklına dahi getirmemiş görünmektedir. Düzenlemeden çıkan bir başka ilginç sonuç da, mağdurun mutlaka doğrudan faille evlenmesi şartının aranmamasıdır. Örneğin, kapıda gözcülük yapan kişiyle de evlenilse aynı sonuç doğmaktadır. Bir başka husus ise cezasızlığın şeriklere de sirayet ediyor oluşudur. İlgili maddenin son fıkrasına göre ise, doğrudan fail veya şeriklerden biri mağdur ile evlendiği takdirde diğerleri hakkındaki kamu davası veya hüküm verilmişse ceza düşecektir. Yani, mağdur ile evlenenin dava ya da cezası ertelenirken; diğer sanıkların dava ya da cezaları düşürülmektedir. Kocanın kusuru ile belli bir süre içinde bir boşanma olduğunda ise, kocanın aksine diğer failler

hakkındaki kamu davasına ya da cezalarının infazına devam edilemeyecektir. Sayılan tüm bu gerekçelerle ilgili hükmün ceza hukuku sistemimizden kaldırılmış olmasının son derece yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Yine son derece yerinde olarak 5237 sayılı TCK'da fail ya da şeriklerden biri ile mağdurun evlenmesine, kamu davasının veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir sonuç bağlanmamış olduğunu görmekteyiz. Öte yandan cinsel saldırının temel şeklinin eşler arasında işlenmesini cezalandırmak istemeyen, nitelikli cinsel saldırıyı ise ancak şikayet şartıyla cezalandıran TCK sisteminin, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen, niçin faili cezalandırma yoluna gittiğini anlamanın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, teorik olarak, fail ile mağdur arasında meydana gelen evliliğin ceza davasını ya da infazı ortadan kaldırması gerektiğini savunmak olanaklı değil ise de, TCK'nın bu konudaki sisteminin kendi içerisinde nasıl çeliştiğini vurgulaması bakımından önemli olduğunu düşünmekteyiz.

6545 sayılı kanunun 59. maddesi hükmü ile TCK m. 103'te düzenlenmiş bulunan çocukların cinsel istismarı suçu önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi cinsel istismarın da sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesidir. Ayrıca, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır. Yine Anayasa mahkemesinin 22.11.2015 tarih ve 2015/26 E., 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı kararları ile hükmün bazı kısımlarının iptali sonrası 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesi ile hüküm bir kez daha değişmiştir. Buna göre mağdurun 12 yaşından küçük olması maddede bahsi geçen her bir eylem bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015 tarih, 2015/ 26 E., 2015/100 K. sayılı iptal kararı bakımından itirazın konusu, 06.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. Maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği belirtilmiş, ayrıca Anayasa'nın 10. Maddesi bakımından bir incelemeye gerek görülmemiştir. Kararda, TCK'nın 103.

maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddelere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. Anayasa Mahkemesi çocukların cinsel istismarı suçu hakkında yukarıda bahsettiğimiz karardan sonra ikinci olarak 13.07.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 26.05.2016 gün, 2015/ 108 E., ve 2016/ 46 K. sayılı kararı ile TCK m. 103/1-a'da yer alan “*tamamlamamış*” sözcüğü bakımından, TCK m. 103'ün 1. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerini iptal etmiştir. Bir önceki iptal kararında olduğu gibi oyçokluğu ile verilen bu iptal kararının Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yani 13.01.2017 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili ikinci iptal kararında, TCK m. 103/1'in ilk iki cümlesinde bulunan cezaların, çocuğun cinsel yönden istismar edilmesini önleme ve korunması amacına hizmet ettiğini, fakat 11.12.2015 tarihinde bahsettiği iptal gerekçelerinin bu hükümler ve yerel mahkemenin gördüğü dava konusu ile sınırlı olarak TCK m. 103/1-a'nın ilk kısmı bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlığını taşıyan Anayasanın 41/4 maddesi gereğince fail çocuğun da korunması gereklidir. İtiraz konusu kural ise bazı hallerde somut olayın özellikleri ile bağdaşmayacak ve dengeyi dikkate almayan ölçüde ağır cezaların verilmesi neticesine sebep olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle de ölçüsüz yaptırım öngören ilgili kuralın “*hukuk devleti*” ilkesine aykırılığından dolayı iptali gerekmektedir. TCK m. 103 ile ilgili temel sorunun, 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra başladığı belirtilmektedir. Buna göre, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına ilişkin cezaların (6545 sayılı kanun m. 59) ve infaz koşullarının da (6545 sayılı kanun m. 82) ağırlaştırılması ile ister istemez somut olayların özelliklerini dikkate almayan dava ve hükümler açısından olaya, adalete ve vicdana uygun düşmeyen mahkumiyetler ortaya çıkmıştır. Yine, TCK m. 61 ve 62 uyarınca her somut olay için yapılacak cezanın bireyselleştirilmesinin önüne geçen yasal düzenlemelerin de doğru olmayacağı vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, oyçokluğu ile verdiği ilgili kararında bu hususiyete öncelik vermiş ve TCK m. 103'ün ilgili hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, mağdur çocuğun ve failin yaş

kademelerini dikkate almayan, somut olayın özelliklerini gözetmeyen, yargı yetkisine de müdahale içeren ve davayı gören mahkemenin TCK m. 61 uyarınca cezanın bireyselleştirilmesinin önüne geçen hükümleri Anayasaya aykırı bulmuştur.

Yukarıda ayrıntıları ile bahsettiğimiz ve itiraz yoluna kapalı Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararları ile birlikte, yasa koyucunun TCK m. 103 ile ilgili ortaya yeni bir hüküm koyması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ancak kanaatimizce yeni hükümde, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesini dikkatli okumak, cinsel dokunulmazlığın korunması hakkında sistemi bozacak ve geriye dönüşe yol açacak düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir. Örneğin, 765 sayılı TCK'da yer alan ve daha önce de değindiğimiz 423/2 ile 434. maddelerinde düzenlenmiş olan evlenmekle dava ve cezanın erteleneceğine ilişkin hükme tekrar dönülmesi söz konusu olmamalıydı. Aksi bir durum, cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının failleri ile mağdurları (bu kişilerin ailelerinin de devreye girmesiyle birlikte) arasında maddi karşılığa dayalı evliliklerin yapılması, bu halin pazarlığa çevrilmesi ve de cezadan kurtulma yolu olarak kullanılmasının ve daha pek çok mağduriyetin önünü açacaktı. Evlenme durumunda da soruşturma, dava ya da cezanın ertelenmesine dair herhangi bir kurtuluş yolu getirilmemeliydi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe girmesi için öngörülen sürenin dolmasına az bir süre kala bazı milletvekilleri tarafından ve yukarıda sözü edilen evlenmenin ceza ilişkisini ortadan kaldırmasına ilişkin düzenlemenin yeniden TCK'ya alınması gündeme getirilmiş idi¹³⁰⁴. Buna gerekçe olarak da Anayasa Mahkemesinin kararına paralel olarak eşi hapse giren küçük yaştaki kız çocuklarının mağduriyeti gösterilmişti. Böyle bir düzenlemenin yasalaşmasının doğuracağı sakıncalar aşıkardır. Küçük yaşta evliliğe zorlanan kız çocuklarının ve onların çocuklarının mağduriyeti ceza hukuku ile değil devletin sosyal yardım mekanizmalarıyla giderilmelidir. Bu anlamda ilgili düzenlemenin komisyona

¹³⁰⁴ Önerilen düzenlemenin tam metni şu şekilde idi: *"Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Görüşülmekte olan Kanun Tasarısının Geçici 1. maddesine aşağıdaki fıkranın eklenmesini arz ve teklif ederiz. "(2) Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçundan, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazının ortadan kaldırılmasına karar verilir."*

geri çekilmesi son derece sevindiricidir. Böyle bir tartışmanın bir daha gündeme gelmemesini temenni etmekteyiz.

Öte yandan yasama organı bir hukuk boşluğu doğmasını engellemek için 24.11.2016 T. ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile TCK m. 103'ü yeniden düzenlemiştir. Bu düzenlemenin getirdiği tek fark madde 103'teki üç eylem bakımından da (basit, hafif ve nitelikli cinsel istismar) mağdurun 12 yaşını doldurmamış olmasını nitelikli hal olarak tanımlamış olmasıdır. Kanun koyucunun TCK m. 103 bakımından yeni düzenlemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi'nin özellikle kademeli bir cezalandırma öngörülmesine ilişkin iptal gerekçelerini nispeten sınırlı da olsa dikkate aldığı söylenebilir. Öte yandan TCK'daki cezalar aynı ağırlığı muhafaza etmektedir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi kararlarının ceza miktarları üzerinde etkili olmadığını söylemek gerekir. Kanun koyucunun 12 yaşını doldurmamış çocuklara karşı işlenen cinsel istismar fiillerinin daha ağır cezalandırılmasını öngörmesi bizce isabetlidir. Zira bu çocuklar daha korunmasız olduklarından suçun işlenmesi daha kolaydır. Yine de istismar fiillerinin çocuğun ruhunda açacağı yara bakımından 12 yaşın altındaki ve üstündeki çocuklar arasında önemli bir fark olmadığını düşünmekteyiz. Düzenlemeye ilişkin çekincemiz 12 yaşını doldurmuş çocuklar bakımından alt sınırdan ceza verilmesinin müstekar bir uygulama haline gelmesidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması da bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kamuoyunda bu düzenlemenin 12 yaşından büyük çocukların rızasının istismar fiilini suç olmaktan çıkaracağına ilişkin yanlış bir kanı oluşmuştur. Düzenleme bir nitelikli hal ihdas etmektedir. Hakimin mağdurun rızasını araştırması gerekli ve mümkün olmadığı gibi özellikle 12-15 yaş grubundaki çocuklar bakımından böyle bir rıza geçerli de olmayacaktır. 15-18 yaş arasındaki çocuklar bakımından ise rızanın varlığı durumunda TCK m. 104'ün uygulanması gündeme gelecektir.

6545 sayılı kanun ile cinsel tacizi düzenleyen m. 105'te "*filin çocuğa karşı işlenmesi halinde*" ceza artırımını öngörülmüştür. Böylece cinsel taciz suçunun "*çocuğa karşı da*" işlenebileceğinin kabul edilmesi ile birlikte, artık yerleşik hale gelen Yargıtay uygulaması yasal bir dayanak kazanmıştır. Ayrıca, 6545 sayılı Kanunun madde gerekçesinde, m. 103 bakımından "*fiziksel temas*" gerektiği de belirtilmiştir. Böylece, Yargıtay'ın gerek m. 102/1 ve gerekse m. 103/1 açısından "*bedensel temas*"ı

yeterli gördüğünü, herhangi bir niteliksel kriter (*davranışın normatif önemi, temasın yoğunluğu gibi*) öngörmediğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından, suçun “*sarkıntılık düzeyinde*” kalması, TCK m. 103/1 bakımından cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Zira önceki hukuki durumda, çocuklara karşı işlenen bu tür fiiller için son derece yüksek cezalara hükmedilebilmekte idi. Söz konusu düzenleme bir karışıklığı gidermiş olması açısından yerinde olsa da kanımızca içerik olarak isabetli değildir. Çocuklara yönelik cinsel içerikli fiiller çocuklara daha büyük zarar verdikleri ve haksızlık içerikleri daha yoğun olduğu için daha ağır cezalandırılır ve müstakil hükümlerde düzenlenirler. Bu bağlamda cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenen hali için öngörülen hukuki düzenlemenin fiilin haksızlık içeriğini karşılamadığını düşünmekteyiz. Öte yandan uygulamada çocuklara karşı işlenen fiillerin sadece temas kriterinden yola çıkılarak sınıflandırılması bu sakıncayı pekiştirmektedir. Zira öyle bazı fiiller vardır ki fail mağdura dokunmasa da mağdurda ciddi travmaya yol açabilir. Bu nedenle bizce de yapılması gereken gerekli görülüyorsa sarkıntılık hali için öngörülen cezanın alt sınırının indirilmesi ve fakat çocuklara karşı işlenen cinsel içerikli her fiilin madde 103 kapsamında değerlendirilmesidir. Bu anlamda mevcut düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Çocuk TCK m. 103 ile sadece bedensel olarak değil, ruhsal yönden de koruma altına alınmakta ve bu suretle ileride dengeli ve mutlu bir birey olma hakkı korunmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle çocuğun devlet korumasında olduğu hallerde uygulamada çocuk yanında anne-babanın da beyanına başvurularak şikayetçi olup olmadığı yönündeki görüşünün alınması kanımızca isabetli değildir. Bu tür davalara Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı mutlaka müdahil olmalı ve bu yaştaki çocuğu koruma altına alarak bir an evvel kendi sosyal çevresinin etkisi dışında tutmalıdır. Uygulamada bazı illerde çocuğun beden muayenesini yapan adli tabipler raporlarını bir sosyal hizmetler uzmanının dikkatine sunulmak üzere kaleme almakta böylece çocuğun ve bazı hallerde ailesinin sosyal yardım ihtiyacının kısa sürede karşılanmasını sağlamaktadırlar. Bu uygulamanın yaygınlaşmasını temenni etmekteyiz.

TCK m. 104’ün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrasındaki faile ait özellik de, burada belirtilmesi gereken bir diğer husustur. TCK m. 104/2’de “*Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki*

kat artırılır” hükmü bulunmaktayken, Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı RG.’de yayımlanan karar ile bu düzenleme iptal edilmiş bulunmaktadır. Biz de bu iptal kararını yerinde bulmaktayız. Bunun en temel sebebini de hükümde yer alan beş yaş fark kriterinin neye göre tercih edildiğinin belirsiz olmasıdır. Böyle bir tercih sosyolojik ve kriminolojik verilere dayanmalıdır. Ayrıca kanaatimizce bir çocuk üzerinde onun iradesini etkileyecek kişinin durumunun götürü bir kabulde değil somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

TCK m. 104 bakımından cinsiyet ayrımı yapılmaksızın karşıt cins ve hemcinsler arasında bu suçun işlenebileceğini düşünüyoruz. Kanunkoyucunun bu konuda aksi yönde iradesi olsa idi kanaatimizce bu hükümde belirtilirdi. Kaldı ki cinsel ilişki sadece bir kadın ve bir erkek arasında gerçekleşmez; hemcinslerin de cinsel ilişkiye girmesi pekala mümkündür. Kanımızca bu suçun faili 12 yaşından büyük herkes olabilir. Kanun koyucu burada bir özgü suç yaratmak isteseydi bunu açıkça belirtmesi gerekirdi. Dolayısıyla hükümde olmayan bir koşulun aranması bizce yerinde değildir. Öte yandan hükümde faili 18 yaşını doldurmuş kimselerle sınırlayan bir değişikliğin hem suçun haksızlık içeriğine daha uygun olduğunu hem de uygulamadaki sorunları ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz. Kanun koyucunun m. 104 ile ulaşmak istediği maksat bakımından kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesine göre, bu madde hükmünü, tereddütlere yer bırakmayacak biçimde düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz. Madde hükmü, yapılacak değişiklikle, aslında 18 yaşını bitirmiş bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bir çocukla cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın cinsel ilişki yaşaması halini gösterecek biçimde düzenlenmelidir. Kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel özgürlüklerini, hiçbir sınırlama olmadan yaşamalarına izin vermek düşüncesindeyse, bu halde m. 104 kapsamında kalan fiilleri suç olmaktan çıkarmalıdır. Şayet kanun koyucu bu özgürlüklerin bu biçimde kullanılmasını onaylamıyorsa, belirttiğimiz üzere m. 104’ün içeriği, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş bir kimse ve suçun mağdurunun ise 15-18 yaş aralığındaki bir çocuk olmak üzere yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Mevcut durumda kanımızca TCK m. 104’e gerek bulunmamaktadır. Eğer maruz kaldığı fiilin niteliğini ve sonuçlarını anlayamayacak durumda yahut iradesi cebir tehdit gibi yöntemlerle fesada uğratılmış bir çocuk söz konusu ise bu durumda

zaten TCK m. 103 gerekli korumayı sağlamaktadır. Öte yandan Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre evlenebilecek bir çocuğun kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girmesini cezalandırmak hukuk sisteminin birliği ile uyuşmamaktadır. Kanunkoyucu 18 yaşından küçükleri mutlak manada korumak niyetinde ve onların cinsel olgunluğa erişmediği kanısında ise hukuki düzenlemelere evlilik yaşını istisnasız olarak 18'e çıkartarak başlamalıdır. Çocukların merak, haz duygusu gibi nedenlerle cinselliği tam olarak kavramadan cinsel ilişki yaşamaları ceza hukukunun değil sosyolojinin sorunudur. Bu durumda aynı yaş aralığında olup sırf erkek olduğu için dominant olduğunu kabul ederek erkek çocuğunu cezalandırmak o çocuğa çok daha büyük zarar verecektir. Çocuklara ilişkin her konu TCK ile değil; bazıları da sosyal yapı içinde çözümlenmelidir. Kanunkoyucu TCK m. 104'ü mutlaka kanunda tutmak istiyor ise bir başka çözüm de yukarıda belirttiğimiz üzere bu suçun failinin mutlaka 18 yaşından büyük bir kişi olarak belirlenmesidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda gençlerin cinsel istismarı suçunda 18 yaşından ve 21 yaşından büyük olmak üzere iki fail kategorisi bulunmaktadır. Kanımızca, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere burada temel sorun Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır ve evlilik yaşına ilişkin düzenlemenin değişmesi gerekmektedir. Mevcut durumda ise evlilik ancak çocuğun eşi ile girdiği cinsel ilişkiyi hukuka uygun hale getirir. Çocuk, hem TCK'da hem uluslararası metinlerde rüşt değil yaş esas alınarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla çocuk ister evlilik ister mahkeme kararıyla reşit olsun rüşt konusu dışında çocuk olarak kalmaya devam edecek ve TCK açısından kendi yaş grubuna ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır.

6545 sayılı kanun m. 60 ile 104. maddeye iki ayrı fıkra eklenerek suç etkileyen iki yeni hal getirilmiştir: *-Bunlardan ilki*, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinin ayrı bir özgü faillik olarak düzenlenmesidir. Yeni getirilen bu hükme göre; *“Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Burada açıklanması gereken bir diğer husus da, değişiklik sonucu enstest fiillerinin TCK bakımından suç kapsamına alınıp alınmadığıdır. Her ne kadar maddeye getirilen ikinci fıkrada mağdur çocuk ile aralarında *“evlenme yasağı”* olan kişilerin cinsel ilişkileri suçun nitelikli hali olarak kabul edilse de kanaatimizce bu düzenleme

tam olarak encest fiillerine karşılık olarak gelmemektedir. Encestin, dar anlamda altsoy üstsoy arasındaki cinsel ilişkileri kapsadığı gibi geniş anlamda yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkileri de kapsadığı kabul edilmektedir. Cinsel şiddeti uygulayanın aileden biri olmasıyla olmaması arasında mağdurun ihtiyaçları farklılaşacaktır. Encestin yasalarda tanımlanmış olmasının uygulamada ortak hareket edilmesini kolaylaştıracağı belirtilmektedir. Gerçekten de aksi halde farklı ihtiyaçlara göre önlem alıp almamak uygulayıcıların kişisel bilgi birikimlerine ve becerilerine bırakılmış olacaktır. Ayrıca, encest ilişkilerde yaş unsuru tek başına bir kıtas olmayıp; yakınlık, akrabalık unsuru en önemli kıtas olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle maddeye getirilen ikinci fıkra hükmü, sadece 15 yaşını dolduran çocukların verdikleri rıza üzerine aralarında “*evlenme yasağı*” olan kişilerin cinsel ilişkileri, suçun nitelikli hali olarak encest kapsamını çok sınırlı bir biçimde düzenlemektedir. Bu nedenle 6545 sayılı kanun değişikliği ile, encest ilişki olarak sayılan fiillerin tümünün suç kapsamına alınmış olmadığını söylemek mümkündür.

Kanaatimizce, çocukların cinsel istismarı suçunun önüne geçebilmek için, Türk Medeni Kanunu’nda belirtilen evlenme yaşının istisnasız 18 olarak düzenlenmesinin yanı sıra dini nikahın da özellikle çocuklar bakımından yeniden suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, TCK m. 230/5 ve 6’ya dair verdiği 27.05.2015 T., 2014/ 36 E., ve 2015/ 51 K. sayılı kararında, oy çokluğu ile TCK’nın ilgili maddesinin 5. ve 6. fıkralarını Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Ülkemiz ne yazık ki küçük yaşta evliliklerin çok sık yaşandığı bir ülkedir. Evlenme yaşının çok altındaki çocukların kendi iradeleri dışında evlilik hayatı yaşamaya zorlanmakta olduğu bir gerçektir. Dinsel tören işte bu durumun toplumun nezdinde meşru hale gelmesinin adeta aracı olarak kullanılmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak da hem bu çocuklar hem de onların çocuk yaşta dünyaya getirdikleri çocuklarının hukuki korumadan yararlanması epey zorlaşmaktadır. Konunun bir diğer üzücü tarafı ise evlilik hayatı yaşamak durumunda kalan bu çocukların yaşadıkları ruhsal ve bedensel sağlık sorunlarıdır. Bahse konu karara konu olan evlenmenin dinsel töreni kaydı tutulmayan bir seremoni olup bu yönüyle de belirlilikten yoksundur. Bu yoksunluğun çok eşliliği kolaylaştırabileceği de ayrıca vurgulanmalıdır. Tüm bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararını yerinde bulmayan görüşlere katılmakta olduğumuzu belirtmeliyiz.

Çocukların cinsel yönden istismarının hukuki boyutunun tespiti yanında bu konunun önleme boyutunun da büyük önem taşımakta olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu konuda ailelerin bilinçlendirilmesi son derece önemli olduğu vurgulanmaktadır. Bu anlamda koruyucu cinsel eğitimin, anne-baba ve okulla bütünleşmek durumunda olduğu da çeşitli platformlarda ifade edilmektedir. Bu anlamda özellikle çocuklara bedenlerinin kendilerine ait olduğu hususunda bir bilinç kazandırılmaya çalışılmasının, belirli durumlarda sınır koyabilmeyi ve yetişkinlerin isteklerine hayır diyebilmeyi, bir sorunları olduğunda başvurabilecekleri en az bir kişinin olduğunu bilmelerinin sağlanmasının önemi üzerinde durulmaktadır. Bu hususta önemli bir diğer nokta ise öğretmenlerin de mezuniyet öncesi ve sonrası eğitimlerle çocuk istismarı hususunda bilgilendirilmeleridir. Gerçekten kendilerine istismara uğramış çocukları fark etme konusunda beceri kazandırılmış olan öğretmenler sayesinde birçok istismar vakasının ortaya çıkarılabileceği düşüncesine katıldığımızı ve bu hususu son derece fazla önemseyeceğimizi belirtmek isteriz.

Kanun koyucu, bizim de katıldığımız gerekçelerle, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından, uygun olmayan pazarlıklara izin vermemek için ve uzlaştırma hükümlerinin yanlış amaçlara alet edilmesini önleyebilmek maksadıyla soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa da, bu suçlar için uzlaştırma yolunu kapatmıştır. Son olarak uzlaştırma kurumuyla alakalı, 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan kapsamlı değişiklik neticesinde de bu durum değişmemiştir. Dolayısıyla, TCK m. 105’de düzenlenmiş bulunan cinsel taciz suçu da birinci fıkrası kapsamında bulunan fiillerin takibi şikayete bağlı olmasına karşın uzlaştırma hükümlerine tabi olmayacaktır. Kanun koyucunun cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları uzlaştırma kapsamı dışına çıkarmasını belirttiğimiz gerekçelerle isabetli bulduğumuzu belirtmeliyiz.

Cinsel suçlardan yapılan yargılamalarda vücuttan örnek alınabildiği hallerde ispat daha kolay olmakla birlikte cinsel saldırının basit hali, cinsel taciz gibi herhangi bir temasın söz konusu olmadığı hallerde beyanlar ciddi önem taşımaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki özellikle mağdurun beyanının alınması hassas bir konudur. Maruz kaldığı suçun yarattığı travmayı artıracak, mağduru bir kere daha rencide edecek şekilde sorular sormaktan kaçınılmalıdır. Keza mağdurun hayatına saygı

gösterilmeli, suçun aydınlatılması için gereken sınır aşılmamalıdır. Burada özellikle çocukların daha da hassas olduğunu belirtmek gerekir. Çocukların durumunun hassasiyetini dikkate alan kanun koyucu ifadelerinin nasıl alınması gerektiğini “*Mağdur ile şikayetçinin dinlenmesi*” başlıklı CMK m. 236’da düzenlemiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu çocukları korumak üzere koruyucu bazı önlemler getirmiştir. Bu önlemleri son derece yerinde bulmakla birlikte bunların uygulanmasının çocuğun psikolojisinin bozulması şartına bağlanmasını isabetli bulmamaktayız. Öncelikle çocuğun psikolojisinin bozulup bozulmadığının tespiti son derece zordur. Kaldı ki bu tarz ağır bir fiile maruz kalan bir çocuğun psikolojisinin etkilenmemesi düşünülemez. TCK’da bu durumun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olmaktan çıkarıldığı da dikkate alınır ise, mağdur çocukların her durumda bir kere ve uzman eşliğinde dinlenmesine yönelik olarak kanunda değişiklik yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Öte yandan Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM) adı ile kurulan yapının yukarıdaki eleştiriyi önemli ölçüde bertaraf ettiği de ifade edilmelidir. ÇİM’ler cinsel suça maruz kalmış çocukların savcı talimatı ile uzmanlar eşliğinde ifadelerinin alındığı yerlerdir. Buralarda kurulan aynalı oda düzeneği çocukların ifadelerinin tek bir defa alınmasını yeterli kılmakta, bir defa daha ifade alınması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Buna rağmen uygulamada ÇİM’de ifadesi alınmasına rağmen mağdur çocukların dinlenmek üzere ısrarla duruşmaya çağırıldığı görülmektedir. Her ne kadar hakim bunu maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için yapsa da mağdur çocuk utancından yahut travmatize olduğu için maddi gerçeği gizleme eğilimi göstermektedir. Bu nedenle ÇİM’de ifadesi alınan çocuğun artık duruşmada dinlenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. ÇİM’deki uzmanların becerileri dikkate alındığında her halükarda bir hukukçudan daha iyi ifade alacakları aşıkardır. ÇİM’ler yargılama sistemimiz içinde son derece önemli bir eksikliği doldurmakla birlikte önemli bir eksikliği de bünyelerinde barındırmaktadır. Adli tıp ve ÇİM’lerin ayrı ayrı örgütlenmiş olması nedeniyle çocukların ifadeleri alınmakta ancak muayeneleri aynı serilikte yapılamamaktadır. Özellikle mesai saati sona erdikten sonra gerçekleşen fiiller bakımından nöbetçi bir hekim olmadığından çocuklar bekletilmekte ve sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. Önerimiz ÇİM’lerin İzmir’de olduğu gibi çocuk hastaneleri veya üniversite hastaneleri içinde örgütlenmesi yahut nöbetçi bir adli tabibin buralarda görev yapmasıdır. ÇİM’de yapılan işlemlere ilişkin

olarak kısaca avukatın konumu üzerinde de durulmalıdır. Uygulamada baro tarafından görevlendirilen avukat ile mağdur çocuk ÇİM’de bazen uzun süre birarada kalmaktadırlar. Bu esnada avukat ile çocuk arasında zaman zaman somut olaya ilişkin konuşmalar geçmektedir. Bunu doğru bulmamaktayız. Avukatın buradaki rolü çocuğu süreçle ilgili bilgilendirmekten ibaret olmalı somut olaya ilişkin değerlendirmeyi ve konuşmayı uzmanlara bırakmalıdır. Aksi halde ÇİM’le ulaşılmak istenen amaç zedeleneyecektir. ÇİM’lerle ilgili olarak ifade etmek istediğimiz son husus yetişkin cinsel suç mağdurları bakımından da benzer bir yapılanmaya ihtiyaç olduğudur. İfade alma ve adli muayenenin birarada gözlerden uzak bir şekilde ve mağdur rahatlatılarak gerçekleştirildiği bir mekan kanımızca son derece faydalı olacaktır.

Uygulamada hekimlerin rızası olmayan kişilerden örnek almaktan imtina ettikleri ve özellikle vücudundan örnek alınmasına rıza göstermeyen mağdurların vücuduna yönelik bu tarz bir müdahaleyi tıp etiğine aykırı buldukları görülmektedir. Hekimler hakkında bu durumda genellikle görevi kötüye kullanma suçundan kamu davası açma yoluna gidilmektedir. Ancak rastlanan bazı somut olaylarda hekimler Biyotıp Sözleşmesi’ndeki muvafakate ilişkin hükümlere dayanarak savunma yapmışlar ve beraat etmişlerdir. Biyotıp Sözleşmesi her türlü tıbbi girişim için muhatabın rızasını aramaktadır. Anayasa m. 90 gereği insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler iç hukuk normları ile çatıştıklarında uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla rızası olmayan kişinin vücudundan örnek alınması da mümkün olmamalıdır. Bu gerekçe kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, CMK’da yer alan hükmün hakim/ savcı kararının artık irade yerine ikame olduğu anlamına geldiğini dolayısıyla hekimin artık iradeye bakmadan müdahaleyi yapması gerektiği ifade edilmektedir. Keza “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*” m. 18 ilgilinin rızasını şu şekilde düzenlemektedir: “*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır...*” Bu hüküm her ne kadar sözünü ettiğimiz sorunu çözüyor gibi görünse de bünyesinde başka bir belirsizlik taşımaktadır. Hükümde sözü edilen “*gerekli önlemler*” ne ifade etmektedir? Hükümdeki önlem

neredeyse kasten yaralama suçuna vücut verecek bir zorlamayı içerebilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Öte yandan işlenen suçun aydınlatılması için örneğin alınmasına da mutlaka ihtiyaç vardır. Kanımızca hekimin de görevi tedaviye değil bir suçun aydınlatılmasına yöneliktir. Kaldı ki özellikle enstest vakalarında mağdur aile bireylerini korumak için örnek vermeyi reddetmekte ancak bu halde de yıllarca saldırıya maruz kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla burada tıp mesleğinin etik kurallarının dışında bir durum olduğu kanaatindeyiz.

Suç sayılan cinsel içerikli eyleme maruz kalan bir kişinin muayenesinin kişi için ikinci bir travma olacağı unutulmamalı ve buna engel olmak için bireylerin muayene ve adli tıbbi değerlendirmelerinin ilgili tüm uzmanların bulunduğu hastanelerde yapılması sağlanmalıdır. Özellikle cinsel şiddetten hemen sonra kısa süre içerisinde başvuran olgularda tıbbi kanıtların korunarak toplanmasının sağlanmasının, gebeliğin ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesi ve yaşanan psikolojik travmanın tedavisi sürecinin birlikte yürütülmesi için gerekli olduğu da vurgulanmaktadır. Cinsel saldırı olguları değerlendirilirken saldırganın veya şüphelinin de değerlendirilmesinin çok önemli olduğu belirtilmektedir. Tıbbi kanıtların yok olmaması için kişinin olay sonrası banyo yapmadan ve giysilerini değiştirmeden muayenesinin yapılması önemlidir. Son yapılan değişikliklerle “*ruh sağlığı bozulmasının*” cezayı ağırlaştırıcı etken olmaktan çıkarılması nedeniyle hastaların adli tıbbi değerlendirmeleri istenirken bu konu sorulmamaktadır. Bu durum, hastaların ruh sağlığı muayenesinin yapılmasına, gerekirse ruh sağlığı / çocuk ruh sağlığı uzmanlarından görüş istenmesine engel olmamalıdır. Bu hastaların özellikle de çocukların tedavi ve hatta uzun süreli rehabilitasyonlara gereksinimleri olduğu bir gerçektir.

Çocukların soruşturma aşamasında ifadelerinin alınması kadar önemli bir diğer konu da duruşmada çocukların konumudur. Bu konuda CMK fail ve mağdur çocuk arasında bir ayrım yapmıştır. CMK m. 185’e göre sanık onsekiz yaşından küçük ise duruşma zorunlu olarak kapalı yapılır ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanır. Görüldüğü üzere zorunlu kapalılık sadece çocukların sanık olduğu haller için söz konusu olacaktır. Çocukların mağdur olduğu yargılamalarda ise ancak nisbi kapalılığı düzenleyen m. 182 hükmü işletilebilir. Hükmün ikinci fıkrasına göre genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının

veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Bu halde kapalılığın ayrıca talep edilmesi gerekmektedir. Kanımızca bu düzenleme de eksiktir. Zira çocukların özellikle cinsel suçlardan mağdur olduğu yargılamaların gizli yapılması bu çocukların korunması bakımından zorunlu olmalıdır. Bir çocuğun özellikle cinsel bir suçtan mağdur olduğu bir yargılamayı kamuya açık yapmakta hiçbir fayda görmemekteyiz.

2014 yılında CGTİHK m. 108'e 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı kanun ile bir 9. fıkra eklenmiştir. Bu fıkra, yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratarak cinsel suç işleyenleri de bu kapsama almıştır. Bu kişilere yönelik olarak denetimli serbestlik kapsamında bazı yükümlülükler de getirmiştir. Söz konusu tedbirler Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçuna, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçuna, 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik tedbirlerdir. Tedbirlere infaz sırasında ve koşullu salıvermeden sonra denetim süresi içinde infaz hakimi tarafından hükmedilebileceği belirtilmiştir. Düzenlemenin bu haliyle belirsiz olduğu, özellikle tedaviden ne anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizliğin de kaygı uyandırıcı nitelikte olduğu belirtilmekteydi. İlgili hükmün 11. fıkrasında söz konusu yükümlülüklerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin bir yönetmelik düzenleneceği de hükme bağlanmıştı. Ancak bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin iki yıl sürmüştü olduğunu da ifade etmek gerekir. Söz konusu yönetmelik "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*" adıyla 26 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yönetmeliğe bakıldığında esasen birden fazla yükümlülüğe ilişkin olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar içinde açıklanmaya ve tartışmaya muhtaç olan en önemli husus kuşkusuz tedavi tedbiridir. Çünkü söz konusu tedbirin kapsamı belirsiz ve hukukumuz bakımından da oldukça yenidir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta da cinsel suç faillerinin tedavisi yine çok çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Yönetmelikte ve kanunda "*tıbbi tedavi*" ve "*tedavi amaçlı programlara katılma*" olmak üzere iki tür tedavi tedbirinden söz edilmektedir. Hükmün uygulanması için örneğin uzman görüşü alınması gibi sıkı şartların aranmasını isabetli bulmaktayız. Ancak yönetmeliğin bu haliyle kanuna aykırı olduğu kanaatimizi de ifade etmek isteriz. Prensip olarak hukuk düzenlerinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan

düzenlemelerin mutlaka kanunla yapılması gerektiği belirtilmelidir. Bu demektir ki, kanunda çizilen genel çerçevenin içi normlar hiyerarşisinde daha alt seviyede yer alan bir düzenleme ile doldurulamayacaktır. Bu anlamda doğru olanın, CGTİHK’da yer alan düzenlemede tedavi tedbirinin içeriğinin, türünün ve koşullarının açıkça düzenlemesi, uygulamaya ilişkin ayrıntılara ise yönetmelikte yer verilmesi gereği olduğunu ifade etmek gerekir. Tıp dilinde “kimyasal kastrasyon” olarak adlandırılan yöntem, ilgili yönetmeliğin “tedavi tedbiri” ifadesi ile kastettiği yöntemdir. Bu yöntem cerrahi bir müdahale olmadan ilaçlarla kişinin testosteron hormonunun baskılanmasını ve bu sayede cinsel dürtülerinin kontrol altında tutulmasını ifade etmektedir. Bu yöntem cinsel dürtüleri kontrol etmeyi sağlasa da bedensel ve psikolojik pek çok yan etkiye de sahip bir yöntemdir. Kimyasal kastrasyonla ilgili cevaplanması gereken bir diğer soru da bu yöntemin tüm cinsel suç failleri için uygun olup olmadığıdır. Özellikle psikiyatrik bozukluğu olmayan faillerde bu yöntemin gerekliliği ve faydasının da tartışmalı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Son olarak, yapılan tartışmalara da bakıldığında, kişiye verdiği bedensel ve ruhsal zararlar, insan onuruna uygunluğu ve bunların üstüne bir de yapılabilecek adli hataların oranı eklendiğinde kanaatimizce kimyasal kastrasyon yönteminin hukuka uygunluğunun tartışmalı olmaya devam edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akbaba, Zeynep Burcu. “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu –I-” , **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, 2009, ss. 1-28. (Kimyasal Hadım şeklinde kısaltılmıştır)

Akbaba, Zeynep Burcu. “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu –II-”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 82, 2009, ss. 1-18.

Akbaş, Turan, İsmail Sanberk. **Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim Çocuklarımızı Cinsel Tacizlerden Nasıl Koruyabiliriz?**, Ocak 2011.

Akçin, İhsan. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 2006, ss. 99-144.

Akçin, İhsan, Kemalettin Erel, Coşkun Halitoğlu, Süleyman Bozoğlu, Yüksel Fazla, Fatma Betül Örer, Özcan Özbey. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2012)**, Ankara 2012.

Akduman, İrem, Gökhan Oral. “Cezaevlerinde Cinsel Taciz ve Tecavüz Olayları”, **Hapishane Kitabı**, Editörler: Emine Gürsoy Naskali/ Hilal Oytun Altun, İstanbul 2005.

Akıntürk, Turgut, Derya Ateş Karaman. **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, İkinci Cilt-Yenilenmiş 15. Bası, Şubat 2013.

Akkay, Erdem. “Ülkemizde Kızlık Zarı ve Adli Tıp Sorunları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 48, Sayı: 1-4, ss. 325-333.

Akkay, Erdem. “Irza Geçme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 51, Sayı: 1-4, ss. 653-657. (Irza Geçme)

Aksakal, Enver, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 88, Sayı: 2, 2014, ss. 257-275.

Akyüz, Emine. **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara 2000.

Albrech, Hans-Jörg. “Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 111, Heft 4, 1999, ss. 863-888.

Altıparmak, Saliha. “Çocuk İstismarı ve İhmalinin Çocuk Bedeni Üzerine Etkileri”, **Çocuk Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 8, 2008, ss. 9-13.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK’nın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” ve “Aile Düzenine Karşı Suçlar” Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Klinikleri Hakkında”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 29, Sayı: 122, Ocak-Şubat 2016, ss. 439-458.

Arslan Öncü, Gülay. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Mart 2011.

Arslan, Çetin, Bahattin Azizağaoğlu. **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Kasım 2004.

Arslantürk, Mustafa. **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Eylül 2014.

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, **Prof. Dr. Yılmaz Günel’a Armağan**, Ankara 1995, ss. 31-50.

Artuk, Mehmet Emin. “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur”, **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı**, 2. Baskı, 2002. (Evlilik İçinde Irza Geçme)

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Panel 21-22 Mayıs 2004, Birinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68, Ağustos 2004.

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2006/4, ss. 29-43. (Çalışma ve Toplum)

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 7, Temmuz 2006, ss. 70-76. (HPD)

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 6, Nisan 2008, ss. 5-19. (Ceza Hukuku Dergisi)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Caner Yenidünya. “Evlilik İçinde Irza Geçme”, **İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, ss. 57-70.

Artuk, Mehmet Emin, Ali Rıza Çınar. “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu**, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara 2012. (12. Baskı)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2013.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2014. (Özel Hükümler)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 15. Baskı, Ankara 2014. (Gerekçeli Ceza Kanunları)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Madde 88-153, Cilt: 3, 2. Baskı, Ankara 2014. (Şerh)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Eylül 2015. (Genel Hükümler)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ekim 2015. (Özel)

Artunç, Mustafa. “Cinsel Taciz Suçu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007, ss. 103-113.

Ataç, Selcen. “Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku**, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013.

Auerbach, Heinz. **Die eigenhaendigen Delikte, unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG**, 1978.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ensestle İlgili Kararı”. Çev: Alev Dilber, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, ss. 215-217.

Aydemir, Muzaffer. **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, 1. Baskı, 2007.

Aydın Barosu Kadın Hukuku Komisyonu. **Türkiye Barolar Birliği Kadın Hakları Hukuku Komisyonu TÜBAKKOM, IX. Kitap, 11. Dönem, 02 Temmuz 2011 – 05 Mayıs 2013**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 233, Mayıs 2013.

Aydın, Ufuk. “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı: 9, 2006, ss. 13-35. (İşyerinde Cinsel Taciz)

Aydın, Öykü Didem. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, Erişim Tarihi: 25.10.2015.

Aydın, Öykü Didem. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 2, Sonbahar 2004, ss. 152-162. (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)

Aydın, Murat. “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 6, Şubat 2007, ss. 50-59.

Aydın, Murat. “Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 40, Aralık 2009, ss. 71-83. (Beden ve Ruh Sağlığı)

Aydın, Murat. “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 2, 2011, ss. 69-100.

Aydın, Murat. **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 2. Baskı, Ağustos 2014. (Ağustos 2014)

Aydil, Ümit, Hafize Çobanoğlu, Mehmet Nur Terzi. “Kadın Vücuduna ve İnsan Onuruna Saldırının Bir Türü: Kızlık Muayenesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 4, Ekim 1992, ss. 57-60.

Ayral, Fatma. **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele**, İstanbul 2010.

Bacaksız, Pınar. “Anayasa Mahkemesi’nin 27.05.2015 Tarih ve E: 2014/ 36 – K: 2015/ 51 Sayılı Kararının İncelenmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, ss. 395-401.

Bakıcı, Sedat. “Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 1985, ss. 35-41.

Bakıcı, Sedat. “Uygulamada Zina Cürümleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, 1985, ss. 263-269.

Bakıcı, Sedat. “Uygulamada Zina Cürümleri II”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 1985, ss. 467-475. (Zina Cürümleri II)

Bakıcı, Sedat. “Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5-6, 1985, ss. 708-713.

Bakıcı, Sedat. **Açıklamalı –İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 1994. (Genel Adap)

Bakıcı, Kadriye. “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 75, Sayı: 1-2-3, 2001, ss. 35-44.

Balo, Yusuf Solmaz. **Çocuk Ceza Hukuku**, Temmuz 2015.

Bange, Dirk. “Anatomisch korrekte Puppen”, Dirk Bange/ Wilhelm Körner, (Hrsg.), **Handwörterbuch Sexueller Missbrauch**, 2002.

Barabas, Friedrich K. **Sexualität und Recht, Ein Leitfaden für Sozialarbeiter, Pädagogen, Juristen, Jugendliche und Eltern**, Frankfurt a.M., 1998.

Baş, Eylem. “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 65 (4), 2016, ss. 1135-1215.

Baumann, Jürgen. “Glücklichere Menschen” durch Strafrecht?”, **Juristische Rundschau**, Heft 9, 1974, ss. 370-373.

Baygın Cem, “Evlat Edinmenin Koşulları”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Aralık 2003, ss. 591-626.

Baykara Acar, Yüksel, A. Beril Tufan. “*Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Bireysel Özellikleri*”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 6-7, Ekim 2005, ss. 74-84.

Baykara Acar, Yüksel. **İstisnai Öyküler Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri**, Ankara Mayıs 2011.

Baytemir, Erdal. **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar**, Mayıs 2009.

Bayün, Selcen, Narin Ceren Dinçer. “Çocuk İzlem Merkezi”, **Hukuk Gündemi**, Sayı: 2, 2013, ss. 92-95.

Bergmann, Christine. **Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs**, Berlin 2011.

Beşe, Ertan. “Suç İstatistiklerinde Karanlık Alan ve Mağdurun Rolü”, **Suç Mağdurları**, Editör: Halil İbrahim Bahar, Ankara 2006.

Beyazıt, Özgür. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 1, Nisan 2010, ss. 293-309. (Reşit Olmayanla Cinsel İlişki)

Beyazıt, Özgür. “Genital Muayene Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 151-165.

Birtek, Fatih. **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Ocak 2016.

Bottke, Wilfried. "Sexuality and Crime: The Victims of Sexual Offenses", **Buffalo Criminal Law Review**, Volume: 293, 1999-2000, ss. 293-315.

Brüggemann, Johannes A. J. **Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt**, 2013.

Bründel, Heidrun. **Sexuelle Gewalt in schulischen Institutionen Hintergrund, Analysen, Prävention**, Frankfurt a.M., 2011.

Bungart, Petra. **Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen, Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht**, Frankfurt am Main, 2005.

Can, Cahit. **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Mart 2012.

Cengiz, Orhan Kemal. "Cinsel Azınlık Hakları", http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=706, Erişim Tarihi: 13.01.2016.

Centel, Nur. "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul 1997, ss. 59-70.

Centel, Nur. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Özel Dosya Yazıları, Mart- Nisan 2012, ss. 269-290.

Centel, Nur, Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 3. Bası, Eylül 2012.

Centel, Nur, Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Eylül 2016. (Ceza Muhakemesi)

Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Eylül 2016.

Cihan, Erol. **Cebir Kullanma Cürmü (TCK m. 188)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

Çakmut Yenerer, Özlem. **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul 2008.

Çakmut Yenerer, Özlem. “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, ss. 129-160. (Bilirkişilik)

Çalışkan, Suat. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu**, Ocak 2013.

Çöloğlu, A. Sedat. **Adli Tıp Sözlüğü**, İstanbul 1993.

Deegener, Günther. “Befragung von Kindern”, Dirk Bange/ Wilhelm Körner, (Hrsg.), **Handwörterbuch Sexueller Missbrauch**, 2002.

Değirmenci, Olgun. “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 83, 2009, ss. 73-122.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Kasım 2014. (Genel Hükümler)

Demirbaş, Timur. **İnfaz Hukuku**, 4. Baskı, Ekim 2015.

Demirbaş, Timur. **Kriminoloji**, 6. Baskı, Ağustos 2016.

Demirtaş, N. Sebla, Cüneyt Gülabi Vurucu. “Ceza Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 38, Eylül 2010, ss. 26-41.

Dessecker, Axel. “Veränderungen im Sexualstrafrecht Eine vorläufige Bewertung aktueller Reformbemühungen“, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Heft 1, 1998, ss. 1-17.

Dietmeier, Frank. “Marburger Strafrechtsgespräch 1997”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 110, Heft 2, 1998, ss. 393-414.

Doğan, Koray. **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, Nisan 2016.

Doğan, Sevil. **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi**, Ankara 2016.

Donatsch, Andreas. **StGB Strafgesetzbuch**, Zurich 2004.

Donay, Süheyl. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Eylül 2012.

Dönmezer, Sulhi. “Edep ve İffete Tecavüz ve Edebe Muhalif Hareketler Suçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, ss. 443-474.

Dönmezer, Sulhi. “IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, ss. 451-465.

Dönmezer, Sulhi. **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Bası, İstanbul 1975. (Özel Kısım)

Dönmezer, Sulhi. **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983. (Özel)

Dönmezer, Sulhi. “Cinsel veya Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: I, Ankara Şubat 2008, ss. 249-283.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 2, Genel Kısım, Beta Yay., İstanbul 1986.

Dreher, Eduard. “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?”, **Juristische Rundschau**, Heft 2, Sayı: 45, Februar 1974, ss. 45-56.

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş. **Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku**, Şubat 2015.

Dursun, Selman. “Megan Kanunu (ABD’nde Cinsel Suç Faillerinin Sicile Kaydı ve Sicil Bilgilerinin Kamuya Açıklanması)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, ss. 233-262.

Dursun, Selman. “Özellikle Mağduru Çocuk Olan Mükerrir Cinsel Suç Faillerine Karşı Toplumun Korunması Bağlamında Megan Kanunu Hakkında Soru ve Cevaplar”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 235-240. (Megan Kanunu)

Dursun, Selman. “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, ss. 57-73.

Duttge, Gunnar, Tatjana Hörnle, Joachim Renzikowski. “Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zur Fussnote”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 2004, ss. 1065-1072.

Elmas, Fevzi. “Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkini Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 44, Nisan 2010, ss. 141-150.

Eraslan, Orhan. “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Panel 21-22 Mayıs 2004, Birinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68, Ağustos 2004.

Erbaşı, Ayşe Aslıhan. “Çocuk Pornografisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 81, Sayı: 4, 2007, ss. 1609-1645.

Erdem, Mustafa Ruhan. “Türk Ceza Kanununda Silah”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Haziran - Aralık 2003, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_tam.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Erdem, Mustafa Ruhan. “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu, Cilt I, İstanbul Haziran 2008, ss. 257-262.

Erdoğan, Ayten. “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, Sayı: 2/2, 2010, ss. 132-160.

Erdoğan, Oktay. **Çocuk Hakları**, İstanbul 2011.

Erem, Faruk. “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1, 1968, ss. 11-33.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 1997.

Erem, Faruk, Nevzat Toroslu. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Ankara 1983.

Erem, Faruk, Nevzat Toroslu. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Ankara 2003.

Ergöner, Akça Toprak. “Çocuk İhmal ve İstismarına Adli Tıbbi Yaklaşım”, **Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp**, Editör: Prof. Dr. Erdem Özkara, Ekim 2015.

Ergöner, Akça Toprak, Erdem Özkara. “Cinsel Şiddet Olgularına Yaklaşım ve Adli Tıbbi Değerlendirme”, **Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp**, Editör: Prof. Dr. Erdem Özkara, Ekim 2015.

Erman, Gül. “Kadına Yönelik Cinsel Şiddet”, **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı** (11-12 Mart 2000), İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın No: 1, Ekim 2002, ss. 15-23.

Eroğlu, Fulya. “Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt: II, 2010, ss. 1127-1142.

Eschweiler, Peter. **Die Kuppelei**, Frankfurt a.M., 1970.

Evik, Ali Hakan. “Ceza Kanunumuz ve Kadın”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul Haziran 2004, ss. 349-364.

Evren, Öcal Kemal. “İş Hukukunda Cinsel Taciz”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 28, Aralık 2008, ss. 19-29.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul 2014.

Falardeau, Waltraud. **Kontexte und Hintergründe sexueller Gewalt an Kindern**, Marburg 2001.

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996. (Tanıklık)

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, Aralık 2015.

Fırat, Sunay, Yiğit İltaş, Ş. Berfin Işık Yılmaz. **Ruhsal ve Hukuki Yönleriyle Çocuk İstismarı Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara 2016.

Fischer, Thomas. “Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage Zum Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 112, Heft 1, 2000, ss. 75-105.

Fischer, Thomas. **Strafgesetzbuch**, 59. Aufl., München 2012. (Strafgesetzbuch)

Frank, Orlik Andreas. **Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen**, Aachen 1997.

Frommel, Monika. **Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2**, 2. Auflage, Almanya 2005.

Frühsorger, Nicolas Alexander. **Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gem. § 176 StGB**, Konstanz, 2011.

Gazioğlu-İşmen, Esra A. “Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi”, Aile İçi Şiddet Kolokyumu 22-23 Mayıs 2006, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, Aralık 2007, ss. 419-434.

Gedik, Doğan, Mahir Topaloğlu. **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Mayıs 2015.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt: I, 2012.

Genç, Şura, Seçil Coşkun. “Ensest”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mayıs – Haziran, Yıl: 26, Sayı: 106, 2013, ss. 215-260.

Gençcan, Ömer Uğur. **Aile Hukuku**, Ankara 2011. (Aile Hukuku)

Gençcan, Ömer Uğur. **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu**, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, Cilt: II (m. 185-494), Ankara 2015.

Genel, Namık. “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar”, <http://www.kose-kose.com/dosyalar/genel-cinsel-suclar.pdf>, Erişim Tarihi: 29.10.2015.

Gerçek Çakıcı, Leyla. “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 1, 2011, ss. 47-82.

Gerçeker, Hasan. **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: II, Madde 82-148, 2. Baskı, Ekim 2014.

Godenzi, Alberto. **Cinsel Şiddet Yaşayanların/ Yaşatanların Anlatımlarıyla**, 1992.

Gödtel, Reiner. **Sexualitaet und Gewalt, Hoffman und Campe**, 1992.

Gökçen, Ahmet. “Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m. 106-122)”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, Erişim Tarihi: 02.11.2015, ss. 1-37.

Gössel, Karl Heinz. **Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis**, Berlin, 2005.

Gözübüyük, Abdullah Pulat. **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, Cilt: III, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No: 64.

Griessmann-Gehrt, Tajana. **Entwicklung und Evaluation eines Programms zur Gewaltpraevention für Kinder mit den Schwerpunkten, Haeusliche Gewalt und, Sexueller Missbrauch**, 2012.

Gropp, Walter. **Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“**, Tübingen 1992.

Gültekin, Gülümser, Canan Ruban, Barış Akduman, İrfan Korkusuz. “Çocuk ve Cinsel İstismar”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, Ocak 2006, Cilt: 3, Sayı: 1, ss. 9-14.

Gündel, Ahmet. **5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları**, Mayıs 2009.

Gündüz, Remzi. **6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara 2015.

Gündüz, Remzi, Veysel Gültaş. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)**, Nisan 2013.

Güney, Niyazi, Kenan Özdemir, Yusuf Solmaz Balo. **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2004.

Güngör, Devrim. **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ocak 2007.

Güngör, Devrim. **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu**, Haziran 2009 (Şikayet Kurumu).

Günther, Hans-Ludwig. "Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten Deutschland", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 103, Heft 4, 1991, ss. 851-882.

Gürkan, Şeref, Ahmet Uğuz. "Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar", **Adalet Dergisi**, Sayı: 27, Yıl: 98, Ocak 2007, ss. 245-268.

Güzelsoy, Zeycan. **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2014.

Hafizoğulları, Zeki. **Zina Cürümleri**, İstanbul 1983.

Hafizoğulları, Zeki. "Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **Türk Hukuk Kurumu Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı**, Ankara 9 Nisan 2005, ss. 357-368.

Hafizoğulları, Zeki, Devrim Güngör. “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 69, 2007, ss. 21-50.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, Ocak 2015.

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Ocak 2012. (Tıp Hukuku)

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku El Kitabı**, Mart 2013 (El Kitabı)

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Mayıs 2015. (Genel Hükümler)

Hakeri, Hakan, Yener Ünver. **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 10. Baskı, Ekim 2014.

Horstkotte, Hartmuth. “Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts”, **JZ**, 1974, ss. 84-90.

Hermann-Kolb, Barbara. **Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004**, Frankfurt a.M., 2005.

Herzberg, Rolf Dietrich. “Eigenhändige Delikte”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, LXXXII, ss. 896-947.

Herzog, Ulrich. **Sexuelle Belaestigung am Arbeitsplatz im US-amerikanischen und deutschen Recht**, 1997.

Hirschfeld, Magnus. **Zur Reform des Sexualstrafrechts**, 1926.

Hoffmann, Markus, Manuel Cancio Mélia. **Das spanische Strafgesetzbuch**, Código Penal vom 23. November 1995 nach dem stand vom 31. December 2001.

Horozgil, Denizhan. “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 23, Sayı: 93, Mart-Nisan 2011, ss. 108-146.

Horstkotte, Hartmuth. “Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts”, **Juristenzeitung**, 1974, ss. 84 vd..

Hörnle, Tatjana. “Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft”, Henning Ernst Müller/ Günther M. Sander/ Helena Válková (Hrsg.), **Festschrift für Eisenberg**, München 2009, ss. 321-336.

Hörnle, Tatjana. “Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 112, Heft 2, 2000, ss. 356-380. (ZStW)

Huber, Christian. **BGB 253 Immaterieller Schaden, Dauner-Lieb/ Langen, BGB Schuldrecht, 2. Auflage**, 2012.

Ilg, Elisabeth. **Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes**, Regensburg, 1997.

Işık, Mehmet Şirin. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 28, 2007, ss. 213-243.

İçel, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ocak 2016.

İMDAT Şiddeti Önleme ve Rehabilitasyon Derneği - ASUMA Acıbadem Üniversitesi Suç ve Şiddetle Mücadele Uygulama ve Araştırma Merkezi. **Çocuk İstismarına Yönelik Rapor 2016**, İstanbul 2016, <http://imdat.org/wp-content/uploads/2016/05/%C3%87OCUK%C4%B0ST%C4%B0SMARINAY%C3%96NEL%C4%B0K-RAPOR.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

İnan, Ali Naim. “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 44, Sayı: 1-4, 1995, ss. 765-778.

İpek, Aydın. “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2012, ss. 151-173.

İpekçioğlu Aksoy, Pervin. “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, ss. 107-124.

Jenks, Chris. “Kindheitsbilder und der Diskurs über den sexuellen Mißbrauch”, **Zeitschrift für Sexualforschung**, Heft 3, 1997, ss. 208-222.

Jenny, Guido. **Kommentar zum schweizerischen Strafrecht**, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Bern 1997.

Jens Tilman, Freiwild. **Die Odenwaldschule – Ein Lehrstück von Opfern und Tätern**, Gütersloh 2011.

Jescheck, Hans-Heinrich. “Der Einfluß der neueren schwedischen Kriminalpolitik auf die deutsche Strafrechtsreform”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Band 90, Heft 3, 1978, ss. 777-803.

Jescheck, Hans-Heinrich. “Alman Ceza Hukukuna Giriş”, **Alman Ceza Hukuku-Kusur İlkesi-Ceza Hukukunun Sınırları**, çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007 (Alman Ceza Hukukuna Giriş)

Jescheck, Hans-Heinrich, Thomas Weigend. **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.

Kafes, Veli. “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu”, **II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku**, Editör: Yener Ünver, Ankara 2014.

Kanbur, Mehmet Nihat. “Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 287)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 16, Ağustos 2011, ss. 7-31. (Genital Muayene Suçu)

Kanbur, Mehmet Nihat. “Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 18, Nisan 2012, ss. 32-74. (İhmal Suretiyle İcra Suçları)

Kanbur, Mehmet Nihat. “Pelvik Muayene (Vücutun Genital Bölgelerinde Muayene) Fiilleri Bağlamında Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Cezai Sorumluluğu”, **IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012 – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi – Editör: Nilgün Sarp – Cahid Doğan)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Kanbur, Mehmet Nihat. “Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, ss. 33-68. (Cinsel İlişki)

Kanbur, Mehmet Nihat. “18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 97-144. (CHD)

Kanbur, Mehmet Nihat. “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan - IV, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, Yıl: 2014, İzmir 2015, ss. 4139-4210. (Armağan)

Kangal, Zeynel T. “Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LX, Sayı: 1-2, 2002, ss. 29-48.

Kantarcı, Nurullah. **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Kasım 2016.

Kara, Bülent, Ümit Biçer, Ayşe Sevim Gökalp. “Çocuk İstismarı”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, Cilt: 47, Sayı: 2, Nisan - Haziran 2004, ss. 140-151.

Kara, Melih, Serhat Öztürk. “Cinsel Suçlarda Alternatif Bir Tedbir Olan Kastrasyona İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2016/ 5-149, ss. 20-23.

Karakuş, Hatice. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, **Hukuk Gündemi**, Sayı: 2, 2012, ss. 90-91.

Kartal Memiş, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt: II, 2010, ss. 1035-1049. (Cebir Suçu)

Kartal Memiş, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013. (Cinsel Saldırı)

Kartal Memiş, Pınar. **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul 2014. (Çocukların Cinsel İstismarı)

Katoğlu, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, 2012, ss. 657-693.

Kaya, Murat. “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 52, Aralık 2010, ss. 103-109.

Keçe, Cem. “Hadım Etme – Kimyasal Kastrasyon”, <https://www.doktorsitesi.com/makale/hadim-etme---kimyasal-kastrasyon>, Erişim Tarihi: 05.09.2016.

Keskin Kızıroğlu, Serap. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: II, Ankara Şubat 2008, ss. 995-1004.

Kett-Straub, Gabriele. “Ausweiskontrolle vor dem Urlaubsflirt? – Der einvernehmliche Missbrauch von Kindern durch Jugendliche”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2007, ss. 260 vd..

Kılıç, Abbas. “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 78, 2008, ss. 167-204.

Kır, Ebru. “Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXI, Sayı: 1, ss. 785-800.

Kırıt Saygılar, Yasemin F. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013.

Kızıl, Muhammet. “Tanık İfadesi ve İnandırıcılık”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, 2014, ss. 395-407.

Kindhaeuser, Urs. **Strafrecht Besonderer Teil I**, 5. Auflage, 2012.

Klöpper, Karl. **Das Verhaeltnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG**, München 1995.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2013.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Eylül 2015 (Genel Hükümler)

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Eylül 2016. (Özel Hükümler)

Kocaoğlu, S. Sinan. **Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)**, Ankara 2016.

Kocasakal, Ümit. “TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi”, **Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 44-49.

Koç, Ziya. “Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 35, Eylül 2009, ss. 244-254.

Korkusuz, Gülşah. “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, ss. 815-854.

Koyuncuoğlu, Hikmet. “Çocukların Cinsel Erginlik Yaşı Üzerinden “Toplumsal Gerçeğe Uygun Hukuk” Tartışması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 91, Sayı: 1, Ocak-Şubat 2017, ss. 241-247.

Kök, Nezih Ahmet. “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, Sayı: 3-4, 2006, ss. 3-13.

Köksal, Atacan. “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Yapılan Değişiklikler Bağlamında “Ensest”in Cezalandırılabilirliği”, **Güncel Hukuk**, Kasım 2014, S. 11, ss. 28-31.

Köksal, Atacan. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Cilt: II, Ankara 2015, ss. 687-726. (Armağan)

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Birinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, Kasım 2009.

Kurt, Gülşah. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu, Cilt: I, İstanbul Haziran 2008, ss. 507-525.

Kurtay, Derya. “Çocuk İhmal ve İstismarının Önlenmesi”, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/deryakurtay.htm>, Erişim Tarihi, 10.12.2016.

Kusch, Roger, Karen Ilka Mössle. “Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des neuen § 182 StGB”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1994, ss. 1505 vd..

Küçük, Tefik Sönmez. “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIX, Sayı: 4, ss. 297-322.

Küntay, Esin, Güliz Erginsoy. **İstanbul’da On Sekiz Yaşından Küçük Ticari “Seks İşçisi” Kız Çocuklar**, Kasım 2005.

Küpper, Georg. **Strafrecht Besonderer Teil 1**, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, Zweite, neu bearbeitete Auflage, 2001. (2001)

Küpper, Georg. **Strafrecht Besonderer Teil 1**, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, Dritte, aktualisierte und ergänzte Auflage, Springer 2007.

Lackner, Karl, Kristian Kühl. **Strafgesetzbuch**, 27. Auflage, München 2011.

Laubenthal, Klaus. “Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.4.1988”, **Juristische Rundschau**, 1988, ss. 335 vd..

Laubenthal, Klaus. **Sexualstraftaten Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, 2000. (Sexualstraftaten)

Laubenthal, Klaus. “Strafbarkeit sexuellen Missbrauchs von Kindern und Schutzbefohlenen”, Müller Wunibald / Wjzens Myriam (Hrsg.), **Aus dem Dunkel ans Licht**, Münsterschwarzach, 2011. (2011)

Laubenthal, Klaus. **Handbuch Sexual-Straftaten Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, 2012. (2012)

Laubenthal, Klaus, Helmut Baier, Nina Nestler, **Jugendstrafrecht**, 2. Auflage, 2010.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004. (İkinci Kitap)

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Sayı: 5, 2005, ss. 42-61.

Malkoç, İsmail. (Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla) **Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 2001.

Malkoç, İsmail. **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Ankara 2009. (Cinsel Suçlar)

Malkoç, İsmail. **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149)**, Cilt: II, Ankara 2013. (2. Cilt)

Maurach, Reinhart, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald. **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte**, 10. Auflage, Heidelberg 2009.

Meliá, Manuel Cancio. “Feind„strafrecht“?”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 117, Heft 2, 2005, ss. 267-289.

Meran, Necati. **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Bası, Ocak 2008.

Merk, Beate. “*Verlängerung der Verjährung bei Kindesmissbrauch?*”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 4, 2010, ss. 134-135.

Metin, Sevtap. **Hukuku Sinemada Görmek**, Ekim 2015.

Meyer, Jürgen. “Das Menschenbild im Strafrecht Bericht und Anmerkungen über eine Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, LXXXI, ss. 345-371.

Michaelis-Arntzen, Else. **Die Vergewaltigung aus kriminologischer, viktimologischer und aussage-psychologischer Sicht**, 2. Auflage, München 1994.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal. **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2014.

Mumcu, Ahmet. “Türk Ceza Hukukunda Encest Sorunu Var mı?”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt: I, 2010, ss. 261-270.

Müller, Wunibald. “Sexueller Missbrauch Minderjähriger in der Kirche”, Goertz, St./ Ulonska Herbert (Hrsg.): **Sexuelle Gewalt. Fragen an Kirche und Theologie**, Berlin 2010.

Müting, Christina. **Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB)**, Almanya 2010.

Neubacher, Frank. “An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 118 Heft 4, 2006, ss. 855-877.

Nişancı, Doğan. “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 29, Sayı: 120, Eylül-Ekim 2015, ss. 209-260.

Nuhoğlu, Ayşe. “Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat”, **Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı**, 2. Baskı, 2002. (İspat)

Nuhoğlu, Ayşe. “Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul Haziran 2004, ss. 609-640. (Cinsel Suçlar)

Nuhoğlu, Ayşe. “Beden Muayenesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, 2006, ss. 323-336.

Nuhoğlu, Ayşe. **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul 2009.

Nuhoğlu, Ayşe. “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt: I, 2010, ss. 287-300. (Avrupa Konseyi)

Oberlies, Dagmar. “Selbstbestimmung und Behinderung Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 114, Heft 1, 2002, ss. 130-147.

Obermayer, Bastian, Rainer Stadler. **Bruder, was hast Du getan? Kloster Ettal, Die Täter, die Opfer, das System**, Köln 2011.

Okur, Ali Rıza. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Argumentum**, Ocak-Şubat-Mart, Yıl: 4, Sayı: 42, ss. 1-6.

Otacı, Cengiz. **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2000.

Ovayolu, Nimet, Özlem Uçan, Selver Serindağ. “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, **Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2007, s. 13-22.

Ozansoy, Cüneyt. “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 1, Ankara 1999, ss. 39-62.

Ömeroğlu, Ömer. “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63-64, Kasım-Aralık 2009, ss. 281-290.

Önder, Ayhan. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

Özalp, Tuba, Özalp Faruk. **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, 2. Baskı, Mart 2016.

Özbek, Mustafa. “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 3, Eylül 2005, ss. 289-321.

Özbek, Veli Özer. “Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 2, Sonbahar 2004, ss. 116-125.

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı** (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt: 1, Genel Hükümler (m. 1-75), 2. Baskı, Eylül 2005.

Özbek, Veli Özer. “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, ss. 47-76.

Özbek, Veli Özer. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, ss. 223-246. (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar)

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı** (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C. 2, Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Şubat 2008. (İzmir Şerhi)

Özbek, Veli Özer. “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, ss. 83-99 (Hata)

Özbek, Veli Özer. **Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)**, Mayıs 2009. (Müstehcenlik)

Özbek, Veli Özer. **İnfaz Hukuku**, 8. Baskı, Ekim 2016. (İnfaz)

Özbek, Veli Özer. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 32, Aralık 2016, ss. 7-28 (Uzlaştırma)

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Eylül 2013. (5. Baskı)

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara 2013.

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ekim 2015. (9. Baskı)

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 6. Baskı, Ağustos 2016.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ekim 2016. (Genel Hükümler)

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler**, 7. Baskı, Ekim 2016 (Temel Bilgiler).

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ekim 2016. (Ceza Muhakemesi)

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Çerçevesinde Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Şubat 2017. (Özel Hükümler)

Özdemir, Erdem. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2006/4, ss. 83-96.

Özdemir, Hayrunnisa. “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Sayı: 1, 2010, ss. 125-164. (Hadım Etme)

Özek, Çetin. “Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 50, Sayı: 1-4, 1984, ss. 13-67.

Özen, Mustafa. ”5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 63, Mart-Nisan 2006, ss. 96-108.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi** (Genel Hükümler), 2. Bası, Ankara Kasım 2005.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Eylül 2016. (Genel Hükümler)

Özgenç, Nuri Berkay. **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma**, Mayıs 2015. (Uzlaşma)

Özkara, Erdem, Uğur Kavaklı, İsmail Özgür Can, Veli Özer Özbek, İlker Tepe. “Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler İle Karşılaştırılması”, **Adli Tıp Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1, ss. 11-24.

Öztan, Bilge. **Aile Hukuku**, Ankara 2005.

Öztan, Bilge. **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara 2014. (Temel Kavramlar)

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Kırıt Saygılar, Özdem Özaydın, Esra Akcan Alan, Efser Erden. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ekim 2015.

Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Eylül 2016.

Paetow, Barbara. **Vergewaltigung in der Ehe**, Freiburg, 1987.

Pape, Bernadette. **Legalverhalten nach Sexualdelinquenz, Eine empirische Analyse der Delinquenzkarriere nach Sexualstraftaten an Kindern**, Frankfurt a. M. u.a., 2007.

Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu. **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Ankara 2008. (Asliye Ceza Davaları)

Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu. **Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (76-150. Maddeler)**, 2. Cilt, Ankara 2010.

Parlar, Ali, Meltem Banko. **6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar**, Ekim 2014.

Pfister, Wolfgang. “Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts - 2004/2005”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report**, 2005, ss. 361-369.

Pitula, Elizabeth, Barnard College. “An Ethical Analysis of the Use of Medroxyprogesterone Acetate and Cyproterone Acetate to treat Repeat Sex Offenders”, <https://core.ac.uk/download/pdf/27289955.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Polat, Oğuz. **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1 Tanımlar**, Ankara 2007. (Tanımlar)

Polat, Halil. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 189-195. (Reşit Olmayanla Cinsel İlişki)

Poyraz, Ercan. “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 82, Haziran 2013, ss. 14-21.

Preiser, Friedrich. “Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden? Bedenken gegen Grundsätze des 47. Deutschen Juristentages”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1970, ss. 655-674.

Raue, Ursula. **Bericht über Fälle sexuellen Missbrauchs an Schulen und anderen Einrichtungen des Jesuitenordens**, Berlin 2010.

Renzikowski, Joachim. **Münchener Kommentar zum StGB**, 2. Auflage, Almany 2012.

Rosenau, Henning. “Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts”, **Strafverteidiger**, 388 – 398, Heft 7, 1999, ss. 1-22.

Rotthaus, Karl Peter. “Neue Aufgaben für den Strafvollzug bei der Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Heft 12, 1998, ss. 597-600.

Röthlein, Cornelia. **Der Gewaltbegriff im Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte**, 1986.

Sancar Yalçın, Türkan. “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, ss. 1-25.

Sancar Yalçın, Türkan. “”Çocuk İstismarı” ve Türk Ceza Kanunu”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 52, Nisan 2008, ss. 12-16.

Sancar Yalçın, Türkan. **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, Ekim 2013. (Ceza Hukukunda Kadın)

Sancar Yalçın, Türkan, Tuğçe Nimet Yaşar. “Ensest “Genel Ahlak” ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 80, 2009, ss. 245-297.

Sankol, Barry. “Der minder schwere Fall des besonders schweren Falles« einer sexuellen Nötigung nach § 177 StGB”, **Strafverteidiger**, 607 – 610, Heft 10, 2006, ss. 1-8.

Savaş, Vural, Sadık Mollamahmutoğlu. **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, Cilt: 3, Ankara 1999.

Savaşçı, Bilgehan. **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Şubat 2012.

Schaefer, Peer, Jens Wolf. “Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung - regelungsbedürftig oder politisch gewollt?”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2001, ss. 27-30.

Schermann, Rudolf. “Der Pädophilie – Skandal”, Perner Rotraud A. (Hrsg.), **Missbrauch Kirche – Täter – Opfer**, Münster 2010.

Schmidt-Jortzig, Edzard, “Bekämpfung von Sexualdelikten in Deutschland und auf internationaler Ebene”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Heft 9, 1998, ss. 441-443.

Scholz, Berndt, Johann Endres. “Aufgaben des psychologischen Sachverständigen beim Verdacht des sexuellen Kindesmißbrauchs - Befunde, Diagnostik, Begutachtung-”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Heft 1, 1995, ss. 6-12.

Schorsch Eberhard. “Vergewaltigung in der Ehe”, **Sexualwissenschaft und Strafrecht**, Herbert Jaeger/ Eberhard Schorsch (Hrsg.), Stuttgart 1987.

Schöch, Heinz. “Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması”, Çev: Nur Centel, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 1, 1999, ss. 3-14.

Schönke, Adolf, Horst Schröder. **Strafgesetzbuch**, 28. Aufl., München 2010.

Schroeder, Friedrich-Christian. **Reform des Sexualstrafrechts**, 1971. (Reform)

Schroeder, Friedrich-Christian. **Das neue Sexualstrafrecht, Entstehung-Analyse-Kritik**, Karlsruhe 1975.

Schroeder, Friedrich-Christian. “Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1994, ss. 1501 vd.

Schroeder, Friedrich-Christian, “Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998”, **Juristische Zeitschrift**, 1999, ss. 827 vd. (JZ)

Schroeder, Friedrich-Christian. “Neue Änderung des Sexualstrafrechts durch das Prostitutionsgesetz”, **Juristische Rundschau**, Heft 10, 2002, ss. 408-409.

Schroeder, Friedrich-Christian, Thomas Bednarz. **Strafgesetzbuch der Russischen Föderation Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996**, Freiburg 1998.

Scully, Diana. **Tecavüz, Cinsel Şiddeti Anlamak, Tutuklu Tecavüzcüler Üzerine Bir İnceleme**, (Çev. Şirin Tekeli-Laleper Aytek), İstanbul 1994.

Semerçi, Bengi. “Kanunlar Çocukları Korur mu?”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 2., Sonbahar 2004, ss. 130-133.

Serozan, Rona. **Çocuk Hukuku**, Nisan 2005.

Sırma, Özge. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Genital Muayene Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku**, Editör: Nur Centel, Mayıs 2013.

Sick, Brigitte. “*Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts*”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 103, Heft I, 1991, ss. 43-91.

Sokullu Akıncı, Füsün. **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 2. Bası, Mayıs 2008.

Somay, Bülent. “Tecavüz Hakkında Vazgeçmemiz Gereken Efsaneler”, <http://www.cinsomedia.org/tecavuz-hakkinda-vazgecmemiz-gereken-efsaneler/>, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

Somay, Bülent. **Cinselliğe Dair Vazgeçmemiz Gereken 100 Efsane**, Hazır Bilgi Serisi – 6 , Haziran 2016.

Sowada, Christoph. **Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht**, Berlin 1992.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1997.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2014. (Özel Hükümler)

Soygüt Arslan, Mualla Buket. **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, İstanbul 2008.

Sözüer, Adem. “Tehdit Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LIV, Sayı: 1-4, 1991-1994, ss. 125-146.

Stephan, Thomas. **Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (§ 182 StGB)**, Marburg 2002.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul 2013.

Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Aralık 2005.

Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 6. Bası, Ağustos 2015. (Ceza Muhakemesi)

Şahin, Cumhur, Neslihan Göktürk. **Ceza Muhakemesi Hukuku –II-**, Ocak 2015.

Şen, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, (Madde 1 – Madde 140)**, İstanbul 2006. (Yeni Türk Ceza Kanunu)

Şen, Ersan. “Ensest Mağdurlarından Birisi: “Kadın””, **Yorumluyorum - Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış -II-**, 2. Baskı, Ankara 2012.

Şen, Ersan. “Son İptal Kararlarına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016.

Şen, Ersan. “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016. (Tıbbi Tedavi)

Şen, Ersan. “Cinsel İstismarın İhmali Davranışla İşlenmesi”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016. (Yorumluyorum)

Şen, Ersan. “Cinsel İstismar Suçunda Yeni Öneri”, **Yorumluyorum -XIII-**, Eylül 2016. (Yeni Öneri)

Şen, Ersan. “Son İptal Kararına Göre Çocuğun Cinsel İstismarı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2043363-son-iptal-kararina-gore-cocugun-cinsel-istismari>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Şen, Ersan. “Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 103/2’yi İptali”, <http://www.haber7.com/yazarlar/profdrersansen/1703716anayasamahkemesini-n-tck-m1032yi-iptali>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Şen, Ersan. “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295cinselsuclardatibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Şen, Ersan. “Cinsel Suçlarda Müşteki Beyanının Kanıt Gücü”, <http://www.haber7.com/yazarlar/profdrersansen/1446786cinselsuclardamusteki-beyanini-kanit-gucu>, Erişim Tarihi: 10.10.2016.

Şen, Ersan. “Cinsel Taciz Suçu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1642457-cinsel-taciz-sucu>, Erişim Tarihi: 15.05.2017.

Şen, Ersan, Tuğçe Başarır. “Ensest Mağdurlarından Birisi: “Kadın””, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Özel Dosya Yazıları, ss. 317-340.

Şimşek, Alahattin. “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, ss. 309-359.

Şimşek, Şeref, E. Çıgıl Fettahoğlu, Esin Özatalay. “Cinsel İstismara Uğramış Çocuklarda ve Ebeveynlerinde Travma Sonrası Stres Bozukluğu”, **Dicle Tıp Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 38, 2011, ss. 318-324.

Taner, Fahri Gökçen. “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 92, 2011, ss. 118-156.

Taner, Fahri Gökçen. **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ağustos 2013. (Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar)

Taner, Fahri Gökçen. “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Ağustos 2014, ss. 60-63.

Taner, Fahri Gökçen. “Ceza Kanunlarının Gözünde Hayır Ne Zamandır “Hayır” Demek?, Cinsel Suçlar Cephesinde Kadının Eşitlik Mücadelesi Üzerine Bir İnceleme”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Kasım 2014/ 11-131, ss. 14-17. (Eşitlik Mücadelesi)

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**, Yıl: 29, Sayı: 124, Mayıs Haziran 2016, ss. 221-246.

Taneri, Gökhan. **Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Mayıs 2015.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002. (Ceza Özel Hukuku)

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem. “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2012.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2013.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Eylül 2014. (Özel)

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ekim 2016. (Özel Hükümler)

Topal, Ahmet Hamdi. **Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar**, Ekim 2009.

Toroslul, Haluk. **Ceza Müeyyidesi**, Ocak 2010.

Toroslul, Nevzat. **Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, Ankara 1970.

Toroslul, Nevzat. **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. Baskı, Eylül 2015. (Özel Kısım)

Toroslul, Nevzat, Yüksel Ersoy. “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004.

Tosun, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C. 2, İstanbul 1976.

Tosun, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım**, C. 1, İstanbul 1984.

Trabzon Barosu Çocuk Hakları Komisyonu Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu, Nisan 2015.

Tuğrul, Ahmet Ceylani. **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler**, Ocak 2013.

Tumlukolçu, Sinan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 87, Sayı: 1, Ocak-Şubat 2013, ss. 261-270.

Turanlı Yücel, Kıvılcım. “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun Cinsel Sömürüden Korunma Hakkı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı: 7, 2005, ss. 177-192.

Tuskan, Aydeniz Alisbah. “Toplumsal Cinsiyet Toplumda Kadına Bıçılan Roller ve Çözümleri”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 1, 2011, ss. 85-88.

Ünal Özkorkut, Nevin. **Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu**, Nisan 2009.

Ünver, Yener. “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul 2001, ss. 293-350. (Cinsel Suçlar Alanında Değişim)

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ocak 2003. (Hukuksal Değer)

Ünver, Yener. “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, ss. 294-342. (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)

Ünver, Yener. “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, ss. 101-127. (Ceza Hukuku Dergisi)

Ünver, Yener. **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, Ankara 2010. (Adliye Karşı Suçlar)

Ünver, Yener. “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, **II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”** 16/17-05-2013, Editör: Yener Ünver, 1. Baskı, Mayıs 2014. (Cinsel Suçlar)

Ünver, Yener, Hakan Hakeri. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Eylül 2016.

Üzülmez, İlhan. **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Ankara 2007. (Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları)

Üzülmez, İlhan. “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, Editör: Bahri Öztürk, Ankara 2009.

Üzülmez, İlhan. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, Erişim Tarihi: 05.10.2015. (Cinsel Suçlar)

Wahle, Eberhard. **Zur Reform des Sexualstrafrechts**, Frankfurt am Main-Berlin, 1969.

Watzinger, Margit. **Sexualstrafrecht, Ein deutsch-amerikanischer Rechtsvergleich**, 2004.

Weigend, Thomas. “Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Sayı: 96, Heft 3, 1984, ss. 761-793.

Wessels, Johannes, Werner Beulke. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 41. Auflage, Heidelberg, 2011.

Wilmer, Thomas. **Sexueller Mißbrauch von Kindern Empirische Grundlagen und kriminalpolitische Überlegungen**, Frankfurt a.M. u.a., 1996.

Yarsuvat, Duygun. “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXX, Sayı: 1-2, 1964, ss. 115-170.

Yarsuvat, Duygun. “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)**, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, No: 19, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

Yarsuvat, Duygun, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu. “Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman Ergül, Eylül 2004.

Yaşar, Osman. **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç. **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt, Madde 86-140, 2. Baskı, Ankara 2014.

Yenidünya, Ahmet Caner. “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 33, Eylül 2005, ss. 3284-3316.

Yenidünya, Ahmet Caner, Yusuf Yaşar. “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi** **10. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, ss. 347-364.

Yenisey, Feridun. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, Ekim 2005.

Yenisey, Feridun, Ayşe Nuhoğlu. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Ekim 2015.

Yenisey, Feridun, Gottfried Plagemann. **Alman Ceza Kanunu Satrafgesetzbuch (StGB)**, (Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 2. Baskı, İstanbul 2015.

Yıldız, Ali Kemal. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Açıklamalar – Değerlendirmeler – Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

Yıldız, Ali Kemal. “Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)”, **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, İstanbul 2010. (Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları)

Yokuş Sevük, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 18, Sayı: 57, Mart-Nisan 2005, ss. 243-282.

Yokuş Sevük, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005, ss. 280-302. (Hukuk ve Adalet)

Yurtcan, Erdener. **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 4. Bası, İstanbul 2005.

Yurtcan, Erdener. **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, İstanbul 2009.

Yurtcan, Erdener. **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, Ekim 2015 Tarihi İtibariyle Güncelleştirilmiş, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 304, Kasım 2015.

Yücel, Mustafa Tören. “Cinsel Suçluların Tretmanı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 24, Sayı: 94, Mayıs-Haziran 2011, ss. 69-94.

Yücel, Mustafa Tören. **Adalet Psikolojisi**, Kasım 2014. (Adalet)

Yücel, Mustafa Tören. “Cinsel Suçlar (Sexual Crimes)”, <http://www.kriminoloji.com/>, Erişim Tarihi: 10.05.2016.

Yüksel, İsmail. “Tecavüz Kalkanı”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 3 (1), 2013, ss. 75-84.

Zafer, Hamide. “Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m. 73/8)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, Aralık 2006, ss. 117-140.

Zafer, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. Bası, Eylül 2016. (Genel Hükümler)

Zur Reform des Sexualstrafrechts. WE-Kriminalpolitikforschung (Hrsg.), **Internationales Symposium an der Universitaet Bremen 25.-26. Juni 1993**, Bremen 1994.