



T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ALİ RIZA KAŞ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. SEYDİ KAYMAZ

ANKARA

2023

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ALİ RIZA KAŞ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. SEYDİ KAYMAZ

ANKARA

2023

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

† Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

25.04.2023

Ali Rıza KAŞ

ADAMA

*Bu süreçte desteğini esirgemeyen eşime ve
Kaynakçada değerli görüşlerinden faydalandığım,
kıymetli tüm yazarlara*

TEŞEKKÜR

Meslek hayatıma Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde, Jandarma Astsubay olarak başladığım günden itibaren 2008 yılında yarım bıraktığım hayalim olan hukuk eğitimimi, 2016 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olarak tamamladım. Şan ve şeref ile yıllarca taşıdığım Jandarma Astsubay üniformamı 2017 yılında çıkartarak avukatlık mesleğine geçiş yaptım. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde kamu avukatı olarak avukatlık mesleğime devam etmekteyim. Eğitim meşalesinin sönmeyen ateşi ve öğrenmenin her yaşta yolda olmak ilkesi ve hukuk eğitimimi bir üst seviyeye çıkarmak gayesi ile girmiş olduğum sınavlar sonucunda Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku dalında yüksek lisans eğitimine başladım.

Hayatımın her zerresinde desteklerini esirgemeyen bu zorlu pandemi döneminde Covid-19 ile mücadelede sağlık personeli olarak en ön safta mücadele eden, tez yazma sürecinde şahsıma gösterdiği maddi ve manevi destekleri ile hiçbir zaman yalnız bırakmayan biricik eşim **Bahar KAŞ'a**

Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsündeki eğitimimiz boyunca sağlıklı ve kaliteli eğitim almamızı sağlayan başta Enstitü Müdürü sayın **Prof. Dr. Mehmet TOMANBAY** başta olmak üzere tüm çalışanlara,

Eğitim sürecimizde bizlerden değerli bilgilerini esirgemeyen kıymetli öğretim görevlilerine,

Tez konumun seçiminden itibaren, faydalandığım kaynakların temininden ve değerli bilgi ve görüşlerini esirgemeyen her daim tecrübelerini aktarmaktan çekinmeyen tez danışmanım **Doç. Dr. Seydi KAYMAZ' a**

Teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

KAŞ, Ali Rıza. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023.

Çocuklar, fiziksel ve ruhsal zayıflıklarından dolayı insanlık tarihi boyunca istismara uğramışlardır. Çocuklara yönelik gerçekleşen bu istismarları fiziksel, duygusal, ihmal suretiyle ve cinsel yönden istismar olarak belirtebiliriz. Konumuz olan çocukların cinsel istismarı en yaygın görülen istismar türüdür. Bu kapsamda tarih boyunca var olan ve günümüzde de sürekli artarak devam eden çocukların cinsel istismarı; istismara uğrayan çocuk üzerinde tüm hayatı boyunca etkisi devam eden zararlar oluşturmaktadır. Çocuklara yönelik tüm istismar eylemlerinde zarar veren kişiler etkin biçimde cezalandırılmalıdır. Bu cezalarda toplumda bu suça eğilimi olan diğer bireyler üzerinde caydırıcılık etkisi yaratmalıdır. Çalışmamızda amacımız; çocukları korumak adına düzenlenmiş uluslararası sözleşmeler, ilgili mevzuat hükümleri, doktrin ve yargı kararlarından faydalanmak suretiyle çocukların cinsel istismarı suçu üzerine incelemelerde bulunmaktadır. Çalışmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 103. maddesi kapsamında düzenleme altına alınan çocukların cinsel istismarı suçu incelenmiştir. 765 Sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda değişiklikler yapılmak suretiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç daha detaylı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı madde kapsamında 6545 ve 6763 sayılı kanunlar ile değişiklikler yapılmış ve çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu düzenlemelere değinilmiştir. Çalışmamızda öncelikle istismar kavramı irdelenmiş ve devamında uluslararası belgelerde çocukların cinsel istismarına yönelik düzenlemeler incelenmiştir. İkinci bölümde; Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun unsurları detaylı olarak ele alınmış ve suçun nitelikli halleri incelenmiştir. Ayrıca cinsel istismar suçunun benzer diğer cinsel suçlar ile karşılaştırılmalarına yer verilmiştir. Son olarak üçüncü bölümde ise; çocukların cinsel istismarı suçunun yargılamaya ilişkin hükümleri ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Çocuk, Çocukların Cinsel İstismarı, Türk Ceza Kanunu.

ABSTRACT

KAŞ, Ali Rıza. Crime of Sexual Abuse of Children, Master Thesis, Ankara 2023.

Children have been abused throughout human history due to their physical and mental weaknesses. We can specify the types of abuse against children as physical, emotional, neglectful and sexual abuse. However, the sexual abuse of children is the most common type of abuse. In this context, the sexual abuse of children, which has existed throughout history and continues to increase today; It is a social disease that has an effect on the abused child throughout his life and must be prevented. In all acts of abuse against children, those who cause harm should be effectively punished. Penalties to be given to the perpetrator should be of a deterrent quality on other individuals in the society who are prone to this crime. Our aim in this study; To contribute to the investigations on the crime of sexual abuse of children by making use of international conventions, relevant legislation provisions, doctrine and judicial decisions. In our study, the crime of sexual abuse of children, which is regulated within the scope of Article 103 of the Turkish Penal Code No. 5237, has been examined. In accordance with international regulations, changes were made in our old penal code numbered 765, and the crime was regulated in more detail in the Turkish Penal Code numbered 5237. In addition, changes were made with the laws numbered 6545 and 6763 within the scope of the same article and these regulations were mentioned in the relevant sections of our study. In our study, firstly the concept of abuse was examined and then the regulations on sexual abuse of children in international documents were examined. In the second part; The elements of the crime of sexual abuse of children regulated in the Turkish Penal Code No. 5237 are discussed in detail and suggestions are made to provide more effective protection by examining the qualified forms of the crime. In addition, comparisons of sexual abuse crime with other similar sexual crimes are included. Finally, in the third part; The provisions of the crime of sexual abuse of children regarding the trial were examined and the study was terminated.

Keywords: Child, Sexual Abuse of children, Turkish Penal Code.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

BİLDİRİM	i
ADAMA	ii
TEŞEKKÜR	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM.....	3
TEMEL BİLGİLER	3
1.1. Çocuk Kavramı.....	3
1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Kavramı	3
1.3. Uluslararası Belgelerde Çocukların Korunmasına Yönelik Düzenlemeler.....	5
1.3.1. Genel Olarak	5
1.3.1.1.Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi	6
1.3.1.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi	6
1.3.1.3. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme	6
1.3.1.4. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol	7
1.3.1.5. Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol.....	8
1.3.1.6. Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi).....	9
1.4. Korunan Hukuki Değer	10

2. BÖLÜM.....	12
SUÇUN UNSURLARI	12
2.1. Genel Olarak.....	12
2.2. Suçun Maddi Unsurları.....	12
2.2.1. Fail	12
2.2.2. Mağdur	14
2.2.3. Suçun Konusu	19
2.2.4. Fiil	20
2.2.4.1. Çocuğun Basit Cinsel İstismarında Fiil.....	21
2.2.4.2. Sarkıntılık Halinde Fiil	25
2.2.4.3. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarında Fiil	27
2.3. Suçun Manevi Unsuru	28
2.4. Hukuka Aykırılık Unsuru	30
2.5. Suçun Nitelikli Halleri.....	34
2.5.1. Suçun Sarkıntılık Şeklinde İşlenmesi	35
2.5.2. Çocuğu Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi	37
2.5.3. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	41
2.5.4. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi.....	43
2.5.5. Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı Ya Da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi.....	45
2.5.6. Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren Ya Da Koruma Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi	47
2.5.7. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	50

2.5.8. Cinsel İstismarın, Tck'nın 103/1-A maddesinde Belirtilen On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle İşlenmesi.....	51
2.5.9. Cinsel İstismarın Tck'nın 103/1-B Maddesinde Belirtilen Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi.....	53
2.6. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	54
2.6.1. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması.....	54
2.6.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi	55
2.6.3. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Sonucu Mağdurun Ölümü	56
2.7. Kusurluluk	57
2.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	63
2.8.1. Teşebbüs	63
2.8.2. Gönüllü Vazgeçme	67
2.8.3. İştirak.....	68
2.8.4. İçtima.....	72
2.8.4.1. Bileşik Suç	73
2.8.4.2. Zincirleme Suç	74
2.8.4.3. Fikri İçtima.....	77
2.9. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Karşılaştırılması	79
2.9.1. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma	80
2.9.2. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma	80
2.9.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma.....	81
3. BÖLÜM.....	82
KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM	82
3.1. Kovuşturma	82
3.2. Yaptırım.....	88
3.3. Görevli Mahkeme	91

3.4. Zamanaşımı	92
SONUÇ.....	94
KAYNAKÇA	99
ÖZGEÇMİş.....	104



KISALTMALAR DİZİNİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
B.M	: Birleşmiş Milletler
CD.	: Ceza Dairesi
C.	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
E.t.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması
K.	: Karar
Md.	: Madde
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
RG	: Resmi Gazete
Syf.	: Sayfa
S.	: Sayı
Ss.	: Sayfa sayısı
UNİCEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
Uyap	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve diğerleri
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy.	: Yüzyıl
Who	: Dünya Sağlık Örgütü

GİRİŞ

İnsanoğlu tarih boyunca cinsel saldırı niteliğindeki eylemlere yönelik çeşitli düzenlemeler yapma gereği duymuştur. Bu düzenleme ihtiyacı tarihte din kuralları, gelenek-adet kuralları veya bir kanun ile karşılanmaya çalışılmıştır. Bu kurallar veya kanunlara aykırı hareket edenler çeşitli yaptırımlar ile cezalandırılmıştır. Ayrıca bu yaptırımlar gelecekte işlenmesi muhtemel cinsel suçları işleme niyetinde olan bireyler üzerinde de caydırıcılık etkisi yaratmıştır.

Çocukların istismarını fiziksel, duygusal, ihmal suretiyle ve cinsel yönden istismar olmak üzere sınıflandırabiliriz. Çocuk üzerinde hayatı boyunca etkisi devam eden yıkıcı etkileri diğer istismar türlerine göre daha fazla olan çocukların cinsel yönden istismarı ayrı bir önem arz etmektedir. Henüz gelişimini tamamlamamış bir çocuk cinsel yönden istismar edilmesi halinde, bedensel ve ruhsal gelişimini sağlıklı tamamlayamayacaktır.

Çocukların korunması bakımından çocukların cinsel istismarının diğer cinsel suçlardan ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği hususu geç fark edilmiştir. Bu farkındalık sonucunda çeşitli uluslararası düzenlemeler ile çocuklar koruma altına alınmak istenmiştir. Bu kapsamda tarihi süreçte bu alanda yapılan çalışmaların artması ile birlikte birçok uluslararası sözleşme imzalanmış ve imzacı devletler kendi iç mevzuatını bu sözleşmelere uygun hale getirmişlerdir. Uluslararası kaynaklarda çocukları istismardan korumak amacıyla; Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol ve Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasını İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi gibi birçok düzenleme yapılmıştır. Türkiye de bu düzenlemeler gereği kendi iç hukukunda düzenlemeler yapmıştır.

İç hukukumuzda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu kanunun ikinci kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmı içinde, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” bölümünde yer almaktadır. TCK 103. maddesinde düzenlenen suç aynı bölümde yer alan “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, “*Cinsel Saldırı Suçu*” ve “*Cinsel Taciz*” suçundan farklı bir maddede ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. 765 sayılı ETCK’da

değişiklikler sonucu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda daha detaylı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı madde kapsamında 6545 ve 6763 sayılı kanunlar ile değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile kanunun çocukları koruma bakımından daha etkin hale getirildiği görülmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK 103. maddesinin ilk fıkrasında, çocukların cinsel istismar suçunun temel hali ile sarkıntılık hali düzenlenmiş ve çocukların cinsel istismarı kavramının tanımı yapılmıştır. İkinci fıkrasında ise; vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen çocukların nitelikli cinsel istismarı suçuna yer verilirken maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında cezayı ağırlaştıran diğer nitelikli haller düzenlenmiştir. Beşinci fıkrasında çocuklara yönelik cinsel eylemlerini gerçekleştirdiği sırada, failin cebir ve şiddet kullanması ve kullandığı şiddet ve cebir sonucu ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin bulunması hali düzenlenirken, son fıkrası olan altıncı fıkrasında ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verilmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde; çocuk kavramı ve çocuklar üzerinde gerçekleşen cinsel istismar kavramına yer verilecektir. Devamında ise; çocuklarımızı korumak adına uluslararası boyutta hazırlanmış ve birçok devlet tarafından kendi iç hukuklarında uygulanmaya devam eden sözleşme ve protokoller açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca cinsel istismar suçunda korunan hukuki değer incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, çocukların cinsel istismarı suçunun temel unsurları değerlendirilecektir. Tipiklik üzerinden maddi unsur, fail, mağdur, suçun konusu, fiil, hukuka aykırılık unsuru ve kusurluluk kavramları açıklanacaktır. İkinci bölümün devamında ise; çocukların cinsel istismarı suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri hakkında değerlendirmelere yer verilecektir. Suçun özel görünüş şekillerinden olan teşebbüs, iştirak ve içtima hükümleri ele alınacaktır. İkinci bölümümüzün sonunda ise, diğer cinsel suçlar ile konumuz olan çocukların cinsel istismarı suçunun karşılaştırılmasına yer verilecektir.

Son bölüm olan üçüncü bölümde ise; suçun yargılamasına yönelik hükümlere yer verilerek çalışmamız genel değerlendirme amacı taşıyan sonuç bölümü ile tamamlanacaktır. Ayrıca çalışmamızda ilgili mevzuat hükümleri ve çocukları korumak adına düzenlenmiş uluslararası sözleşmeler ile birlikte ele alınarak doktrin ve yargı kararlarından da faydalanmak suretiyle uygulamada daha etkin bir koruma sağlamak için gerekli mevzuat değişikliklerine yönelik öneriler yer almaktadır.

1. BÖLÜM

TEMEL BİLGİLER

1.1. Çocuk Kavramı

Çocuk kavramı üzerine birçok tanım yapılmış olmakla beraber Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanıma göre çocuk; “kız veya oğul, evlat” ve “küçük yaştaki kız veya erkektir.”* Ayrıca Türk hukukunda da çocuğa yönelik tanımlara kanunlarda yer verildiği görülmektedir. Bu kanunlar “Çocuk Koruma Kanunu”, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu” ve “Türk Medeni Kanunu” olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu’na 3. maddesine göre; erken dönemde ergin olan çocuk dahil on sekiz yaşını tamamlamamış kişi, Türk Ceza Kanunu 6. maddesine göre; ceza kanunlarının uygulanabilirliği yönünden on sekiz yaşını bitirmeyen kişi ve Türk Medeni Kanunu 11. Maddesine göre ise, on sekiz yaş rüşt yaşı olarak belirtilmek suretiyle çocuk kavramı tanımlanmaktadır.

Bu konuda Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kapsamında da yapılan bir tanım mevcuttur. Bu tanıma göre çocuk kavramı; “Erken yaşta ergin olmuş çocuk hariç, on sekiz yaşını tamamlamamış insan çocuktur.”** olarak belirtilmiştir.

1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Kavramı

İstismar kavramı “birinin iyi niyetini kötüye kullanma” ve “sömürme” anlamları taşımaktadır.*** Birçok tanımı mevcut olan çocuk istismarı kavramında, anlam karışıklığını gidermek amacıyla ortak bir tanım yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç doğrultusunda, 1985 yılında Dünya Sağlık Örgütü tarafından alanında uzman bilim insanları tarafından yapılan tanım ortak değerleri bir arada taşıması bakımından önemlidir. Bu tanıma göre “Çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimine engel olan, toplum veya bir birey tarafından yapılan bilinçli veya bilinçsiz davranışlardır.” (Başbakkal/Baysan, 2004,s.66) Çocuk istismarı kavramı sadece çocuğa uygulanan salt bir kötü muamele olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca çeşitli fiziksel ve manevi unsuru içinde barındırabilmektedir. Bu durum fiziksel şiddet uygulanmak suretiyle

* www.tdk.gov.tr. E.t:12.01.2023

** www.unicef.org E.t:12.01.2023

*** www.tdk.gov.tr. E.t:04.03.2022

karşımıza çıkabilirken, cinsel tatmin amacıyla yapılan eylemlerle de karşılık bulabilmektedir. Tüm bu belirtilen hususlar dahilinde tüm insanlık tarafından kabul görebilecek bir tanımlama yapılamamaktadır.(Topçu,2009,s.24) Ancak konunun daha sağlıklı anlaşılabilmesi için türlerinin belirtilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan çocuğun fiziksel istismarı, çocuğun duygusal istismarı, çocuğun cinsel istismarı ve çocuğun ihmal edilmesi suretiyle istismarı şeklinde dört farklı kategoriye ayrılması gerektiği de değerlendirilmektedir. (Polat, 2021, s.22)

Günümüzde çocuklara karşı en sık karşılaşılan istismar türlerinden biri olarak karşımıza fiziksel istismar çıkmaktadır. Fiziksel istismar; doğrudan veya dolaylı olarak çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyen, çocuğun farklı şekillerde yaralanmasına sebep olan kaza dışı tüm şiddet hareketleridir. (Küçükosmanoğlu,2014,s.5) Fiziksel istismarı tanımlamak gerekirse çocuğun kaza dışı fiziksel olarak zarara uğramasıdır. (Gürsel, 2004, s.29) Somut bir şekilde gözle görülebilen ve çocuk üzerinde etkileri bakımından diğer istismar türlerine göre ispatı daha kolay olan çocuğun fiziksel istismarı sıkça karşımıza çıkmaktadır. Fiziksel istismarın en görünür hali dövme ve şiddet uygulamak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. (İnci,2010,s.71) Duygusal istismar ise; tespiti oldukça zor olan ancak toplum nezdinden sıkça karşımıza çıkan bir istismar türüdür. (Topçu,s.34) Duygusal istismar WHO tarafından tanımı yapılmış olup; “*Çocuğun ruhsal, bedensel ve zihinsel gelişimine zarar verme ihtimali bulunan fiziksel eylem içermeyen ancak çocuğu aşağılama, korkutma veya zor duruma düşüren davranışlardır.*”^{*} şeklindedir. Pasif istismar olarak da karşımıza çıkan çocuğun ihmal edilmesi suretiyle istismarı ise; “*Çocuğa yönelik yetişkinlerin ya da devletin sorumluluklarını gerçekleştirmemesi şeklinde tanımlanabilir.*”(Aral/Gürsoy,2000, s.151) Çocuk üzerinde gelişimsel, duygusal ve bedensel olarak zarara yol açan ihmal, istismar olarak değerlendirilse de diğer türlere göre farklılıklar taşımaktadır. (Topçu,s.115) İhmal, diğer istismar türlerine göre daha fazla gerçekleşmesine rağmen somut olarak bir sonuca ulaşmaması sebebiyle soyut kalmaktadır.

Konumuz olan çocukların cinsel istismarında ise farklı tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre; gelişimini tamamlamamış erkek ve kız çocuğunun cinsel zevk almak maksadıyla kullanılmasıdır. (Polat,2001,s.9) Diğer bir tanım ise; çocuğun cinsel saiklerle kullanılmasıdır. (Tansel,2017,s.44) Ayrıca bu konuda Dünya Sağlık Örgütü(WHO) tarafından da bir tanım yapılmıştır. WHO tarafından yapılan tanımına

^{*} www.who.int., E.t: 25.02.2021

göre, “Yetişkin ya da çocuğun çocuk üzerinde güç ve güven ilişkisini kullanmak suretiyle çocuğu cinsel saiklerle kullanmasıdır”^{*}

Ayrıca Coulborn Faller cinsel istismar kavramını yedi kategoriye ayırmak suretiyle tanımlamıştır. Bu kapsamda çocukların cinsel istismarını; bedensel temas olmadan, cinsel amaç taşıyan bedensel temas ile, genital-oral ilişki, interfemoral ilişki, cisim ya da cinsel organın ağza ya da genital bölgeye sokma suretiyle, çocuk pornosu ve çocuk fuhuşunu kapsamına alan cinsel sömürüyle ve başkaca cinsel istismar içeren eylemler sonucu çocuğun cinsel olarak sömürülmesi olarak tanımlamaktadır. (Polat, s.92)

Çocukların cinsel istismarına ilişkin her tanım kendi içinde farklı niteliklere değinmiş olsa da ortak değerler barındırdığı söylenebilir. TCK’nın 103/1-a ve b maddesine göre cinsel istismar kavramı, “on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik her türlü davranış ile diğer çocuklara yönelik tehdit, cebir, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen davranışlar.” Olarak tanımlanmaktadır.

1.3. Uluslararası Belgelerde Çocukların Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

1.3.1. Genel Olarak

Kendilerini savunabilme ve ihtiyaçlarını karşılayabilme yeteneği diğer yetişkinlere göre daha az olan çocukları korumak hem devletin hem de hukukun görevidir. Adaleti gerçek anlamda sağlayabilmek için çocukların korunmasına hassasiyet gösterilerek hem Anayasal hem de uluslararası belgeler ile çocuklar güvence altına alınmalıdır. (Seçgin,2018,s.43-46) Özellikle çocuklara yönelik gerçekleşen cinsel eylemler sonrasında yaşanan mağduriyetin artması ve toplum vicdanını derinden etkilemesi bakımından, çocuğa uluslararası boyutta bir statü tanınması kanaati toplumlarda yerleşmeye başlamıştır. Bu konuda yirminci yüzyıla kadar herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak 1924 ve 20 Kasım 1959 yıllarında Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgelerinin ilanlarıyla beraber çocuk hakları alanında önemli adımlar atılmıştır. Birçok devlet, iç hukukta

^{*} www.who.int. E.t: 25.02.2021

düzenlemelere gitmiş ve ardından birçok uluslararası belgeler ve sözleşmeler ile çocukların hakları teminat altına alınmıştır.

1.3.1.1.Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Çocuk hakları kapsamında düzenleme altına alınmış beş maddelik Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi 26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından imzalanmıştır. Uluslararası boyutta, çocuk haklarına ilişkin ilk önemli adımdır. Bildirge kapsamında çocukların sağlıklı gıda temini, doğal gelişimine olanak sağlanması, hastalıkların tedavisi, doğal afetlerde ilk yardım edilecek kişiler arasında yer alması ve her türlü istismara yönelik karşı konulması ve bu konuda eğitilmeleri hususları düzenlenmiştir. Bildirge Türkiye tarafından 1928 yılında imzalanmıştır. Ancak Milletler Cemiyeti'nin İkinci Dünya Savaşı sonucu geçerliliğini yitirmesi sebebiyle bildirgenin yaptırım gücü kalmamıştır. (Kurt,2016,s.36)

1.3.1.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinin geçerliliğini kaybetmesi üzerine yeni oluşum olarak adlandırılan Birleşmiş Milletler bünyesinde, çocukların vücut bütünlüğünü ve cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla “Sosyal Sorunlar Meclisi” kurulmuştur. Meclis yaptığı görüşmeler nezdinde bildirgeyi yeniden düzenleyerek Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna sunmuş ve bildirge 20 Kasım 1959 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir. (Kurt, s.105)

Bildirge Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinin daha kapsamlı ve güncel hali olarak on ilke üzerinde kurulmuştur. Bildirgede; ücretsiz ve zorunlu eğitim, özel eğitim ve bakım, aile ve devlete ait yükümlülükler, çocuğun isim, vatandaşlık ve çocuğun her durumda yardımlardan ilk yararlanacaklar arasında yer alması gibi haklar yer almaktadır.

1.3.1.3. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin genel ilkelerden oluşması ve yaptırım gücü yönünden yetersiz kalması nedeniyle Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen sözleşme 1989 yılında kabul edilmiştir. Çocuk haklarına dair en kapsamlı ve Dünya genelinde genel geçerliliğe sahip sözleşmedir. (Polat,s.191) İki yüz ülke tarafından imzalanan sözleşmeyi Türkiye 1994

yılında imzalamıştır. Ayrıca 1995 yılında da mevzuat düzenlemelerini yaparak yürürlüğe koymuştur. (Akyüz,2021, s.35)

Sözleşme üç kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda genel ilkelere, ikinci kısımda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin kuruluşu ve sözleşmenin topluma öğretilmesine yer verilmiştir. Son kısım olan üçüncü kısımda ise; sözleşmenin yürürlüğüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. (Akyüz,s.36)

Çalışmamız kapsamında önem teşkil eden cinsel yönden çocukların istismarına yönelik hususlar, sözleşmenin 19., 34. ve 39. maddelerinde düzenlenmiştir. Maddelerin ortak noktası olarak taraf devletlerin her türlü cinsel istismar ve sömürüye karşı çocuklara koruma güvencesi sağlayacağı, çocukların istismara uğraması halinde topluma tekrar kazandırma ve sağlığı konusunda gerekli işlemleri yapacaklarına dair hükümler yer almaktadır. Çocuk hakkında her türlü desteği sağlamak ve sosyal programlar dahilinde koordinasyonun sağlanması yönünden düzenlemeler yapacağı hususları da sözleşme kapsamında yer almaktadır. (ÇHS, m.19, m.34, m.39)*

1.3.1.4. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol

Sözleşmesinin imzalandığı tarihlerde, internet kullanımının yeterince yaygın olmaması nedeniyle göz ardı edilen hususlar daha sonraki süreçte gündeme gelmiştir. Bu sebeple çocuk satışı, yasadışı yollarla çocuk evlat edindirme ve çocuk pornografisinin internet üzerinden engellemek amacıyla bu protokol düzenlenmiştir. (Kartal, 2016, s.73)

Birleşmiş Milletler tarafından, 25 Mayıs 2000 yılında Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne tamamlayıcı olması amacıyla genel kurulda kabul edilmiştir. Türkiye'de 28.06.2002 tarih ve 24799 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve iç hukukuna protokolü kazandırmıştır.

Protokolün 2. Maddesinde tanımlamalar yapılmıştır. Madde metni, “*Çocuk satışı: şahıs veya şahısların bir menfaat karşılığında çocuğun başka bir şahıs veya şahıslara devredilmesi niteliğinde eylem olarak, Çocuk Fahişeliği: menfaat elde etmek amacıyla çocuğun cinsel eylemlerde kullanılması, Çocuk Pornografisi: cinsel nitelik taşıyan bir şekilde çocuğun veya cinsel uzuvlarının teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel*

* Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 1989, www.unicef.org, E.t:14.03.2021

*amaçlarla sergilenmesidir.”** şeklinde ifade edilmiştir.

Protokol ile belirtilen tanımlar kapsamında, çocukların hassas konularda korunması gerektiği düzenlenmektedir. Ayrıca ceza kanunları ve usul kanunlarında yapılacak düzenlemelere yönelik, çocuk mağdurlar ile ilgili olarak önem arz eden hükümler içermektedir.

1.3.1.5. Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol

Protokol kadın ve çocuk ticareti konusunda mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Protokole taraf olan ülkelerde çocuk tacirlerinin cezalandırılması konusunda mevzuat düzenlemelerinin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca kadın ve çocuk ticareti mağdurlarının korunmasına yönelik gerekli önlemlerin alınmasında uluslararası düzenlemelerin gerekliliği açıklanmıştır. **

İnsan Ticareti kapsamında protokole istinaden Türk Ceza Kanunu’nda düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan düzenleme;

“İnsan Ticareti

Madde 80- (1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 md.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurların rızası geçersizdir.

* Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, www.unicef.org, E.t:14.01.2021

** 30.01.2003 Tarihli 4804 sayılı kanun ile onaylanmıştır., www.mevzuat.com, E.t: 16.02.2021

(3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.” Şeklindedir.

Madde metninden anlaşılabacağı üzere çocukların rızası dahilinde gerçekleşmiş olsa dahi fiilin hukuka uygun olmayacağı açıktır. Ayrıca veli ve çocuk tarafından verilen rıza geçersiz sayılmak suretiyle iştirak hükümleri gereği velinin de ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. (Tezcan/Erdem/Önok,2022, s.478)

1.3.1.6. Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)

Sözleşme cinsel istismara yönelik alınması gereken önlemler ve çocukların korunmasında en kapsamlı belge olma niteliği taşımaktadır. (Kartal,s.84) Sözleşme uluslararası belgelerin alışılmış genel hükümlerinden uzaktır. Sözleşmenin oldukça detaylı hükümler içerdiği görülmektedir.

25.10.2007 Yılında imzaya açılan belge, 01.07.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 2007 yılında imzalamasına karşın onaylama işlemini 2011/2060 sayılı ve 18.07.2011 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile gerçekleştirmiştir. Karar 10.9.2011 tarihli 28050 sayılı Resmi Gazete’de yayınlamıştır. Sözleşme ceza hukuku yönünden cinsel istismar ve cinsel sömürünün tanımlarını yapması bakımından uluslararası belgelerde bir ilktir. (Savaşçı,2012,s.44) Sözleşmenin amacı cinsel istismar ve sömürü yönünden çocukların korunması ve bu alanda devletler düzeyinde işbirliğinin sağlanmasıdır. Cinsel istismar ve sömürü kavramalarını ayrı değerlendirerek detaylı bir şekilde tanımlarına yer vermiştir. Bu sayede uluslararası düzeyde istismar türleri konusunda farkındalığı arttırmıştır. (Tansel, 2017, s.8)

Sözleşmede dikkat çeken bir durum 18. maddesinin 3.fıkrasında yer almaktadır. Fıkrada çocuklar arasında gerçekleşen rıza dahilindeki cinsel münasebetleri, sözleşmenin amacı dışında tutmasıdır. Sözleşme kapsamına alınmayan bu husus sonucu düzenlemeyi devletlerin kendi iç hukukuna bırakmış olması ve yetişkinler ile çocuklar arasında ayırım yaparak bu hususun incelenmesinde her iki gurubun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde iradesini belirtmiştir.

Kanaatimizce, bu husus her iki tarafın çocuk olması halinde fail belirlemede karşımıza çıkacaktır. Hangi kıstaslar ele alınarak failin belirlenmesi ve hangi çocuğun cezalandırılacağı konusunda daha dikkatli ve özenli olmamızı göstermektedir. Ancak çocuğun rızasının ne derecede aydınlanmış olduğu konusu belirsizlik oluşturacağı için birçok suçta sanığın cezasız kalabileceği riski taşımaktadır.

1.4. Korunan Hukuki Değer

Suç ile korunan hukuki değeri sağlıklı bir şekilde belirtmek için suçun Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği bölümün incelenmesi gerekmektedir. (Kartal, s.140) 765 sayılı ETCK'unda cinsel suçlar, “*Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler*” başlığı altında “*Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler*” başlıklı birinci fasılda düzenlenmişti. Bu kapsamda çocukların cinsel istismarı suçu da aile düzeni ve genel ahlak düzeni kapsamında işlenen bir suç olarak tanımlanmaktaydı. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise; çocukların cinsel istismar suçu Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, ikinci kısım, altıncı bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında yer almaktadır. Hem 765 sayılı hem de 5237 sayılı ceza kanunları bakımında suçun kanundaki yeri itibarıyla bir değerlendirme yapıldığında korunan hukuki değerin ETCK'unda genel ahlak ve aile düzeni olduğu görülmektedir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda korunan hukuki değerin ise çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu görülmektedir. (Aydın, 2018, s.19)

Anayasa mahkemesi ise; suçla korunmak istenen hukuki menfaatin ruh ve beden bütünlüğü ile çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, “ *On beş yaş altındaki çocukların ruhsal ve bedensel gelişimlerini yeterince tamamlamamaları ve suç sonucu çocukların uğrayacağı zararlarda dikkate alınmak suretiyle mağdur çocuklara yönelik gerçekleştirilecek cinsel davranışlara rızalarının olamayacağını kabul edilmiştir. Bu kapsamda kanun koyucu on beş yaşını tamamlamamış çocukları koruma kalkanı altına almıştır. Söz konusu itiraz üzerine incelenen kuralda mağdur olan çocuğun kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışlara dahi rızasının geçerli olmayacağı sebebiyle korunmak istenen hukuki değerin çocuğun ruh ve beden sağlığı ile cinsel dokunulmazlığıdır.*”^{*} şeklinde belirtilmiştir.

^{*} Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 tarihli 2015/43E. 2015/101K. Sayılı kararı www.anayasa.gov.tr, E.t: 28.01.2023

Doktrinde ise suç ile korunan hukuki değerin ne olduğu hususunda ortak bir görüş bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; istismar suçunun oluşmasına neden olan fiillerin mağdurun vücudunda gerçekleşmesi sebebiyle korunan hukuki değer mağdurun ruhsal ve fiziksel bütünlüğü ile cinsel özgürlüğüdür. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,2022,s.393) Diğer bir görüşe göre ise; suç ile korunan hukuki değer mağdur, çocuğun henüz cinsel ve bedensel olarak olgunluğa ulaşmaması sebebiyle sağlıklı ve erken bir dönemde cinsel deneyimler yaşamaması ve gelişimini sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesi için çocuktur. (Tezcan/Erdem/Önok, s.458) Cinsel özgürlük “*Yasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla bireyin cinsel seçimlerinin yapabilme özgürlüğü*” olarak belirtilmiştir. Bu tanıma göre çocuğu cinsel eylemlere karşı korumak cinsel özgürlüğün negatif yönünü oluştururken, çocuğun özgür olarak cinsel kimliğini belirtmesi pozitif yönüdür. (Taner,s.32)

Cinsel dokunulmazlığı savunan görüşe göre ise; mağdurun tasarrufunun bulunmadığı bir hak üzerinde hürriyetçi bir düşünce benimsemek suçun ruhu ile bağdaşmamaktadır. (Kartal, s.143.) Cinsel özgürlüğü savunan yazarlar ise; suç ile korunmak istenen hukuki değerin cinsel dokunulmazlık olamayacağını cinsel dokunulmazlığın bir sonuç olduğunu ve hukuki bir konu olmadığını ifade etmektedir. (Taner, s.289)

Kanaatimizce, suçun kanun kapsamında düzenlenmesinde en önemli gaye, henüz gelişim çağında olan bir çocuğun hayatı boyunca etkisi devam edecek olumsuz yaşam tecrübelerinden korumaktır. Çocuğun savunmasız ve korumasız olduğu hususu dikkate alınarak bir değerlendirme yapıldığında, kendi bedeni üzerinden gerçekleştirilecek cinsel eylemlere dahi rızasının geçerli olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle cinsel özgürlük korunan hukuki değer olarak kabul edilemeyecektir. Diğer bir husus ise; kanun koyucu on beş yaşını tamamlamış çocukların rızalarına geçerli saymıştır. Ancak bu durum korunan hukuki değeri değiştirmeyecektir. Şöyle ki; bu kapsamda yer alan çocukların cinsel davranışlara gösterdiği rıza, organ ve sair cisim sokmamak şartıyla suçun oluşmasını engelleyecektir. Dolayısıyla belirtilen rıza da hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu rıza tipikliğe ilişkin nitelik taşımaktadır. (Akbulut, 2019, s.40) Tüm bu hususlar dahilinde çocuğa yönelik her türlü cinsel eylemin mevzuat kapsamında karşılık bulması sebebiyle korunan hukuki değerin, cinsel dokunulmazlık olduğunun kabulü daha isabetli olacaktır.

2. BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI

2.1. Genel Olarak

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde hüküm altına alınan “Çocukların Cinsel İstismar Suçu”, 6545 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” 59. maddesi ve 6793 sayılı “Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” 13. maddesi ile önemli değişiklikleri uğrayarak son halini almıştır.

Maddenin son halinde; ilk fıkrada istismar kavramının tanımı ve suçun temel hali ile sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunu, ikinci fıkrada nitelikli hal olarak kabul edilen organ ve sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi halini, üçüncü ve dördüncü fıkralarda cinsel istismar suçunun nitelikli hallerini, beşinci fıkrada suçun cebir ve şiddet ile birlikte işlenmesini ve altıncı olan son fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir.

2.2. Suçun Maddi Unsurları

2.2.1. Fail

Çocukların cinsel istismarı suçunun failinin tespiti kapsamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na bakıldığında fail hakkında sahip olması gereken özelliklere yer verilmemiştir. Herhangi bir sınırlama olmaması sebebiyle suçun failinin çocuk, yetişkin, kadın veya erkek olup olmadığının tespitine gerek duyulmamakta olup herkes suçun faili olabilmektedir. (Kocaoğlu,2016,s.264) Ancak madde kapsamını bir bütün olarak değerlendirildiğimizde fail hakkında bazı özelliklerin bulunması uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda failin on sekiz yaşını tamamlamış bir yetişkin olması durumunda suçun nitelikli halleri hariç herhangi bir özellik arz etmemektedir. Ancak fail ile mağdurun on beş yaşını tamamlamamış çocuklar olması halinde suçun faili konusunda tartışma gündeme gelmiştir. Bir görüşe göre; her iki çocuğun da suçun faili olarak suçtan sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu görüşün uygulanması halinde organ ve sair cisim sokmak suretiyle cinsel eylemlerde

bulunan çocuklardan, erkek çocuk, eylemi organ sokmak suretiyle gerçekleştireceği için suçun nitelikli halinden, diğer fail olan kız çocuğunun ise suçun temel halinde sorumluluğuna gidilecektir. Bu durumun ise hakkaniyetli bir yaklaşım olmayacağı açıktır. (Koca/Üzülmez, s.406) Diğer bir görüşe göre ise; her iki çocuk hem fail hem de mağdur sayılması gerekmektedir. (Aydın,2018, s.20) Ancak bir kişinin aynı suçun hem faili hem mağduru olamayacağı için bu görüş de kabul görmemiştir. (Koca/üzülmez, s.406) Bu konuda üçüncü görüş ise; çocuklardan birinin diğer çocuğu cinsel eylemlerde bulunmaya ikna etmesi halinde o çocuğun fail olması şeklindedir. (Kartal, s.140) Ancak genellikle gizlilik içinde işlenen cinsel istismar suçlarında hangi çocuğun ikna eden olduğunu tespit etmek çoğu zaman mümkün olmaması sebebiyle bu uygulamanın da çözüm getirmeyeceği değerlendirilmektedir.

Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar, “Çocuğun cinsel istismarı suçunda failin cinsiyet farkı gözetmeden herkesin olabileceği, on beş yaşından küçüklerin cinsel ilişkiye girmesi ve organ sokmak suretiyle gerçekleşmesi durumunda organ sokan tarafın 103/2 maddesinden, organ sokulan tarafın ise suçun temel halden sorumlu olacaktır. On beş yaş altında bulunan tarafların karşılıklı istekleri doğrultusunda birlikte oldukları görülmektedir. Ancak suçun işlenmesine yönelik etkin hareketlerde bulunan yönünden fail ve mağdurun tespit edilememesi sebebiyle beraat kararları verildiği, katılan mağdurun beyanı, ikrar ve tüm dosya içeriğine göre Oğuzhan'ın suçun nitelikli halini işlediği sabit iken mahkumiyet kararı yerine beraat kararı verilmesi sebebiyle bozulmasına..”^{*} şeklinde belirtilmiştir. Karara göre on beş yaşından küçük çocukların organ sokmak suretiyle rızaen cinsel ilişki yaşamaları sebebiyle organ sokma eylemini gerçekleştiren çocuğa suçun nitelikli halinden, diğer çocuğa ise suçun temel halinden ceza verildiği görülmektedir.^{**} Yargıtay bir başka kararında da; aynı düşünceden hareketle, on beş yaşından küçük iki çocuğun rızaen cinsel ilişki yaşamaları halinde SSÇ'nin(kız) suçun temel halinden cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. ^{***}

* Yargıtay 14. CD. 24.04.2014 tarihli 2012/7112 E. 2014/5614K., sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:19.02.2021

** Yargıtay 14. CD. 24.04.2014 tarihli 2012/7112 E. 2014/5614K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:19.02.2021

*** Yargıtay 14. CD. 01.11.2012 tarihli 2011/4557 E. 2012/10539K., sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:19.02.2021

Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı gibi Yargıtay'ın erkek çocuğunu fail olarak belirleme ve suçun nitelikli halinden sorumlu tutma eğiliminde olduğu görülmektedir. Kimi yazarlar da; ceza hukuku yaptırımları dışında kalarak ceza vermek yerine çocukları topluma kazandırılacak ve yaptıkları hataların farkına varmak suretiyle kendi ve toplum vicdanında telafi imkanlarını yaratacak çözümlerin üretilmesi yönünde görüşleri mevcuttur. (Koca/Üzülmez,s.406)

Dolaylı fail olarak çocukların cinsel istismarı suçunu işlemek mümkündür. (Çalışkan,2013,s.311) Failin bu suçu işleyebilmesi için doğrudan doğruya çocuk üzerinde cinsel davranış gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Çocuğu cinsel davranışları kendi bedeni üzerinde uygulaması yönünde baskı oluşturması halinde failin fiili de cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. (Koca/ Üzülmez, s. 315) Örneğin: Chat programları üzerinden görüntülü konuşan tarafların, failin istekleri ve direktmesi doğrultusunda cinsel bölgesine sair cisim sokması halinde burada dolaylı faillik gündeme gelecektir.

Buraya kadar bahsettiğimiz hususlar dahilinde kanaatimizi açıklamak gerekirse; çocukların cinsel istismarı suçunun failinin herkes olabileceği muhakkak olup fail bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Ancak doktrin ve yargı kararlarında oluşan farklılığın on beş yaşından küçük çocukların rızaen cinsel ilişkide bulunmaları halinde faillik konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Bu konuda mevzuat boşluğu olduğu açıkça görülmektedir. Çocuklara cinsel gelişimlerinin zirve yaptığı bir dönemde merakları sebebiyle gerçekleştirdikleri cinsel eylemler sonucu ağır yaptırımlar uygulanacaktır. Cezalandırılan çocuğu topluma kazandırmak bir daha mümkün olmamakla birlikte gelecekte aynı çocuğun istismar suçunun faili olması durumu da bir ihtimaldir. Bu konuda en isabetli yöntemin ceza kanununda suçun ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ve ceza yaptırımı yerine aile ve toplum içinde çocuğa telafi imkanı yaratacak disiplinlerin oluşturulmasıdır.

2.2.2. Mağdur

Mağdur sadece çocuk olabilmektedir. Kanun bu konuda herhangi bir cinsiyet ayırımına gitmemiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ilk maddesi; “*Erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşını doldurmamış olan herkes çocuktur.*”^{*} Şeklinde düzenlenmiş olup tanımdan reşit olan bir bireyin çocuk olarak

^{*} Birleşmiş Milletler “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” 1. madde, www.unicef.org, E.t:01.03.2021

sayılamayacağı anlaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu 6. maddesi ve Çocuk Koruma Kanunu 3. Maddesinde on sekiz yaş altı her birey (ergin olursa dahi) çocuk olarak kabul edilmektedir. Fiilin işlendiği sırada mağdurun hayatta olması gerekmektedir. Ölü birine karşı işlenecek fiil sonucu TCK. 130. maddesinde yer alan “*Kişinin Hatırasına Hakaret*” suçu oluşacaktır. (Özbek/Doğan/Bacaksız,2022, s.360)

Kanunda cinsel istismar suçunun mağduru on sekiz yaş altında bireyler olarak tanımlanmışsa da her on sekiz yaş altındaki çocuğa yönelik gerçekleşen cinsel eyleme aynı hukuki sonuçlar bağlanmamıştır. Türk Ceza Kanunu 103. maddesi kapsamında üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Bunlar on beş yaşını tamamlamayan çocuklar, on beş yaşını tamamlayıp on sekiz yaşını tamamlamayan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ve on beş yaşını tamamlamış çocuklardır. (Artuç,2018, s.641)

Yasa koyucu henüz 15 yaşını tamamlamamış çocukların bedenleri üzerinde gerçekleşecek cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyetlerinin olmayacağını kabul etmiştir. (Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3327). Nitekim Yargıtay da birçok kararında aynı yönde karar vermiştir.* Bir diğer husus kanun koyucu 15 yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını tamamlamakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocukları da aynı statüde kabul etmiş ve suçun mağduru olarak değerlendirmiştir.**

Mağdurun 15 yaşını tamamlamış olmakla beraber algılama yeteneği gelişmiş olması halinde suçun oluşabilmesi için mağdura yönelik cinsel tatmin amacıyla gerçekleşen eylemin cebir, hile, tehdit ve iradeyi etkileyen başka bir neden ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim bu kapsamdaki çocuğa yönelik rızaen cinsel ilişki boyutuna varan eylemlerde istismar suçu oluşmayacaktır. Diğer şartların bulunması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. (Özbek, s.628)

Görüldüğü üzere çocukların cinsel istismarı suçunda, çocuğun rızası sadece 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneğine sahip çocuklar açısından geçerlidir. Cinsel tatmin amacıyla gerçekleşen eylemin ilk olarak rıza ile gerçekleşmesi ancak sonrasında çeşitli nedenler ile faili cezalandırmak gibi adaleti yanıltıcı durumların oluşmasını engellemek amacıyla rızanın hassasiyetle araştırılması gerekmektedir. Bu konuda

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.10.2014 tarihli 2014/112E. 2014/457K. Sayılı kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2016 tarihli 2014/694E. 2016/472K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t. 25.05.2022

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.10.2014 tarihli 2014/112E. 2014/457K. Sayılı kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2016 tarihli 2014/694E. 2016/472K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.25.05.2022

Yargıtay rıza hususunun tüm yönleriyle araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay kararında, “*fail ile mağdurun olay öncesinde irtibatının bulunup bulunmadığı, hangi sürede şikayette bulunulduğu, eylemlerin zorla gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik davranışlarının incelenmesi, mağdurun sanıkla ilişkisinin boyutu, olay esnasında veya sonrasında mağdurun bağırıp bağırmadığı hususları detaylı bir şekilde tüm yönleriyle şüpheye yer bırakmayacak kadar kesin nitelikte araştırma sonuçları ortaya koyulmalıdır. Aksi eylemin rıza ile gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.*”^{*} şeklinde belirtmiş olup rızasının tespitinin önemini vurgulamaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçunda mağdur on iki yaşını tamamlamamış ise; bu husus alt ceza miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir. (Koca/Üzülmez, s.406) Şöyle ki; kanun basit cinsel istismar suçunda ceza alt sınırı on yıldan, sarkıntılık düzeyinde kalmış halinde ise beş yıldan az olamayacağını belirtilmektedir.

Yaş hususu suçun önemli bir unsuru olması sebebiyle tespiti önem arz etmektedir. (Yokuş, s.120) Yargıtay bu konuda sadece çocuğun görüntüsü veya nüfus kaydının yeterli olmadığını yaş tespiti bilimsel belgeler ile desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay bir kararında, “*Resmi olarak doğum tarihi anlaşılamayan mağdurun on beş yaşında olduğunu beyan etmesi ve dört yıl sonra nüfusa kayıt edilmesi durumunda suçun niteliğine etkisi bakımından ilk olarak doğumun resmi kurumda olup olmadığı araştırılması, resmi kurumda gerçekleşmediğinin tespiti durumunda kemik grafikleri çektilirip radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu istemesi, tereddüt olunması halinde Adli Tiptan sorulmak suretiyle yaş tespiti yapılması suretiyle karar verilmesi...*”^{**} şeklinde belirtmiştir. Diğer bir kararın da ise, “*Mağdurenin 1993 yılında sağlık personeli yardımıyla doğduğunun resmi kayıtlarda olmasına rağmen bu kayıtların babasının bildirimi ile tutulduğu esas doğum raporunun varlığına yönelik bilginin mernis kayıtlarından anlaşılamamasına rağmen herhangi bir araştırma yapılmaması hususu göz önüne alındığında suçların niteliğine etkisi bakımından doğum raporuna esas teşkil edecek doğum raporunun temin edilmesi, resmi bir sağlık kuruluşundan doğup doğmadığının tespit edilmesi, tespitin mümkün olmaması halinde baba ve annenin dinlenilmesinden sonra kemik yaşının kemik grafiği çekilmek suretiyle heyetten rapor alınması, ayrıca Adli Tıp Kurumundan alınacak rapor doğrultusunda*

^{*} Yargıtay 14. CD. 28.04.2014 Tarihli 2013/11014E. 2014/948 K. Sayılı kararı E.T. 02.02.2021, Yargıtay 14. CD. 06.05.2013 Tarihli 2013/4202E. 2013/5423 K. Sayılı kararı E.T. 02.02.2021, www.corpus.com.tr

^{**} Yargıtay 14. CD. 10.11.2014 Tarihli 2013/2479E. 2014/12394 K. Sayılı kararı E.T. 31.01.2022

*yaşının tespit edilmesinden sonra sanık hakkında karar verilmesi..”** şeklinde belirtmiştir. Mağdurun nüfustaki yaşı ve görünümü arasında farklılıklar bulunması halinde bu durum doğum raporları gibi belgeler ile tespiti sağlanamıyorsa, mahkeme Ceza Muhakemesi Kanunu 218/2 maddesi kapsamında adli tıp kurumundan inceleme talep edecektir. (Kartal, s.154)

Eğer mağdurun yaşı konusunda daha önce mahkeme kararı ile bir düzeltme var ise, ceza hukukunun maddi gerçeğe ulaşma gayesinin bir gereği olarak bilimsel yaş tespiti ile nüfus kayıtları düzeltilmeden önceki yaşı dikkate alınarak ilgili kanun uygulanmalıdır. (Kartal, s.154). Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararı da aynı doğrultuda olup, *“Hukuk mahkemesince yapılan yaş tahsisine ilişkin kararı bakımından ceza yargılaması yönünden bağlayıcı olmadığı doğum raporunun temin edilmesi, resmi bir sağlık kuruluşundan doğup doğmadığının tespit edilmesi, tespitinin mümkün olmaması halinde baba ve annenin dinlenilmesinden sonra kemik yaşının kemik grafiği çekilmek suretiyle hastane heyetinden(radyoloji uzmanı dahil) rapor alınması, ayrıca Adli Tıp tarafından verilen fikir doğrultusunda yaşının tespit edilmesinden sonra sanık hakkında....”*** yaş tespitinin bilimsel olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında yaptığı ayrımlarda, yaş ve belli bir olgunluk kriteri koymuştur. Evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuklara yönelik gerçekleştirilecek cinsel eylemlerde, TCK 103. madde hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunda boşluk bulunan bu hal sebebiyle faile uygulanacak kanun maddesi konusu doktrinde ve uygulamada tartışmalı bir hal almıştır.

Bir görüşe göre; çocuk kanunlarımızda on sekiz yaş altı bireyler olarak kabul edilmektedir. Türk Ceza Kanunun 102. ve 103. Maddelerinde yaş kriterlerinden bahsedilmiş olup ergin olma veya ergin kavramlarından bahsedilmemiştir. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, çocuk ergin olsa dahi cinsel amaçla gerçekleştirilecek eylemlerde cinsel istismar suçunun akla gelmesi gerekmektedir. (Gültaş/Gündüz,2013, s.53) Aynı görüşe paralel olarak mahkeme kararı veya evlenmeyle ile ergin olan kişilere yönelik üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek eylemlerde çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. (Kartal, s.148., Savaşçı, s.63)

* Yargıtay 14. CD. 21.11.2018 Tarihli 2018/590E. 2018/6907 K. Sayılı kararı E.t: 29.01.2023

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.01.2020 tarihli 2016/73E. 2020/40K. Sayılı kararı E.t:30.01.2023

Burada değeriendirilmesi gereken diğeri bir husus ise; evlenmeyle ergin kılınan çocuğı karşı cinsel eylemlerin eşı tarafından işlenmesi halidir ki burada doktrinde iki ana görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu arasındaki ayırımın yaş kriterine göre yapıldığı, kanun koyucunun bu hususta ergin olma gibi şartları aramaması sebebiyle ve küçüğün korunması amaçlandığı için cinsel istismar suçu oluşacaktır. (Savaşçı, s. 63, Horozgil, 2011, s.93)

Farklı görüşü savunan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre; mağdur TMK 11/2 hükmü gereğı ergin kılınmış olması sebebiyle çocuk olarak değeriendirilmeyecektir. Eşlerin rıza dışında gerçekleştirecekleri cinsel eylemler Türk Ceza Kanunu'nun 102/2 maddesi kapsamında değeriendirilmesi gerekmektedir. (Koca/Üzölmez,s.406) TCK 103. Maddesinin gerekçesi de bu görüşü destekler nitelikte olup erişkinlere yönelik cinsel davranışların cinsel saldırı, erişkin olmayanlara yönelik cinsel eylemlerin ise cinsel istismar olduğu belirtilmiştir.* Aynı konuda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 1. maddesinde ergin olanların çocuk olarak değeriendirilmeyeceğı belirtilmiştir. Evli çocukların evlilik içinde karşılaştıkları rıza dışı cinsel eylemlerin cinsel saldırı kapsamında değeriendirilmesi gerekmektedir. (Kartal, s. 147)

Konu kapsamında Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla incelediğı bir başvuruda, *“Bireyin on sekiz yaşını doldurmadan evlenebilmesinin şartları Medeni kanunda düzenlenmiş olması sebebiyle bu koşullar dahilinde gerçekleşen evliliklerde belirtilen suçun oluşabilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda gerçekleşen evliliklerde eşlerin birbirlerinin vücut dokunulmazlıklarını ihlal etmeleri halinde şikayete tabi olan cinsel saldırı suçu ayrı bir madde de suç olarak düzenlenmiştir.”*** İfadelerine yer vermek suretiyle çocukların evlilik içinde gerçekleşen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçuna vücut vermeyeceğini diğeri şartların oluşması halinde failin eşı karşı cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında; evlenme ile erginlik kazanmış çocukların organ ve sair cisim sokma şeklinde rıza dışı gerçekleşen eylemleri cinsel saldırı suçunun eşler arasında mevcut düzenlemelerini uygularken, üçüncü bir kişi tarafından gerçekleşen eylemi ise istismar suçu olarak değeriendirmektedir.***

* 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 103. Madde gerekçesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, E.t:02/04/2021

** Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 Tarihli 2015/43E. 2015/101K. Sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> E.t. 28.01.2023

*** Yargıtay 14. CD. 22.12.2014 Tarihli 2014/582E. 2014/14622 K. Sayılı kararı E.t:01.02.2021

Kanaatimizce; cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu düzenlenirken yaş unsuru üzerinden bir ayrıma gidilmiştir. Bu sebeple çocukların ergin olma durumuna özel bir hükmün bulunmadığının kabulü gerekmektedir. Ayrıca toplumumuzda erken yaşta evliliğin azımsanamayacak kadar yaygın olduğu gerçeğinin kanun koyucu tarafından gözden kaçırılması düşünülemez. Ancak çocuk olarak tarif edilen, on sekiz yaşını tamamlamamış her bireye yönelik gerçekleşecek cinsel eylemlerin istismar suçuna vücut vermesi gerekmektedir. Bu eylemleri gerçekleştiren failler çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalıdır. Bu sayede cinsel istismar suçundan cezalandırma yoluna gidilmesi halinde, erken yaşta evliliklerin azalmasına ve toplumda bu yönde oluşacak fikirler üzerinde caydırıcılık etkisi yaratacağı kuşkusuzdur. Her ne kadar evlilik veya başka bir yolla ergin olmuş bir birey olarak düşünülse de halen yaşı ve gelişim süreci bakımından suçun mağduru bir çocuktur.

2.2.3. Suçun Konusu

Fail tarafından gerçekleştirilen eylem bir eşya veya bir şahsın bünyesine ya da maddi yapısına yönelir. Bu kapsamda hareketin üzerinde etki doğurduğu şey veya kişi konuyu oluşturmaktadır. Konusu olmayan bir suç düşünülemeyeceği de muhakkaktır. (Özgenç, s.219)

Suçun konusu hakkında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, cinsiyet ayrımı yapılmadan çocuk bu suçun konusudur. (Kartal, s.144). Diğer bir görüş ise; cinsel istismar suçunda fiil çocuğun bedeni üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle maddi konunun çocuğun bedeni olduğunu belirtmektedir. (Meran, s.345). Ayrıca bazı yazarlarda hem çocuğun vücudunun hem de cinsel dokunulmazlığının maddi konu içinde yer aldığını belirtmektedir. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,s.395) Yargıtay ise kararında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşup oluşmadığı yönünde yaptığı açıklama da “...*çocuğun vücudunun suçun konusu olduğu...*”^{*} şeklinde ifadeleri ile beraber suçun konusunun çocuğun vücudu olduğunu ifade etmektedir.

Bu kapsamda suçun konusunun tespitini yapabilmek için korunan hukuki değer ile suçun konusunun farklı kavramlar olduğunu belirtmek gerekmektedir. Korunan hukuki değer ceza hukuku kapsamında koruma altına alınan ancak suçun meydana gelmesi sonucu zarar gören menfaat olduğu değerlendirilmelidir. Bu kapsamda

^{*} YCGK 21.05.2020 T. 2019/375E. 2020/223K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:18.02.2023

çocukların cinsel istismarı suçunda vücut dokunulmazlığı korunan hukuki değer olacaktır. Ancak fail tarafından gerçekleşen eylemin çocuğun bedeni üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle suçun konusunun çocuğun bedeni olduğu değerlendirilmektedir.

2.2.4. Fiil

Suçun unsurlarından olan fiilin cinsel nitelik taşıması ve mutlaka bir çocuğa karşı işlenmesi gerekmektedir. (Birdişli,2018, s.134) Ayrıca suç ancak vücut dokunulmazlığının ihlali halinde gerçekleşecektir. (Koca/Üzülmez, s.313) Vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlar sonucu çocukların cinsel istismar suçu oluşmayacaktır. Yargıtay 14.Ceza dairesinin 06.02.2020 tarihli kararında; “*sanığın mağdureye hiçbir bedensel temas bulunmaksızın görüntülerini ailesine ve kötü sitelere yayacağı bahisle mağdurenin üstündeki elbiseleri çıkarmak suretiyle cinsel içerikli eylemde bulunmasında ibaret hareketlerinin cinsel taciz suçunu oluşturacağını...*”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle bedensel temasın bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde belirsizlik olmakla beraber objektif teori içerisinde incelenip sübjektif teori ile sonuca bağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu değerlendirmeye objektif teori üçe ayrılmış olup ilk olarak “*doğalcı anlayış*” olarak belirtilen davranışın antropoloji ve tıp bilimleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği görüşü, cinsel davranışın olayların meydana geldiği süreç dahilinde bütün olarak ele alınması ve değerlendirilmesi gerektiği görüşü ve cinsel davranışın süneler arasında yasaya aykırı ilişki olarak değerlendirilmesi görüşü şeklinde tanımlanmıştır. Sübjektif görüşe göre ise; failin gerçekleştirdiği davranışlarda cinsel davranış gerçekleştirme kastının aranması şeklinde belirtilmiştir. (Taner,s.92-105) Ayrıca bir davranışın cinsel nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilirken cinsel saik üzerinde değil dış dünyada cinsellikle ilişkisinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. (Arslan/Azizağaoğlu,s.469) Bu kapsamda mağdur tarafından davranışın cinsel davranış olarak değerlendirilmesi yeterli olmayacaktır. Gerçekleşen davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekecektir. O halde bilimsel veriler dahilinde objektif olarak cinsel dürtüler uyandıran davranışlar cinsel nitelikte sayılmalıdır. Failin veya mağdurun özel olarak cinsel duyarlılığına vücut veren fiiller cinsel davranış olarak değerlendirilemeyeceği görülmektedir.

^{*} Yargıtay 14. CD. 06.02.2020 T. 2016/2793E. 2020/968K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

(Tezcan/Erdem/Önok,s.464) Belirtilen görüşler doğrultusunda kanaatimizce bir davranışın cinsel davranış olarak değerlendirilebilmesi için, bulunduğu ortamın şartları ile birlikte değerlendirilerek objektif olarak cinsel nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti gerekmektedir.

Bu kapsamda kanun maddesini incelediğimizde suçun basit hali, sarkıntılık aşamasında kalma durumuna göre daha az cezayı gerektiren hali ve son olarak daha ağır cezayı gerektiren organ sokma hali düzenlenmiştir. Kanunun yaptığı ayırımın paralelinde sırasıyla çocuğun basit cinsel istismarında fiil, sarkıntılık halinde fiil, nitelikli halinde fiil kavramlarını inceleyelim.

2.2.4.1. Çocuğun Basit Cinsel İstismarında Fiil

Cinsel istismar suçu Türk Ceza Kanunu 103. maddesi 1.fıkrasında yaptırım altına alınmıştır. Ancak madde kapsamında yaptırım altına alınan suçun temel haline vücut veren cinsel davranışların mahiyeti açıklanmamıştır. (Artuç , s.646)

Çocuğun basit cinsel istismarı suçunda fiil sarkıntılık halinden farklı olarak ani ve kesintili olarak gerçekleşmemekte, daha yoğun ve süreklilik arz eder niteliktedir. Ancak nitelikli cinsel istismar suçunda meydana gelen fiilin düzeyine de çıkmamaktadır.* Bu tanımdan yola çıkarak failin ani ve kesintili olarak mağdurun göğüslerine ve cinsel bölgelerine dokunması sarkıntılık düzeyinde kalacaktır. Ancak fail mağduru süreklilik arz eder şekilde okşaması, mağdura sürtünmesi veya öpmesi halinde suçun basit hali oluşacaktır. Yargıtay bir kararında, “*saniğin mağdurun külotunun içine elini sokarak cinsel organını okşama ve yine iç çamaşırı üzerinden kendi cinsel organını mağdurun poposuna sürtme şeklindeki cinsel eylemlerinin sarkıntılık boyutunu aştığı ve suçun temel halinin oluşturduğunun kabulü gerekirken..*”** Şeklinde belirtmek suretiyle sürtme ve okşama şeklinde gerçekleşen eylemlerde failin suçun temel halinden sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir.

Doktrinde basit cinsel istismar suçunun unsurlarından olan cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre; vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Çocuğa yönelik gerçekleşecek her türlü cinsel davranış bu suça vücut verecektir. (Tezcan/Erdem/Önok,s.464) Ancak bu kapsamda

* Yargıtay 14. CD. 21.11.2017 T. 2017/6180E. 2017/5773K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:25.02.2021

** Yargıtay 9. CD. 05.07.2022 T. 2022/4685E. 2022/7430K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:24.02.2021

bedensel temas içermeyen bir eylemin çocuğa yönelik gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı anlamı çıkmaktadır. Diğer bir görüş cinsel davranışı, cinsel tatmin amacıyla çocuğun rızası dışında veya rızasını etkileyecek eylemler ile vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği cinsel ilişki seviyesine ulaşmayan her türlü cinsel eylemler olarak tanımlamıştır. (Koca/Üzülmüş, s.408)

Madde metninin lafzi yorumlanmasından yola çıkarak fikrimizi beyan etmek gerekirse; kanun koyucu 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ile 15 ve 18 yaş aralığında bulunan çocuklar arasında bilinçli bir ayırma gitmiştir. İlk grupta yer alan çocuklar için her türlü cinsel davranışın bu suça vücut verdiği kabul edilirken, ikinci grupta yer alan çocuklar yönünden suçun oluşması için mağdurun iradesini etkileyen halin bulunması gerekmektedir. Çocuklar korunmaya muhtaçtır. Çocuk ne kadar küçük ise, korunmaya daha çok ihtiyaç duyacaktır. Bu sebeple çocuklara yönelik gerçekleşecek her türlü cinsel eylemde suçun oluşması gerekmektedir. Vücut dokunulmazlığı ihlal edilmeden gerçekleşen cinsel davranışlarda, faile cinsel taciz suçundan verilecek cezanın yetersiz kalacağı aşıkardır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından kanun metninde yapılacak düzenleme sonucu bedensel temas gerçekleşmeden de suçun oluşabileceği kabul edilmelidir. Vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi hali ise, cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmelidir. Ancak On beş ve on sekiz yaş aralığında çocuklarda ise, yaşları itibariyle olgunluk ve cinsel gelişimleri belirli bir seviyede olması itibariyle, vücuda temas şartının aranabileceğini de değerlendirmekteyiz.

Çocukların basit cinsel istismarı suçunda değinilmesi gereken diğer bir husus; Türk Ceza Kanunu 103/1 maddesinde belirtilen on beş yaş altı çocuklar ile on beş-on sekiz yaş aralığı çocuklara yönelik gerçekleşen cinsel davranışların hangi şartlarda suçu oluşturacağı halidir. On beş yaş altı çocuklarda tüm cinsel davranışlar suçu oluşturmaktadır. Ancak on beş- on sekiz yaş aralığı çocuklarda iradesini etkileyen bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların gerçekleşmesi durumunda suç oluşacaktır.

Bu kapsamda belirtilen cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başkaca nedenleri inceleyeceğiz.

Cebir, mağdur üzerinde gerçekleşecek olan eylemin daha kolay gerçekleşmesi bakımından, mağdurun direncini kırmaya yönelik güç kullanımıdır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.393) On beş yaşını tamamlamış çocuğa yönelik cebir ile istismar suçunun işlenmesi halinde gerçekleşen cebir suçun unsurudur. Yargıtay bir kararında, “*Tüm dosya kapsamında yer alan ifadeler birlikte ele alındığında sanıkların olay sürecinde mağduru araba ile alıp tehdit ve cebir kullanmak suretiyle cinsel istismar suçunu işledikleri gözetilerek, sanıklar hakkında mahkumiyet hükmü kurulması yerine beraatlerine karar verilmesi...*”^{*} şeklinde ifade etmiş olup cebri suçun unsuru olarak değerlendirmiştir. Cinsel istismar eylemi ile kalmayıp onu aşan cebir ve şiddetin bulunması halinde failin ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılması gerektiği muhakkaktır.^{**} Ancak bu şiddet ve cebir sonucu oluşan yaralama kanunun 87.Maddesinde yer alan kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine sebebiyet vermelidir. (Tezcan/Erdem/Önok, s.465) Yargıtay kararında da açıklandığı gibi buradaki hususun sadece on beş yaşını tamamlamış çocuklar yönünden suçun unsuru olarak yer almaktadır. Diğer çocuklar yönünden ise suçun nitelikli halini oluşacaktır.

Tehdit, çocukların cinsel istismarı suçunda çocuğun on beş yaşını tamamlaması halinde suçun unsurunu oluşturmaktadır. Tehdit bu bakımdan mağdurun iç huzurunu rahatsız eden, karar verme yetisi üzerinde olumsuz etkiler bırakan, kısaca mağdurun karar veya hareketlerinde özgürlüğünü kısıtlayan eylemlerdir. (Kartal,s.170) Tehdit üzerine farklı görüşler mevcut olup, Yargıtay tehdit ile failin gerçekleştireceğini bahsettiği kötülüğün cinsel istismar eyleminden daha ağır sonuçlar doğurması gerektiği yönündedir.^{***} Ancak bu görüşü cinsel saldırı suçu bakımından kabul etmek mümkün iken çocukların cinsel istismarı suçu yönünden kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimiz ile aynı doğrultu da yer alan görüşe göre ise, cinsel saldırı suçu yönünden iradeyi ortadan kaldıran haller iradeyi ortadan kaldırırken, çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun iradesinin etkilenmesi yeterli olacaktır. (Aydın,s.159)

* Yargıtay 9. CD. 11.10.2022 T. 2022/564E. 2022/8886K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:28.01.2023

** Yargıtay 14. CD. 26.10.2017 T. 2014/10739E. 2017/5128K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:25.02.2021

*** YCGK 26.10.1999 T. ve 5-248/240 sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:26.02.2021

Hile, çocukların cinsel istismarı suçunda iradeyi sakatlayan diğer bir haldir. Failin mağduru etkilemesiyle birlikte düşünmeyeceği veya almayacağı kararları alması hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun hileye sonuç verebilmesi için failin mağduru etkilemek amacıyla yaptığı hileli davranışların, mağdur üzerinde kandırabilecek seviyede olması gerekmektedir. (Artuç,s.642-643) Hile kavramında en çok tartışılan konu, 15-18 yaş aralığındaki çocuklara yönelik evlenme vaadi ile çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi halidir. Doktrinde genel görüşe göre; 15-18 yaş aralığındaki çocuklara yönelik evlenme vaadinde bulunmak suretiyle cinsel davranışlarda bulunulması halinde hilenin varlığından bahsedilecektir. (Kartal s. 172) Ancak Yargıtay aynı görüşte olmayıp bir kararında; *“Suça sürüklenen çocuğun 15-18 yaş grubunda bulunan akıl hastalığı bulunmayan mağdura yönelik rızaen cinsel ilişki yaşanması halinde sanığın sürekli olarak evlenme niyetini belirtmesi mağdurun eyleme karşı gelme gücünü etkileyecek boyutta bir hileden bahsedemeyeceğinden eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğuna yönelik bir değerlendirme yapılmadan 103/2 maddesi kapsamında hüküm kurulması..”** Şeklinde belirtmiştir. Ancak Yargıtay’ın kararına katılmamız mümkün olmayıp bizim görüşümüz yetişkin bir birey ile on beş- on sekiz yaş aralığından bir çocuğun aynı olgunluk ve algılama yeteneğinde olmaması sebebiyle evlenme vaadinde bulunulması halinde aynı tepkiyi veremeyecekleri muhakkaktır. Bu sebeple yetişkin bir bireyde gerçekleşen hileli davranış onun davranışları üzerinde etki doğurmaz iken çocuk üzerinde oldukça etkili olabilmektedir.

İradeyi etkileyen diğer nedenler, mağdurun iradesini ortadan kaldıran veya sağlıklı karar alma iradesini olumsuz etkileyen bir durum olarak tanımlanmaktadır. Genel olarak alkolün ve uyuşturucunun etkisiyle mağdurun davranışları üzerinde hakimiyetinin azalması veya tamamen ortadan kalması hali olarak bilinmektedir. (Artuç,s.644) Bu gibi durumlarda mağdurun iradesi olumsuz etkilenmekte ve bilincinin yerinde olmaması sebebiyle sağlıklı karar alamamaktadır. Yargıtay kararında *“Mağdur, sanıkla buluşup onun evine rızasıyla gitmiştir. Mağdur evde rızasıyla bira içerek sanığın bacaklarına ve cinsel organına dokunmasına izin vermiş ve şaka yaptığını zannederek ses çıkarmamıştır. Mağdur ile sanık anal yoldan daha sonra cinsel ilişkiye girmiştir. Cinsel ilişkiden önce iki bira içen mağdurun kendisini kaybettiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Her ne kadar mağdurun rızası dahilinde ortamda*

* Yargıtay 14. CD. 30.04.2015 T. 2014/1552E. 2015/5994K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

bulunduğu sabit olsa da alkolün etkisi ile iradesi etkilenmiş olup cinsel istismar suçundan mahkumiyet kurulmuştur.”^{*} şeklinde belirtmiştir. Yargıtay kararında çocuğun alkollü veya uyuşturucu madde etkisinde olması halinde alkol veya uyuşturucu maddeyi çocuğun kendi isteği ile alıp almamasının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Cinsel eylemlerin gerçekleştiği sırada mağdurun alkol ve uyuşturucu madde etkisinde bulunması sonucu sağlıklı karar alamayacağı muhakkaktır. Bu sebeple mağdurun bedeni üzerinde gerçekleşecek cinsel nitelikte eylemlere rızasının olmadığı kabulü ile birlikte failin cinsel istismar suçundan sorumluluğu oluşmaktadır.

2.2.4.2. Sarkıntılık Halinde Fiil

Sarkıntılık hali 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu 421. Maddesinde “*Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.*” Şeklinde düzenlenmişti. Eski Türk Ceza Kanunu 421. Maddesinde yaptırım altına alınan sarkıntılık suçu “*mağdurun rızasına aykırı olmak suretiyle şehvi söz ve duygularla bedene temas suretiyle meydana gelen sırnaşık hareketler*” olarak ifade edilmiştir. (Kocaoğlu,s.298) Eski kanun metninde sarkıntılık suçu hem fiziksel temas içeren eylemler ile hem de fiziksel temas içermeyen hareketleri kapsamaktaydı.

5237 sayılı kanunda sarkıntılık hali ise; sadece fiziksel temas ile gerçekleşirken cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının temel hali boyutuna ulaşmamaktadır. Bu durumda cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının temel haline göre daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir.^{**} Bu kapsamda fiziksel temasın olmadığı durumda gerçekleşen cinsel eylemlerin sarkıntılığa vücut vermeyeceği laf atma ya da temas içermeyen eylemlerin taciz suçunu oluşturacağı kuşkusuzdur.

Çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık aşamasında kalma halinden bahsedebilmek için, eylemin cinsel tatmin amacı taşıyan fiziksel bir temas ile işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca hareket ani ve kesintili olmalıdır. (Kaya, 2015, s.100) Kanunun belirttiği ani ve kesintili kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği yeterince kanunda belirtilmemiştir. Ancak Yargıtay kararları üzerinden yapacağımız inceleme sonucu konu daha iyi anlaşılacaktır. Yargıtay bir kararında “*Sanığın olay günü ve saatinde üst geçitten geçtiği sırada mağdurun yanından geçerken mağdurun poposuna*

^{*} Yargıtay 9. CD. 01.02.2022 T. 2021/19091E. 2022/642K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

^{**} Yargıtay 14. CD. 25.05.2015 T. 2015/2261E. 2015/6685K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t: 22.10.2022

*parmak atma suretiyle ani ve kesintili davranışının suçun sarkıntılık halini oluşturduğu”** Diğer bir kararında ise “*SSÇ’nin on sekiz yaş altında mağdur çocuğun arkasından yanaşmak suretiyle kalçasını ve göğsüne dokunarak kaçması şeklinde gerçekleşen kısa süreli ve ani eylemin sarkıntılık haline vücut verdiği..”*** şeklinde belirtmek suretiyle ani ve kesintili hareket kavramını açıklamıştır.

Bu kapsamda diğer Yargıtay kararlarını incelediğimizde; “*sanığın ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyecek şekilde mağdureyi dudak kenarından öpmesi suçun sarkıntılık halini oluşturduğu*”***, “*Sanığın, 2014 yılı Nisan-Mayıs aylarında mağdurun arkasından kalçasını ellemesi ve kaçması eylemin ani nitelikte olup süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık halinin oluşturduğu.*”**** şeklinde belirtilmiş olup ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyen fiiller sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Diğer durumda ise; “*Oluş ve kabule göre; sanığın mağdurun anüsüne cinsel organını sürtmek suretiyle eyleminin kesintisiz ve devamlılık arz eder nitelikte olduğu söz konusu davranışın sarkıntılık düzeyini aştığı hususu değerlendirilmektedir.*”*****, “*sigara içmeye başlayan mağduru biranda yere yatırarak göğüsleri ve kalçasını dokunduğu ve boynundan öptüğü anlaşıldığından, eylemin sarkıntılık düzeyini aştığı da gözetilerek..*”***** Failin fiilleri devamlılık arz eder nitelikte olup kesintili ve ani nitelik olmaması sebebiyle sarkıntılık düzeyini aşan çocukların basit cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Kararlar incelendiğinde çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık halinde fiil ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyen elleme, dokunma, vurma vb. şekilde olması gerekmektedir. Ancak okşama ve sürtünme gibi ani ve kesintili olmayan süreklilik arz eden fiiller basit cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

* Yargıtay 14. CD. 24.09.2014 T. 2012/15273E. 2014/10407K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

** Yargıtay 14. CD. 04.05.2015 T. 2015/6032E. 2015/6048K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

*** Yargıtay 14. CD. 08.02.2018 T. 2014/8370E. 2018/871K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

**** Yargıtay 14. CD. 08.02.2018 T. 2014/8370E. 2018/871K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

***** Yargıtay 14. CD. 14.02.2017 T. 2016/12452E. 2017/671K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:05.02.2023

***** Yargıtay 14. CD. 19.01.2017 T. 2015/9263E. 2017/271K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:05.02.2023

2.2.4.3. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarında Fiil

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali Kanunu'nun 103. maddesi ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra kapsamında çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması halinde, çocukların cinsel istismar suçunun nitelikli hali oluşacaktır. Çocukların cinsel istismarının temel halinde aranan cinsel tatmin amacıyla gerçekleşen eylemler nitelikli halde aranmamaktadır. Organ sokma şeklinde gerçekleşen eylemlerin cinsel tatmin amacıyla yapılmasının veya yapılmamasının bir önemi bulunmamakta olup salt vücuda organ sokma şeklinde gerçekleşen eylem, nitelikli cinsel istismar suçuna vücut verecektir.*

Organ tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususu kanun maddesinden tam olarak anlaşılmasa da Yargıtay kararı üzerinden inceleme yapmak konuyu daha sağlıklı anlamamızı sağlayacaktır. Yargıtay kararında, *“Suçun organ sokmak suretiyle gerçekleşmesi halinde yer alan organ tabirinde kanunen bir sınırlama bulunmamaktadır. Sokulan organın sadece cinsel organ olarak değerlendirilemeyeceği parmak veya herhangi bir cisminde sokulması suçun nitelikli haline vücut verecektir. En azından organ sokulmaya çalışılan vücut bölgesi ile sokulmak istenen organdan en azından birinin cinsel nitelik taşıması gerekmektedir. Failin oral olarak organını sokması nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı ancak failin parmağını mağdurun ağzına sokması durumunda her iki vücut bölgesinin cinsel nitelikte olmaması sebebiyle çocukların cinsel istismar suçuna vücut vermeyeceği...”*** şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu karara göre vücuda organ veya sair cismin sokulma eylemi bakımından anal, oral veya vajinal yollardan birine yönelik olması yeterlidir. Ancak kararda sokulan organın veya sokulduğu vücut bölgesinden birinin cinsel nitelik taşıması gerektiği belirtilmektedir.

Doktrinde farklı görüşler yer almakla birlikte bir görüşe göre, nitelikli cinsel saldırı suçuna vücut veren eylemler ile nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturan eylemler aynı niteliktedir. Mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan sokulan şeyin cinsel organ veya sair cisim olması halinde oluşabileceği gibi mağdurun acı çekmesinden bahsedilmediği hususuyla birlikte değerlendirildiğinde sıvı bir cismin de ithal edilmesi suçu oluşturacaktır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,s.393) Bizim de

* Türk Ceza Kanunu 103. Madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, E.t:05.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 20.02.2018 T. 2017/8397E. 2018/1186K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:03.01.2021

katıldığımız görüşle birlikte Yargıtay kararında da görüleceği üzere vücuda organ sokma eyleminin “anal, vajinal ve oral” bölgelere sokulması şeklinde tahdidi olarak belirtilmiştir. Kanun maddesinde organ tabirinden cinsel organ kastedilmediği görülmekle birlikte parmak, dil gibi değişik organlar da bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Ayrıca yine sair cisim kapsamında bir kısıtlama olmaması ve mağdurun vücuduna acı verme gibi şartlara yer verilmemesi gibi durumlar göz önüne alındığında her türlü katı cisim suçu oluşturabileceği gibi sıvı bir cisim de bu suçu oluşturacaktır. Yargıtay bir kararında; “Mağdurun adli rapor ve dosyada yer alan diğer beyanlar ile uyumlu olduğu mağdurun vajinasına organ sokulduğu yönünde tespitlerin bulunmasına rağmen mağdurun kızlık zarının bozulmamasının bir önemi olmamakla beraber kısmi olarak organın veya cismin girmesi yeterlidir.”* şeklinde belirtmiştir. Bu sebeple vücuda sokulan organın az ya da çok girmesinin bir önemi olmayıp girme özelliği olan cinsel ve yapay organ ile sair cismin girme eylemine yönelmesi hali suçun nitelikli halini oluşturacaktır.

Kanun maddesinde sair cisimden bahsedilmesi sebebiyle sokulan organ dışında herhangi bir elverişli cisminde sokulması mümkündür. Bu kapsamda nitelikli cinsel istismar suçu erkek fail tarafından kadın veya erkek mağdura yönelik gerçekleştirilebileceği gibi, kadın fail tarafından kadın veya erkek mağdura yöneltilebilecektir. Hem cinsler arasında da suçun gerçekleşmesi mümkündür. (Centel,s.274) 765 sayılı ETCK’nu ile 5237 sayılı TCK’nu ile karşılaştırılma yapıldığında yeni ceza kanununda sair cisim sokulması ve diğer şartların da oluşması durumunda nitelikli cinsel istismarı suçu oluşmaktadır. Ancak ETCK kapsamında herhangi bir sair cisim sokulması fiili gerçekleştiğinde ırza tasaddi olarak kabul edilmekteydi. (Centel,s.274)

2.3. Suçun Manevi Unsuru

Fail ile gerçekleşen fiil arasında kurulan bağ manevi unsur oluşturmaktadır. Bu bağ kurulmadığı durumlarda suçun oluşmayacağına kabulü gerekmektedir. Suçlar genel olarak kast ile işlenebilirken manevi unsur olarak kast ve taksirden bahsetmek mümkündür. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.398) Çocukların cinsel istismarı suçu genel kast ile işlenebilen suçlardandır. Kanuni tanımda da görüleceği üzere, bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi önem arz etmektedir. Suçun kanunda taksirle işlenmesi düzenlenmemiştir. Suçun manevi unsur incelemesinde temel ve nitelikli halini ayrı ayrı incelemek yararlı olacaktır.

* YCGK 20.10.2015 T. 2015/574E. 2015/338K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.03.01.2021

Suçun temel halinin manevi unsuru hakkında doktrinde tartışmalı görüşler mevcut olup saik üzerinde tartışmalar yer almıştır. Bir görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçunda failin eyleminin cinsel nitelik taşıması yeterli olmaktadır. Ayrıca failin cinsel arzularını tatmin amacı taşıması gerekmemektedir. Failin dış dünyaya yansıyan eylemleri çocukların cinsel istismarı suçunun kanunda yer alan unsurlarını taşıması halinde suç oluşacaktır. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.348) Diğer bir görüşe göre ise; bu suçun işlenmesinde saikin önemli olduğu fail cinsel tatmin amacı dışında mağduru rezil etmek, yaralamak ve ona zarar vermek amacıyla eylemlerini gerçekleştirmesi halinde suç oluşmayacaktır. (Arslan/Azizoğlu, 2004,s.462)

Yargıtay kararında “15 yaşından büyük olan mağdurlara yönelik sanığın mağdurların iradesini etkilediğine yönelik bir delil bulunmamakla beraber mağdurlara yönelik gerçekleşen öpme ve dokunmaya yönelik eylemlerde cinsel amaç ile gerçekleştiğine yönelik delil bulunmaması sebebiyle sanık hakkında beraat kararı yerine mahkumiyet hükmü verilmesi”^{*} Yargıtay bir diğer kararında da “Sanığın annesini kaybetmesi sebebiyle içinde bulunduğu durum sebebiyle mağdurlar ile arkadaşlık kurduğu zaman zaman mağdurlar ile sohbet edip onları yanaklarından öptüğünü ve kardeşlerine duyduğu özlemi mağdurlar ile giderdiğini belirtmiştir. Ayrıca sanığın bu eylemleri gerçekleştirdiği sırada cinsel tatmin amacının olmadığı belirtmiştir. Sanığın aşamalarındaki beyanları ve tüm dosya kapsamında eylemlerini cinsel amaç ile gerçekleştirdiğine dair kesin ve şüpheden uzak delil bulunmadığı gerekçesi beraati yerine mahkumiyetine kararı..”^{**} şeklinde görüşlerini belirtmekle birlikte sanığın eylemlerini cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirmesi gerektiğini belirtmektedir

Her iki görüş ve kararlar kendi içerisinde tutarlıdır. Ancak suçun manevi unsuru tespit edilirken özel kast aramak istenen hukuki menfaati sağlamayacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda korunan hukuki yararın çocuğun cinsel dokunulmazlığı olması münasebetiyle çocuğun bedeni üzerinde gerçekleşecek cinsel davranışta ayrıca failde cinsel tatmin amacı aramak kabul edilebilir değildir. Bu sebeple çocukların cinsel istismarı suçunda failin saikine önem verilmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.

* Yargıtay 14. CD. 27.03.2017 T. 2017/191E. 2017/1578K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

** Yargıtay 14. CD. 27.01.2014 T. 2012/3418E. 2014/854K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

Suçun nitelikli halini manevi unsur bakımından değerlendirdiğimizde, gerek basit hali gerek nitelikli hali kapsamında bu suç genel kast ile işlenebilecektir. Organ veya sair cisim sokma halinde fail özelinde cinsel yönden doygunluk aranmaması gerekmektedir. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.348) Bu sebeple failin mağdurun vajinal ya da anal bölgesine işkence amacıyla cisim sokması halinde nitelikli cinsel istismar suçu oluşacaktır. (Malkoç, s.176) Ancak failin organ veya cisim sokma eylemini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.399)

Çocukların cinsel istismarı suçunda bir başka husus da suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği durumudur. Bir görüşe göre; suçun olursa olsun düşüncesi ile gerçekleşme ihtimalinin mümkün olmadığını bu sebeple suçun olası kastla işlenemeyeceği belirtilmektedir. Örnekleme gerekirse failin kolunu sallaması halinde mağdurun kalçasına değebileceğini öngörmesine rağmen hareketlerine devam etmesi halinde mağdurun kalçasına dokunması halini cinsel davranış olarak belirtmek mümkün değildir. (Taner,s.187) Diğer bir görüş kapsamında; özel kast ile işlenebilen bir suçun olası kast ile işlenmesinin mümkün olmadığını ancak cinsel istismar suçu yönünden bazen bu durumun mümkün olduğu belirtilmektedir. (Özen,s.473) Bizim de katıldığımız görüş kapsamında genel kast ile işlenebilen bir suçta, failin en azından olası kastının bulunması suçun oluşması için yeterli olacaktır. Örnekleme gerekirse; fail mağdurun yaşı itibariyle on beş yaşını doldurmadığını öngörebilecek durumda iken eylemlerine devam ederek fiili gerçekleştirmiş ise suçta olası kastın varlığının kabulü gerekir ve istismar suçu oluşacaktır. (Tezcan/Önok/Erdem,s. 464)

Yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda çocukların cinsel istismarı suçunun olası kastla işlenemeyeceği yönünden düşünciyi kabul etmek mümkün değildir. Her olayın kendi içinde değerlendirilmesi yoluyla dış dünyada meydana gelen davranış cinsel davranış niteliği taşıyıp taşımadığının objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Cinsel davranış niteliği taşıyan eylemlerde çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında kasten veya asgari olası kast düzeyinde kastın varlığında suçun oluşacağının kabulü gerekmektedir. Kanunda suçun taksirli hali düzenlenmemesi sebebiyle suç taksirle işlenemeyecektir.

2.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu kapsamında genel olarak dış dünyada meydana gelen fiil hukuka aykırı ise suç oluşacaktır. Ancak aynı fiil hukuka uygunluk sebepleri olan kanun

hükmü, amirin emri, hakkın kullanılması, meşru savunma, zorunluluk hali ve ilgilinin rızası gibi nedenler ile gerçekleşmesi halinde fiil suç oluşturmayacaktır. (Kartal, s.208).

Çocukların cinsel istismarı suçunda hukuka aykırılık yönünden özellikle bir şart aranmamakla birlikte yukarıda bahsettiğimiz hukuka uygunluk hallerinin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale gelecektir. Bahsettiğimiz hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin tek suç içinde değerlendirme imkanı veya bir suçta bulunma imkanı yoktur. Suç bakımından kanun hükmü ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bakımından özellik arz etmektedir.

Meşru savunma hükümleri kapsamında çocukların cinsel istismar suçunu incelendiğimizde uygulama alanı bulunmamaktadır. Meşru savunma, kendisine ya da bir başkasına yönelik gerçekleşecek bir saldırıdan savunmak veya saldırıyı defetmek için güç kullanılması halidir. (Koca/Üzülmez,s.408) Bu suç bakımından failin meşru savunma hükümlerinden faydalanması mümkün değilken mağdur bakımından uygulama alanı bulacaktır.(Tezcan/Erdem/Önok,s.404). Benzer durum zorunluluk halinde de geçerlidir. Ancak zorunluluk halinin fail yönünden kısıtlı da olsa uygulama alanı bulunduğunu belirtmek gerekir. Bir örnek üzerinden durumu açıklamamız gerekirse; itfaiye erinin yangın sırasında mağduru kurtarmak için taşıma esnasında veya olayın yarattığı kaos durumunda mağdurun kalçasına veya bacağına dokunması halinde zorunluluk halinden bahsedilebilecektir.

Bu suç bakımından Türk Ceza Kanunu 24. Maddesinde düzenlenen “Kanun Hükmü” hukuka uygunluk hali olarak uygulama alanı bulmaktadır. Soruşturma sırasında CMK 75. ve 76. Maddeleri kapsamında “*beden muayenesi*” ve “*şüphelinin üstünün aranması*” hükümleri gereği mağdur, şüpheli, sanık ve diğerleri yönünden gereken izinlerin alınması halinde beden muayenelerinin ve üst aramalarının gerçekleştirdiği durumlarda kanun hükmü gereği yapılan işlemler olması bakımından işlem hukuka uygun hale gelecektir. (Aydın,s.58) Yargıtay bir kararında “*Doktorun tıbbi muayene kapsamında temas veya dokunma haricinde mağdurun bedenine cinsel amaçlı dokunmadığı savunması karşısında, mağdurun kayıtları ve belgeleri hastaneden getirtilerek, mağdura yönelik uygulanan eylemlerin tıbben uygunluğu ve cinsel tatmin amacıyla yapıp yapılmadığı konusunda bilirkişiden rapor alınıp, ayrıca gerekmesi halinde Adli Tiptan alınacak rapor sonucu değerlendirilmesi gerektiği*”^{*} Şeklinde ifade

^{*} Yargıtay 14. CD. 10.10.2017 T. 2017/1622E. 2017/4661K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

etmiş olup doktorun tıbbi müdahalenin gerektiği sınırlar çerçevesinde tedavisini uygulaması kanun hükmünün yerine getirilmesi olarak değerlendirilecektir. Doktorun davranışları hukuka uygun hale gelecek ve suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde diğer bir husus, kolluk görevlisinin üst aramasını yapabilmesi için şahsın vücudu üzerinde teması gerekmektedir. Ancak bu temas Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği 29. Maddesinin 9. Fıkrasında belirtilen usullerde gerçekleşmesi gerekmektedir. Kolluk personelin yönetmelik sınırları dışında ayrıca şahsın cinsel bölgelerine temas etmesi halinde suç oluşacaktır.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kanunumuzda sayılmakla birlikte çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda doktorluk mesleğini icra eden bir bireyin teşhis veya tedavi amaçlı olarak mesleğini icra ettiği sırada çocuğun cinsel bölgelerine dokunması halinde hekimin saik olarak cinsel tatmin amacı taşıması ve eylem mesleğin icrası kapsamında yapılması sebebiyle suç oluşturmayacaktır. (Özbek, s.632)

Kanunda diğer bir hukuka uygunluk sebeplerinden ilgilinin rızası hükmü TCK 26/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda rızanın varlığından bahsedebilmek için *“mağdurun üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin”* olmalıdır. (Özgenç,2020,s.252) Söz konusu düzenlemeyi daha iyi anlatmak adına maddenin gerekçesinin de incelenmesi gerekmektedir. Gerekçe, *“Hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedebilmek için rızanın şahsın üzerinden serbestçe tasarruf edebileceği bir rıza niteliğinde olması gerekmektedir. Keza kişinin bu rızayı belirtmeye yetkin olması gerekmektedir. Sorumluluğunu ortadan kaldıran rızanın varlığı en azından suçun işlendiği sırada açıklanmalıdır”** şeklinde belirtilmiştir. Eylem sonrasında açıklanan rıza eylemin suç olma vasfını ortadan kaldırmayıp hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmeyecektir. (Koç, s.240)

İlgilinin rızası konusunda doktrinde tartışmalar olmakla beraber bir görüşe göre; rıza sonucu suça sebebiyet veren fiil hukuka uygun olarak değerlendirmektedir. (Özbek/Doğan/Bacaksız,s.376) Diğer bir görüş ise; rızanın ceza hukuku kapsamında konumunu tespit edebilmek için suçun kanuni tanımı üzerinden bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. (Koca/Üzülmez,s.408) Bu konuda Yargıtay bir kararında çocuğun rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedir.**

* 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26. Madde gerekçesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, E.t:30.01.2023

** YCGK 01.12.2015T. 2014/198E. 2015/428K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

Ancak yasa koyucu belirtilen yaş grubu için cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel nitelikteki davranışlar yönünden çocuğa tasarruf imkanı sağlaması sebebiyle rıza tipe uygun olmayı engellemektedir. Bu sebeple rızasının varlığı halinde fiil tipe uygun hale gelmemektedir. (Taner, s.173, Özgenç, s.263)

Yasa koyucu rıza konusunu çocukların yaş tasnifine göre uygulama alanı içine almıştır. Yasa koyucu on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş ve on sekiz yaş aralığında çocuklar için ayrı ayrı hükümler öngörmüştür. Kanun on beş yaşını bitirmemiş çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçları üzerinde algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rıza dahilinde eylem gerçekleşmiş olsa dahi rızayı geçerli kabul etmemiştir. Ancak mağdurun 15-18 yaş aralığında bulunması ve rıza dahilinde cinsel ilişki boyutuna varan eylemlerin gerçekleşmesi ve diğer şartlarında oluşması halinde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir. (Parlar/Banko,s.103) Ancak kanun koyucu bu kapsamdaki çocukların iradesini etkileyecek sebeplerin varlığı halinde çocuğun rızasının geçerli olmayacağını kabul etmiştir.

Rızanın cinsel istismar eyleminin gerçekleşmesinden önce veya cinsel istismar sırasında açık ya da zımni olarak bulunması gerekmektedir. Ancak burada zımni olarak bulunan rızanın mağdurun sessiz kalması durumu ile karıştırılmamalıdır. Bu konuda Yargıtay kararında, *“Mağdur tüm aşamalarda yer alan beyanlarında, sanığın kendisini darp ve tehdit sonucu zorla cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiş olup, mağdurun olayın duyulmaması için sanığa yalvardığını ve korktuğu görülmekle beraber mağdurun rızasının bulunmadığını göstermektedir. Mağdurun sanıktan korkması sonucu ilk olaydan sonra sanıkla birkaç kez tekrar buluşmak zorunda kalmış ve ailenin kızlarının namusu sebebiyle hemen şikayette bulunmayıp hamile olduğunun öğrenilmesi üzerine ihbarda bulunması ve soruşturmaya başlanması mağdurun sanığın eylemlerine rızası olduğunu göstermez.”** şeklinde belirtmiştir. Bu karar mağdurun rızasının aslında bulunmadığını sadece korktuğu ve ailesinin baskısı sebebiyle şikayetçi olamadığını göstermektedir. Bu kapsamda yargılama aşamasında mağdurun rızasının tespiti büyük önem arz etmektedir.

* YCGK 16.02.2016T. 2015/425E. 2015/61K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t: 01.02.2023

Ayrıca diğerk bir husus da cinsel istismar eyleminin rıza dışı gerekleştikiğidurumdan sonra rızanın varlığı eylemi suç olmaktan çıkarmayacaktır. (Birdişli,s.175) Mağdur başlangıçta fail tarafından gerçekleştirilen eyleme rıza göstermiş ancak sonraki süreçte gerçekleşen eylemlere yönelik rızasının olmadığını açık veya örtülü olarak belirtmiş olduğı durumlarda, failin eylemlerinin hukuka uygun olduğundan bahsedilemez. (Aydın, s.76). Konuyu bir Yargıtay kararı ile örnekleme gerekiirse kararda; “mağdura yönelik sanığın seni öpebilir miyim? demek suretiyle soru sorması üzerine mağdurunda sanığın kendisini yanağından öpeceğinden düşüncesi ile olumlu yanıt vermiştir. Ancak sanığın ani bir şekilde mağduru dudağından öpmesi şeklinde gerçekleşen olayda mağdurun rızası dışında cinsel tatmin amacı taşıyan devamlılık ve süreklilik arz etmeyen ani ve kesintili eylemler yönünden suçun sarkıntılık halini oluşturduğunu kabulü gerekirken ”* şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu kararda mağdurun sanığı yanağından öpmesi yönünde rızasının olmasına rağmen dudağından öpmesi yönünden rızasının olmaması sebebiyle failin sarkıntılık düzeyinde kalan çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu olması gerekmektedir.

2.5. Suçun Nitelikli Halleri

Kanun kapsamında suçun kurucu unsurları üzerinde herhangi bir değışiklik meydana getirmeyen ama unsurları bakımından oluşmuş bir suç için öngörülen ceza tayininde artırım ve azalma yönünden etki eden suçun temel şekli bakımından cezanın daha ağır veya hafif olması sonucunu doğuran hallere nitelikli haller olarak tanımlayabiliriz. (Toroslu/Toroslu, 2019, s.363) Suçun temel halinden daha çok veya daha az bir cezayı gerektiren nitelikli hallerin tespiti önemlidir. Bu tespit yapılırken suçun temel şekline göre farklılık arz eden durumlar ortaya koyulmalıdır. Suçun işleniş şekli, mağdur ile fail arasındaki ilişki durumu, suçun işlendiğı yer ve zaman gibi hususlar dikkate alınarak tespitinin yapılması gerekmektedir. (Artuk/Gökçen/Alşahin/akır, s.395)

Türk Ceza Kanunu ve diğerk kanunlarda suç olarak yaptırım altına alınmış birçok suç tipinde ceza miktarının artırım veya azalımı yönünde nitelikli hallerin öngörüldüğünü söylemek mümkündür. (Koca/Üzölmez, s.140). Bu suç tiplerinden biri olan çalışmamızın konusunu oluşturan çocukların cinsel istismarı suçunda düzenleme altına alınmış nitelikli halleri; sarkıntılık düzeyinde kalan çocukların cinsel istismar

* Yargıtay 14. CD. 14.11.2016 T. 2016/5468E. 2016/7743K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

suçu daha az cezayı gerektiren hal iken, 103/2,103/3 ve 103/4 fıkralarında düzenlenmiş bulunan haller ceza artırımı yönünde etki doğuran nitelikli hallerdir.

2.5.1. Suçun Sarkıntılık Şeklinde İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu 103. maddesi kapsamında nitelikli hal olan, cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması hali tipikliğin maddi unsurlarından olan fiil unsuru başlığı altında yer alan “2.4.2 Sarkıntılık halinde fiil” olarak incelenmiştir. Bu başlık altında suçun nitelikli hali olan sarkıntılık aşamasında kalan çocukların cinsel istismar suçunun diğer yönlerini inceleyeceğiz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 103. maddesinde çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun sarkıntılık halinde kalması durumu düzenlenmiştir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu 421. Maddesi, “Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsedilir.” Şeklinde düzenlenmişti. Eski Türk Ceza Kanunu 421. Maddesinde yaptırım altına alınan sarkıntılık suçu ise, “mağdurun rızasına aykırı olmak suretiyle namusuna yönelik şehevi söz ve duygularla bedensel temas suretiyle meydana gelen sırnaşık hareketler” olarak ifade edilmiştir. (Kocaoğlu,s.298) Eski kanun metninde sarkıntılık suçu hem fiziksel temas içeren eylemler ile hem de fiziksel temas içermeyen hareketleri kapsamaktaydı.

Bu kapsamda 2014 yılında yapılan değişiklik ile birlikte sarkıntılık ifadesinden ne anlaşılması gerektiği maddenin gerekçesinde yer verilmiştir. Bu gerekçe, “Türk Ceza Kanunu’nda taciz suçu ile ayırım ölçütü fiziken temastır. Söz konusu 105. Madde de düzenlenen cinsel taciz suçunun meydana gelmesi için mağdurun bedenine bir temas gerçekleşmemesi gerekmektedir. Cinsel tatmin amacıyla mağdurun vücuduna temas olması halinde mağdurun çocuk veya yetişkin olmasına göre TCK 102 veya 103 maddesinde tanımlanan cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan biri oluşmaktadır. Tasarıyla bu iki madde kapsamında tanımlanan suçun temel hallerine uygulanacak ceza miktarlarının artırılacağı düşünüldüğünden, somut olaya göre ani hareketlerle yapılan cinsel davranışlarda suçun temel şekline göre daha az ceza bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.”* şeklindedir. Gerekçeye baktığımızda yasa koyucunun suçun temel haline uygulanacak cezanın artırılacağı sebebiyle az ceza tayin edilen sarkıntılık seviyesinde kalma halinin düzenlenme gereksinimin olduğunu belirtmek suretiyle düzenleme yaptığı görülmektedir. 6545 Sayılı kanun ile cinsel taciz suçunda da bir düzenlemeye

* 6545 Sayılı kanun gerekçesi www.tbmm.gov.tr. E.t:28.01.2023

gidilmiş ve mağdurun çocuk olması halinde ceza artırılmıştır. Bu düzenleme ile sarkıntılık kavramından vücuda anlık temas içeren fiilleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu temas sadece failin vücudu ile değil herhangi bir araçla da gerçekleştirebileceği belirtilmektedir. (Artuk/Alşahin,2016,s.3254) 5237 Sayılı kanunda ise; sarkıntılık fiili içeren hareketler, fiziksel temas içermeye şartı taşımaktadır. Ayrıca sarkıntılık halinde cinsel suçların temel haline göre daha az ceza tayin edilmiştir.* Bu kapsamda fiziksel temas olmadığı hallerde gerçekleşen cinsel eylemlerin sarkıntılığa vücut vermeyeceği laf atma şeklinde ve temas içermeyen eylemlerin taciz suçunu oluşturacağı kuşkusuzdur.

Sarkıntılık düzeyinde kalmış çocukların cinsel istismarı suçunda failin cinsel tatmin amacı taşıması gerekmektedir. Cinsel tatmin amacı taşımayan eylemler ise, diğer şartların varlığı halinde kasten yaralama suçuna vücut verecektir.(Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,s.393) Ayrıca failin eylemleri ne kadar yoğun ve devamlılık arz ederse etsin fiziksel temas olmadığı sürece diğer şartlarında varlığı halinde cinsel taciz suçu oluşacaktır.(Şimşek,2015,s.332) Failin eğer cinsel tatmin amacıyla başladığı sarkıntılık düzeyinde kalan eylemin yoğunluğu artmış ve failin eylemleri sürekli hale gelmiş ise artık sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçundan değil basit cinsel istismar suçundan bahsetmek gerekecektir. Ancak failin fiillerinin sarkıntılık düzeyi sınırında kalması şartıyla eylemler arasında zaman farklarının olması ve kastının yenilenmesi halinde şartları varsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. (Tezcan/Önok/Erdem, s.475)

Sarkıntılık düzeyinden kalan çocukların cinsel istismarı suçunda failin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma şikayete tabi hale gelecek olup suçun soruşturulması için mağdurun ve velilerinin şikayeti aranacaktır. Yargıtay kararında “SSÇ tarafından sarkıntılık aşamasında kalmış istismar suçunda mağdurun duruşmada alınan beyanları sonrasında şikayetçi olmadığını belirtmesi sonucu SSÇ hakkında düşme kararı verilmesi gerekirken mahkumiyetine..”** şeklinde belirtmek suretiyle mağdurun şikayetçi olmaması sebebiyle düşme kararı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak failin yetişkin olması halinde soruşturma ve kovuşturma resen yapılacaktır.

* Yargıtay 14. CD. 25.05.2015 T. 2015/2261E. 2015/6685K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:03.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 23.05.2019 T. 2015/8946E. 2019/9987K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:10.02.2023

2.5.2. Çocuğu Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi

Başlık altında belirttiğimiz nitelikli hal hakkında bir kısım bilgiler suçun maddi unsurlarından olan fiil unsuru kapsamında “2.4.3 Çocuğun Nitelikli Cinsel istismarı Suçunda Fiil” başlığı altında incelenmiştir. Bu başlık altında vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen suçun nitelikli halinin diğer yönlerini inceleyeceğiz. Bu nitelikli hal 765 sayılı ETCK kapsamında ırza geçme suçu ile birlikte değerlendirilmekteydi. Bu düzenleme sadece cinsel organın vücuda sokulması halinde uygulama alanı bulunmakta iken yapılan değişiklikler sonucu 5237 sayılı TCK’da “Sair cisim veya organ” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre düzenleme sadece cinsel organ sokma şeklinde değil sokma eylemine yönelik herhangi bir sınırlama olmadan nitelikli halin meydana geleceğini belirtmektedir. (Taner,s.162) Bu nitelikli halin işlenmesi sonucu suçun basit haline göre daha ağır ceza öngörülmüştür. Kanun metni TCK 103. Maddesi 2. Fıkrasında düzenlenmiş olup, söz konusu nitelikli halin işlenmesi halinde fail hakkında on altı yıldan, mağdurun 12 yaşından küçük olması halinde ise, on sekiz yıldan daha az ceza tayin edilemeyeceğini belirtmektedir. Ceza tayininde alt sınırın asgari seviyesi belirtilmek suretiyle faile daha az ceza tayin edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmesi halinin suçun, nitelikli hali mi olduğu yoksa ayrı bir suç olarak mı değerlendirilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda kanun metni incelendiğinde suçun 103/2. maddesinin ayrı bir düzenleme yapılmak suretiyle düzenleme altına alınmadığı gerekçesi ile suçun nitelikli hali olduğu belirtilmektedir. (Koca/Üzülmez, s.414) Diğer bir görüşü savunan yazarlar ise; 765 sayılı ETCK’nunda belirtilen namus ve ırz kavramlarına geçme ve tasaddi ifadeleri ile tecavüz belirtilmiş olup yasa koyucu bilinçli olarak yeni kanunda kullanmamıştır. Bu sebeple suçun nitelikli hali olarak değerlendirilemeyeceği bağımsız bir suç olduğu ifade edilmektedir. (Tezcan/Erdem/Önok,s.466) Bu görüşler doğrultusunda kanaatimizce suçun kanunda ayrı bir düzenleme ile düzenlenmemiş olması suçun nitelikli hali olarak 103. Maddede düzenlenmiş olması sebebiyle suçun nitelikli hali olduğunu değerlendirmekteyiz.

Kanun metninden veya toplumda genel kanaate göre organ veya sair cisim sokma halinin sadece erkeklik organı olan penisin vücuda girmesi olarak değerlendirilmesi doğru bir düşünce olmayıp fail tarafından parmağını, başka bir

organını veya herhangi bir cismin de mağdurun vücuduna sokulması halinde suçun nitelikli haline vücut verecektir. Suçun bu nitelikli halinin diğer cinsel suçlardan ayıran önemli bir özelliği vardır. Bu husus failin sokma fiilini gerçekleştirdiği sırada cinsel tatmin amacıyla yapması gerekmez. Fail cinsel tatmin amacı taşımayan eylemler ile çocuğun cinsel bölgelerine organ sokması durumunda dahi nitelikli hal oluşacaktır. (Kartal, s.184) Yargıtay kararında “*Tüm dosya kapsamı incelendiğinde sanık tarafından mağdurun makat bölgesine parmak sokma sonucu sokulan bölgenin cinsel nitelik taşıdığı ve yeterli olduğu, ayrıca cinsel tatmin amacı aranmaması sebebiyle sanık hakkında cinsel istismar suçunun nitelikli halinden hüküm kurulması gerekirken kasten yaralama suçundan hüküm kurulması...*”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle cinsel tatmin amacı taşımadan failin mağdurun makatına parmağını sokması halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır. Ayrıca sokulan cismin tamamının girmesi gerekmemektedir. Yargıtay kararında “*Mağdurun adli rapordaki tespitlerinde mağdurenin vücuduna organ sokulmakla birlikte mağdurun vücuduna sokulan organ veya cismin kısmen de olsa girmesi kafi olup mağdurun hymenin zarar görüp görmediğinin bir önemi bulunmamaktadır.*”^{***} şeklinde belirtmiş olup organın tamamının girmesi gerekmemektedir.

Diğer bir husus on beş yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik gerçekleşen nitelikli halde sokma eyleminin gerçekleşmesi yeterli olup ayrıca mağdurun rızasının varlığının aranması gerekmemektedir. (Parlar/Banko, s.102) Ancak 15-18 yaş aralığında çocuklar için iradesini etkileyen haller dışında suçun nitelikli halinin meydana gelmesi durumunda diğer şartlarında oluşması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki kapsamında tartışılması gerekmektedir.

Başlık altında incelediğimiz nitelikli halde değerlendirilmesi gereken diğer bir husus kulak, burun vb. vücut boşluklarına organ sokulması halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Bu konuda Yargıtay bir kararında “*Sanığın mağdureyi yanına çağırarak suretiyle belinde tutup yerden yükselttiği sonrasında ise dilini ağzına soktuğu dosya içerinden anlaşılmaktadır. Söz konusu suçun nitelikli haline vücut vermesi için ya sokulan organın cinsel nitelik taşıması ya da sokma eyleminin gerçekleştiği organın cinsel nitelik taşıması gerekmektedir. Olayda sanığın mağdurenin ağzına dilini soktuğu eylem sonucu yapılan yargılama da sanık hakkında suçun nitelikli halinden hüküm*

* Yargıtay 14. CD. 10.02.2014 T. 2012/4067E. 2014/1289K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

** YCGK 20.10.2015 T. 2015/574E,2015/338K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

*kurulması bozmayı gerektirmiştir.”** Şeklinde belirtmek suretiyle kararında failin mağdura yönelik sokmak istediği organ veya sair cisim ile mağdurun vücudu üzerinde sokulan yer arasından cinsel bir bağının bulunması gerektiğini ifade etmektedir.

Kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçunda nitelikli hal olarak düzenlediği organ veya sair cisim sokma suretiyle gerçekleşmesi halinde cinsiyet ayrımına gitmemiştir. Bu bakımdan fail erkek olabileceği gibi kadında olabilmektedir. Burada tartışılması gereken husus kadın failin mağdur erkek çocuğa organını sokturmaya zorlaması halidir. Bu bakımdan farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre failin kadın olduğu durumlarda kendi anüsüne, vajinasına ya da oral bölgesine organ sokturması şeklinde gerçekleşen eylemde failin dolaylı faillik kapsamında değerlendirilerek nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırılması gerekmektedir.(Küskü,2020,s.63) Diğer görüşe göre; madde metninden soka kişi olarak tabir edilmesi sebebiyle dolaylı faillik durumu mevcut olsa da failin suçun basit halinden sorumlu tutulması gerekmektedir.(Nişancı,2015,S.233)

Yargıtay bu konuda bir kararında “ *Sanığın 15 yaşından küçük mağduru çağırmak suretiyle herhangi bir şekilde mağdura yönelik tehdit ve cebir olmaksızın, mağdurun cinsel organını kendi cinsel organına sokturması sonucu yapılan yargılama neticesinde sanık hakkında suçun temel halinden hüküm kurulması gerekirken sadece sokulma suretiyle gerçekleşen nitelikli halden hüküm kurulması*”** Şeklinde belirtmiş olup fail kadının kendi vücuduna mağdur erkek çocuğun organını sokturması sonucu basit cinsel istismar suçundan hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir.

Kanımızca Yargıtay’ın kararı yerinde olmayıp fail her ne kadar organ soka olmasa da dolaylı faillik hükümleri gereği nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu olması gerekmektedir. Ancak mevzuat düzenlemesi tam olarak nitelikli cinsel istismarı suçunun oluştuğunu da karşılamamaktadır. Çünkü fail burada organ veya sair cisim soka değil sokturandır. (Koca/Üzülmez,s.414) Aynı durum doktrinde tartışmalı olan failin zorlaması yoluyla mağdurun kendi vücudu üzerinde organ veya sair cisim sokturulması halinde failin suçun basit halinden mi yoksa nitelikli halinden mi sorumlu olacağı hususudur. Bu durum genellikle chat programları üzerinden gerçekleşen

* Yargıtay 14. CD. 13.11.2014 T. 2014/5259E. 2014/12656K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

** Yargıtay 14. CD. 17.06.2019T. 2019/7926E. 2019/10026K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

görüntülü sohbet anlarında gerçekleştiği görülmektedir. Bir görüşe göre, çocuğa kendi vücudu üzerinde organ veya sair cisim sokturan failin eyleminin nitelikli hal olarak değerlendirilemeyeceği, burada failin cinsel istismar suçunun basit halinden sorumlu olacağı belirtilmektedir. (Koca/Üzülmüş, s.414) Failin bizzat kendisinin gerçekleştirmemesi sebebiyle suçun nitelikli halinin oluşmayacağını suçun basit halinde sorumlu olacağı belirtilmektedir.(Tezcan/Erdem/Önok,s.466) Hem mağdurun kendi cinsel bölgelerine organ veya sair cisim sokmaya zorlanması hali hem de failin kendi cinsel bölgelerine organ sokturması halinde nitelikli cinsel istismar suçunu oluşacağı da savunulmaktadır.(Küskü,s.128) Kanımızca her iki durumda da failin her ne kadar eylemi kendisi gerçekleştirmemiş olsa da dolaylı faillik gereği çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinde sorumlu olması gerekmektedir.

Kanun suçun nitelikli halinde cinsel tatmin amacı aramamaktadır. Ancak bazı durumlarda fail sadece intikam almak veya mağduru cezalandırmak amacıyla rezil etme düşüncesi ile cinsel bölgelerine sair cisim (cop, şişe vb.) sokma durumunda nitelikli halden sorumlu tutulup tutulmayacağı hususunu bir Yargıtay kararı üzerinden incelemek faydalı olacaktır. Yargıtay kararında *“Dosya kapsamında yer alan olayda cinsel tatmin amacı taşımayan salt intikam almak niyetiyle işlenen suçta failin cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu tartışmalı olmakla beraber söz konusu olayda kanunun cinsel tatmin amacı aramaması sebebiyle sanığın organ sokma şeklinde gerçekleşen nitelik halden sorumluluğu gerekmektedir.”** şeklinde açıklamıştır. Yargıtay kararı incelendiğinde kanun maddesi gerçekleşen eylem sırasında cinsel tatmin amacı aramamaktadır. Kanun metni organ veya sair cismin sokulması halinin suçun nitelikli haline vücut vereceğini açık olarak belirtmiştir. Kanımızca gerek intikam almak gerek rezil etmek amacıyla olsun organ veya sair cismin sokulması halinde nitelikli hal oluşacaktır.

Kanun maddesinin ilk hali erken yaşta evlilik ve cinsel istismar suçunun oluşmasını önlemek amacıyla düzenlenmişti. Ancak evli olan ve çocuk sahibi olan erken yaşta evliliklerde babanın ağır yaptırım altında kalması aileyi zor durumda bırakmış geride kalan aile bireylerini bir kez daha mağdur etmişti. Bu konuda Anayasa mahkemesine yapılan başvurular kapsamında mahkeme bir kararında *“Failin mağdura yönelik gerçekleştirdiği cinsel eylemler sonucu fail ile mağdurun evlenmesi ceza tayininde azalmaya sebep vermeyeceği gibi ailenin korunması niyetiyle anayasaya*

* YCGK 22.11.2018 T. 2017/110E. 2018/557K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

aykırılığı iddia edilemez. 5237 sayılı kanun kapsamında değerlendirildiğinde eylem sonucu evlilik müessesesinin kurulması ceza tayininde herhangi indirim öngörülmemiştir.”* şeklinde belirtmek suretiyle bu suçu işleyen her kimse ayırım yapılmadan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, “..failin yaşının küçük olduğu somut olayda eylem sonrası evlilik birliğinin kurulması sonucu farklı ceza tayin edilmesi diğer bir anlatımla failin mağdur ile resmi bir evlilik kurması işlenen suçun ceza tayininde indirim sağlaması ceza amacına ulaşmayacağı görülmekle birlikte mağdurun korunmasına katkı sağlamadığı açıktır.”** şeklinde belirtmek suretiyle görüşünü açıklamıştır. Kararlar incelendiğinde başvuruların ve inceleme yapılan konuların esasında cezaların ağırlığı kaynaklı olmadığını yakın yaş gruplarında yer alan çocukların kendi kendilerine veya aileleri tarafından evlendirilmeleri hali olduğu görülmektedir. (Taner,2016,s.224) Esasında yapılan düzenleme ile çocukları cinsel istismar suçunda koruma kapsamı genişletilmiştir. Ancak uygulamada ciddi anlamda telafisi olmayacak sonuçların olacağı da kuşkusuzdur. Köy hayatında yaşayan çocukların erken yaşta yaptıkları evlilikler sonucu çocuklarının olması SSÇ babanın da ağır yaptırımlar ile cezalandırılması halinde geri de kalan aile bireyleri yönünden daha da mağduriyet yarattığı görülmektedir. Korunmak istenen çocuğun daha da mağdur olması adalet ve hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır.

2.5.3. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu’nun eski halinde nitelikli hal olarak sayılmamış olup ilgili kanun gereği fail suçun basit halinden cezalandırılmaktaydı. Ancak 5377 sayılı kanun ile nitelikli hal olarak 103. Maddeye eklenmiş ve Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlük kazanmıştır.***

Çocukların cinsel istismarı suçunda suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleşmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu nitelikli halden failin sorumlu tutulabilmesi için eylemin aynı yer ve zamanda, en az iki asli failin aynı mağdura

* Anayasa Mahkemesi 12.11.2015T. 2015/43E. 2015/101K. Sayılı kararı
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> E.t.: 30.01.2023

** Anayasa Mahkemesi 12.11.2015T. 2015/26E., 2015/100K. Sayılı kararı
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> E.t.:30.01.2023

*** 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, www.resmigazete.gov.tr,
E.t: 20.01.2023

yönelik birlikte suçu işlemeleri gerekmektedir. (Toroslu,2021, s.65) Suç birden fazla kişi tarafından işlenmesi mağdurun direnç göstermesini azaltması sebebiyle kanunda nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. (Savaşçı,s.93) Yargıtay kararında “Dosya kapsamında sanık Ersin’in kullandığı araca rızası ile binen mağdurun diğer sanık Ufuk tarafından istismar niteliğindeki eylemleri gerçekleştirdiği sırada mağdurun aracı durdurmasını istemesine rağmen sanık Ersin’in aracı devam ettirmesi karşısında fiil üzerinde hakimiyet kurduğu hususu birlikte değerlendirildiğinde her iki sanığın müşterek fail olarak eyleme katıldığı gerekçesi ile..”^{*} şeklinde yaptığı açıklamada sanıkların birden fazla olması ve suçun icrası üzerinde hakimiyet kurmaları gerektiğini belirtmektedir.

Asgari iki kişi tarafından gerçekleşmesi gereken eylemde, eylemi gerçekleştiren faillerin cinsiyetlerinin bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca faillerden birinin akli dengesinin yerinde olmaması halinde dahi sayıca asgari iki kişinin varlığında bahsedilecektir ve suçun nitelikli haline vücut verecektir. (Bakıcı,1994,s.173) Örneklemek gerekirse; akli dengesi olmayan bir fail ile akli dengesi yerinde olan bir failin birlikte işledikleri cinsel istismar suçunda akli dengesi olmayan fail akıl sağlığı sebebiyle ceza tayini farklı olsa da diğer sağlıklı fail suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.

Bu suç kapsamında fail olarak birden fazla kişinin müşterek faillik çerçevesinde birlikte suç işleme kararı ve fiil üzerinde her failin ortak hakimiyetleri söz konusudur. (Koca/Üzülmez, s.415) Faillerin birlikte hareket etme iradelerinin hazırlık aşaması esnasında bulunabileceği gibi en azından suçun işlendiği sırada bulunması gerekli ve yeterlidir. Ancak azmettiren ya da yardım eden konumunda bulunan kişilerin varlığı halinde fail tek ise, bu suçun nitelikli halinden cezalandırılma cihetine gidilemeyecektir. (Toroslu, s.65) Nitelikli halin oluşmasında aynı anda faillerin cinsel eylemlerinin gerçekleşmesi şart değildir. Yargıtay kararında “ söz konusu olay incelendiğinde SSÇ’lerin fikir birliği içinde bulundukları, mağduru tehdit ile korkutmaları sonucu mağdurun direncini kırılmasından faydalanmak suretiyle sırayla mağdureye istismarda bulunmaları sonucu suçun 103/3 maddesi kapsamında nitelikli halin gözetilmemesi”^{***} şeklinde belirtmiştir. Söz konusu kararda sanıkların cinsel eylemlerini sırayla gerçekleştirmiş olması suçun nitelikli halini değiştirmemiştir. Suçun

^{*} Yargıtay 14. CD. 17.06.2019T.2019/7926E. 2019/10026K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

^{**} Yargıtay 14. CD. 18.02.2019T. 2015/3248E. 2019/6704K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

tamamlanması suçun nitelikli halinden failleri sorumlu tutmak bakımından şart değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır. (Tezcan/ Erdem/Önok, s.319)

Bu incelediğimiz başlık altında değinilmesi gereken diğer bir husus da; birden fazla failin, birden fazla mağdur bulunan ortamda farklı mağdurlara yönelik gerçekleştireceği cinsel eylemlerde nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı durumudur. Bir görüşe göre; mağdur sayısının varlığının suçun belirttiğimiz nitelikli hali için önem arz etmemesi sebebiyle, her bir failin farklı mağdurlara yönelik gerçekleştirdiği cinsel eylemlerde nitelikli halden bahsedilemeyecektir. (Kartal, s.482) Diğer bir görüşe göre ise; aranan koşulların oluşması sebebiyle birden fazla failin farklı mağdurlara yönelik aynı mekan ve zamanda gerçekleştirdikleri cinsel eylemlerde suçun nitelikli halinin oluşacağı yönündedir. (Aydın, s.60)

Kanaatimizce başlık altında incelediğimiz nitelikli halin sonradan kanuna eklenmesindeki en büyük etkenin mağdurun direncini zayıflatması ve cinsel istismar eyleminin uygulanması yönünde kolaylaştırıcı etkiye sahip olmasıdır. Bu bakımdan birden fazla failin aynı ortamda bulunması savunmasız çocuklar üzerinde oldukça etkili olacağı açık olup dirençlerini zayıflatacaktır. Bu durumda her failin aynı mağdura yönelik eylem gerçekleştirmesi ile her failin farklı mağdurlar üzerinde gerçekleştireceği istismar eylemleri arasında fark olmayacaktır. Bu sebeple birden fazla failin aynı yer ve zamanda bulunmasından kaynaklanan güç gösterisinin sağladığı kolaylıktan faydalanarak gerçekleştirecekleri cinsel eylemlerde faillerin suçun nitelikli halinden cezalandırılmaları gerekmektedir.

2.5.4. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Kanunda çeşitli düzenlemeler getiren 6545 sayılı kanun ile 18.06.2014 tarihinde çocukların cinsel istismarı suçuna yönelik Türk Ceza Kanunu'nun 103.maddesine ekleme yapılmıştır. Bu eklemeye birlikte eski kanunda insanların toplu yaşama zorunluluğu bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanarak cinsel istismar suçunu işleyen faile yönelik suçun temel halinden ceza verilmekteydi ancak yapılan düzenlemeyle ceza miktarında artırıma gidildiği görülmektedir.

Kanun koyucu topluca yaşanan ortamlarda cinsel istismar suçunun daha rahat ve yaygın olarak işlenmesi üzerine yaptığı düzenleme ile suçun oluşumunu engellemeye çalışmıştır. Çocukları cinsel yönden istismar etme niyeti olan kişiler üzerinde de caydırıcılık niteliği olması bakımında önemli bir gelişme olduğu değerlendirilen düzenleme de nitelikli cinsel istismar suçunu işleyen failer hakkında ceza yarı oranında artırılmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçu başlığı altında incelediğimiz nitelikli halin işlenebilmesi için ilk koşul, insanların zorunlu olarak toplu bulunduğu bir yerin olması gerekmektedir. Örneğin; ceza infaz kurumu, askeri birlikler, okul, öğrenci yurtları bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Burada tartışılması gereken husus insanların toplu olarak bulunduğu ancak toplanma gayelerinin zorunluluktan kaynaklanmadığı yerler olan otobüs, asansör gibi yerlerde bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı halidir. Kanun koyucunun sadece zorunlu olarak toplu yaşama durumunda olan insanlar için kabul ettiği genel görüş olup asansörde gerçekleşecek bir cinsel istismar eyleminde bu kanun maddesi uygulanamayacaktır. (Parlar/Banko, s.105)

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız cezayı artıran nitelikli halin oluşabilmesi için gerekli olan ikinci koşul ise; zorunlu olarak toplu yaşama zorunluluğu bulunan insanların toplu yaşamasından kaynaklanan kolaylıktan faydalanmak suretiyle cinsel istismar suçunu işlemesidir. Bu koşul bakımından yerin niteliğinin bir önemi olmadığı görülmekle beraber önemli olan durumun failin gerçekleştirdiği eylemi toplu yaşamının sağladığı kolaylık aracılığıyla gerçekleştirmesidir. (Tezcan/ Erdem/ Önok, s.467)

Her iki koşulun bulunması halinde fail suçun nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Ancak Yargıtay asansörde gerçekleşen cinsel eylemlere yönelik kararında, asansörün insanların topluca yaşamak zorunda olmadığı yerlerden olması sebebiyle rastgele toplanmış insanların bulunduğu topluluk içinde gerçekleşen cinsel istismar eylemlerin de suçun nitelikli halini oluşturmayacağını belirtmiştir. Bu sebeple fail suçun temel halinden cezalandırılacaktır.* Yargıtay diğer bir kararında ise; “Somut olay incelendiğinde sanığın mağdureye yönelik cinsel eylemleri şehiriçi otobüste gerçekleştirmesi otobüsün insanların zorunlu olarak bulunduğu yerler olmaması sebebiyle nitelikli halin uygulama imkanı bulunmaması hali dikkate alındığında...”**

*Yargıtay 14. CD. 01/12/2016 T. 2016/10797E. 2016/8217K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:02.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 18.10.2016 T. 2016/7521E. 2016/7172K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:28.01.2022

şeklinde belirtmek suretiyle otobüsün insanların zorunlu olarak bulunduğu yer olarak değerlendirmemiştir.

Kanaatimizce hem Yargıtay'ın hem de doktrinde mevcut genel görüşe katılmak mümkün değildir. Topluca insanların bulunduğu her ortamda suçun işleme imkanı daha rahat ve kolay olacağı muhakkaktır. Ancak sadece kanun metnine bağlı kalarak topluca yaşama zorunluluğu bulunan yerlerde bu suçun işlenebileceğinden bahsetmek çocukları korumada yetersiz kalacaktır. Asansörde çocukları cinsel istismar eden fail asansörde bulunmanın kolaylığından faydalanmıştır. Eğer taraflar aynı asansörde bulunmamış olmasaydı böyle bir suçun oluşmayacağı muhakkaktır. Bu sebeple kanun metnine sıkı sıkı bağlı kalarak getirilmek istenen amacı taşımadığı gibi caydırıcılıktan uzak kalacaktır. Kanun metninde zorunlu toplu yaşam alanları kısmının toplu olarak bulunan ortamlar şeklinde düzeltilmesi daha isabetli olacaktır.

2.5.5. Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı Ya Da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu'nun eski hali yönünden cinsel istismar suçu incelendiğinde başlık altında incelediğimiz suçun nitelikli hali daha farklı düzenlenmişti. Eski kanuna göre üstsoy, üvey baba, ikinci veya üçüncü derece kan hısımları ile evlat edinen tarafından bu suçun işlenmesi nitelikli hal olarak değerlendirilmiş iken 6545 sayılı kanun ile değişiklik yapılmış ve Türk Ceza Kanunu 103. Maddesi bugünkü halini almıştır. Bu yapılan düzenlemeye göre üçüncü derece kan ve kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı veya üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından suçun işlenmesi halinde fail suçun nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Eski kanuna göre akrabalık ilişki seviyesi artırılmış ve daha kapsamlı bir metin haline getirilmiştir.

Kanun metninde suçun mağduru ve faili arasında belli bir akrabalık ilişkisi dahilinde işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Taraflar arasındaki akrabalık ilişkisinin belirlenmesinde de Medeni Kanun hükümleri geçerli olacaktır. (Koca/Üzülmez, s.416)

Medeni kanun kapsamında kan ve kayın hısımlığı kanunun 17. ve 18. Maddelerinde düzenlenmiştir. Bu tanımlara göre, “*Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında altsoy-üstsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip da ortak kökten gelen bireyler arasında yansoy hısımlığı vardır*”. TMK on sekizinci maddesinde ise, “*eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile sona ermez.*” şeklindedir. Kanun maddelerine göre mağdur çocuğa yönelik gerçekleşen cinsel istismar suçunda fail üstsoy olan dede, baba ve anne gibi akrabaları olabileceği gibi dayı, teyze, hala, amca gibi üçüncü derece hısımların da olduğu hallerde suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Yargıtay kararında “*Dosya kapsamı incelendiğinde SSC ile mağdurun amca çocukları olması sebebiyle 4. Derece akrabalık ilişkisi içinde oldukları kanun metninde ise 3. Dereceye kadar akrabalık ilişkisi içinde bulunan tarafların işledikleri istismar suçunun nitelikli halinin oluştuğu hususu gözetilmeden...*”^{*} Şeklinde belirtmiş olmakla birlikte 4. derece akrabalık ilişkisi içinde olan taraflar arasında bu hüküm uygulanamayacaktır.

Diğer değinilmesi gereken husus ise; resmi olarak nikahlı olmayan karı-kocanın çocuklar açısından üvey anne veya üvey baba niteliğinde olduklarından bahsedilemez. Bu durumda cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi halinde suçun basit hali mi yoksa nitelikli halinden mi sorumlu olacağı tartışmalıdır. Yargıtay’ın bu konuda; medeni kanun kapsamında bir üvey annelik veya üvey babalıktan bahsedilemeyeceğini ancak fail ile mağdur arasında aynı evde yaşama veya failin mağdur üzerinde koruma ve gözetim gibi yükümlüğü olduğu hususu tespit edilmiş ise; burada failin suçun nitelikli halinden cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir.^{**} Yargıtay diğer bir kararında “*...Sanığın mağdurenin annesi ile resmi nikah olmaksızın birlikte yaşadığı, mağdurenin sanığın ikametine değişik zamanlarda ziyaret amaçlı gelip kısa süre kaldığı, bu sebeple sanığın mağdurenin üvey babası sayılamayacağı, mağdureye karşı sorumluluğu da bulunmadığı anlaşılmakla fail hakkında koşulları oluşmadığı halde nitelikli hal gereği cezada arttırım yapılması,*”^{***} şeklinde belirtmiştir. Kararda sanığın eve sürekli gidip gelmemesi hususu üzerinde durulmakla beraber koruma ve gözetim yükümlülüğünden

* Yargıtay 14. CD. 17.04.2019 T. 2015/7324E. 2019/9212K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:28.01.2023

** Yargıtay 14. CD. 27.11.2013 T. 2012/913E. 2013/12276K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:03.04.2021.

*** Yargıtay 14. CD. 05.02.2019 T. 2018/7443E. 2019/683K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:03.02.2023

bahsedilemeyeceğinden suçun nitelikli hali uygulanmayacaktır. Ayrıca fail ile mağdur arasında akrabalık ilişkileri medeni kanun hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir. Nüfus kayıtları ispat vasıtası olarak önemli delil niteliğindedir. Çocukların cinsel istismarı suçunda failin nitelikli halden cezalandırılması için akrabalık nüfuzunu suç işlerken kullanması gerekmemektedir. Sadece failin akrabalık ilişkisini bilerek istismar eylemini gerçekleştirmesi yeterlidir. (Tezcan/Erdem/Önok, s.467)

2.5.6. Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren Ya Da Koruma Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu 103/3-d fıkrasında belirtildiği üzere kanun metninin sayma şeklinde gösterdiği kişilerin çocuklara yönelik gerçekleştireceği cinsel istismar eylemi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü olan kişilerden olması halinde verilecek ceza arttırılarak uygulanacaktır. Kanun koyucunun bu durumu nitelikli hal olarak düzenlemesi bu kişilerin çocuk ile yakın ilişki içinde olması ve çocuğun kendine güven duyması gibi sebeplerle kolaylaştırıcı etkiler ile bu suçu işlemeleridir. (Kartal, s.191)

Kanun metninde yer alan vasilik kavramını incelemek gerekirse, velayet altında bulunmayan ve reşit olmayan çocukların haklarını korumak ve gözetmek amacıyla mahkemece atanan kişilerdir. Vesayet ile Vasi altındaki çocuğun arasında meydana gelen ilişki nedeniyle kanun koyucu bu ilişkinin sağladığı kolaylıkla istismar suçunu işleyen failin cezasının artırılması gerektiğini belirtmiş ve nitelikli hal olarak saymıştır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,s.396) Ayrıca vasilik görevini yerine getiren kişi ile vesayet altındaki çocuğun aynı çatı altında yaşaması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. (Aydın,s.40) Ayrıca Kayyımlık görevi bakımından da aynı husus değerlendirilmesi gerekmektedir. Kayyımlık vasiliğe göre daha sınırlı ve geçici nitelikte olması nedeniyle kanun metninde kayyımlık yapan kişilerin bu suçu işlediğinde nitelikli hal oluşacağına yönelik bir durum söz konusu olmadığı görülmektedir. Kanun koyucunun bu durumu göz ardı edebileceği düşünülemeyeceğine göre kanun koyucu kayyımlık ilişkisi kapsamında bu suçun işlenmesini nitelikli hal olarak değerlendirmemiştir. Kayyımlık ilişkisi maddenin metninde sayılmadığından ve kıyas yoluyla bu husus genişletilemeyeceği için bu hüküm kayyımlık görevi kapsamında uygulanmayacaktır. (Tuğrul, s.302) Ancak kayyım koruma ve gözetim yükümlülüğü

sırasında bu suçu işlemiş ise nitelikli hal olarak değerlendirilecektir.

Eğitici, öğretici ve bakıcı kavramlarına değinmek gerekirse eğitici; çocuğun örgün eğitimi kapsamında okul derslerinden bağımsız çocuğun gelişimine yönelik hususları, öğretici; okul, dersane, özel kurs gibi ise çocuğun derslerine yönelik hususları öğreten kişilerdir. (Kartal, s.191) Bakıcı kavramı da çocuğun bakımını üstlenen daimi veya geçici olarak çocuğun bakımı ile ilgilenen kişilerdir. Tüm bu kişilerin özel veya resmi ücretli ya da ücretsiz olarak görevlerini yerine getirmelerinin bir önemi yoktur. Eğitici ve öğreticilere duyulan güvenden kaynaklı olarak bu kişilerin çocuğu cinsel yönden istismar etmeleri daha kolaydır. Bazı yazarlar bu nitelikli halin uygulanabilmesi için çocuk ile eğitici veya öğretici arasında ilişkinin sürüyor olması gerektiğini belirtmişlerdir. (Tezcan/Erdem/Önok,s.467) Yargıtay da aynı görüşte olup başlık altında incelediğimiz nitelikli halin uygulanabilmesi için eğitim veya öğretim ilişkisinin devam etmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur.* Yargıtay bir kararında *“Sanığın, mağdura yönelik gerçekleştirdiği eylemler sırasında mağdurun sanığa ders vermemesi sebebiyle ve öğretmenini olmaması sebebiyle, sanığın somut olayda eğitici olmadığı gözetilmeden nitelikli halin tatbiki sebebiyle”*** şeklinde karar vermiştir. Diğer bir kararın da ise durumu, *“Sanığın öğretmenlik yapmış olduğu okuldan gelen cevabi yazıya göre mağdureye yönelik eylemini gerçekleştirdiği tarihte okuldan ve öğretmenlik görevinden resmi olarak ayrılmış olması sebebiyle, sanığın somut olayda eğitici olmadığı gözetilmeden nitelikli halin tatbiki sebebiyle”**** şeklinde ifade etmekle birlikte fail ile mağdur arasında eğitim-öğretim ilişkisinin devam etmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce bu husus tartışmalı olmakla birlikte eski zaman diliminde eğitim ve öğretim faaliyeti yürüten fail ve mağdur arasında halen bir güven ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle bu suç işlenmiş ise, eğitim öğretim ilişkisi bitmiş olsa bile failin nitelikli halden sorumlu olması gerekmektedir. Bakıcı tarafından çocuğun bakım ihtiyaçlarının karşılandığı sırada gerçekleşen cinsel istismar eylemlerinde bakıcının nitelikli halden sorumlu olabilmesi için eğitici ve öğretici de olduğu gibi bir sözleşme bağı ile bağlı olmaları gerekmektedir.

*Yargıtay 5. CD. 16.07.2008 T. 2008/3995E. 2008/7617K. Sayılı kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.12.2018 tarihli 2017/163E. 2018/693K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:14.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 29.11.2018 T. 2018/7503E. 2018/7097K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

*** Yargıtay 14. CD. 18.02.2019 T. 2018/7468E. 2019/6700K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:02.02.2023

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından işlemleri yürütülen bakıma muhtaç kimsesiz çocukların belli bir süre bakımlarını üstlenen gönüllü koruyucu aile kurumu dahilinde, bu görevi üstlenen bireylerin koruma altına aldıkları ve bakımlarını üstlendikleri çocuklar üzerinde gerçekleşecek cinsel eylemler de bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir.

Doktor, hemşire gibi sağlık personellerini sağlık hizmeti verdikleri sırada çocuklara yönelik gerçekleştirecekleri cinsel eylemlerin suçun nitelikli halini oluşturacağı kanunun 103/3-d maddesinde düzenlenmiştir. Burada sağlık personelinin sağlık hizmeti verdiği sırada mağdur çocuk üzerinde kurduğu hakimiyet ve kolaylıktan faydalanmak suretiyle bu suçu işlemesi gerekmektedir. Örneğin; bir sağlık personelinin alışveriş merkezinde çocuğa yönelik cinsel eylemleri nitelikli hal olarak değerlendirilmeyecek suçun temel halinden cezalandırılacaktır. (Aydın,s.243) Ayrıca hastane ya da sağlık kuruluşlarında görev yapan diğer personellerin gerçekleştirdiği eylemler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Yargıtay bir kararında “*Dosya kapsamında yer alan temizlik işçisinin hastanede gerçekleştirdiği eylem kapsamında şirkette çalışan işçinin sağlık hizmetlerinden çalışan bir personel olmaması sebebiyle suçun nitelikli hali olarak değerlendirilmesi sonucu fazla ceza...*”^{*} şeklinde belirtmiş olmakla beraber hastanede çalışan diğer personelin 103/3-d maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Koruma ve bakım yükümlüğü altında bulunan bir çocuğa karşı bu suçu işleyen failin cezasının suçun basit haline göre daha ağır olacağı kanun metninden anlaşılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus her anne babanın çocuk üzerinde koruma ve bakım yükümlüğü olduğu muhakkaktır ve bu durum üvey anne ve babalar içinde geçerlidir. Ancak evlilik birliği bulunmayan bireyler arasında diğerinin çocuğuna yönelik gerçekleştireceği cinsel eylemlerde bu nitelikli halin tatbik edilip edilemeyeceği durumu tartışmalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında “*Anne Günay’ın çocuğu mağdureyi evlilik olmaksızın yaşadığı sanığa bıraktığı hususu birlikte değerlendirildiğinde sanığın koruma ve gözetim sorumluluğu bulunan kişilerden olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Her ne kadar sürekli olarak sanığın sorumluluğu olmasa da Anne’nin duyduğu güven sonucu sanığın eylemler sonucu suçun nitelikli halinin kabulü gerekirken sanık hakkında suçun temel halinden kurulan eksik*

^{*} Yargıtay 14. CD. 30.11.2017T. 2017/6730E. 2017/6069K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:02.02.2023

*ceza tayini.”** şeklinde belirtmek suretiyle failin mağdur üzerinde koruma, bakım ve gözetim görevini üstlenmiş ihtiyaçlarını karşılıyor ise, nitelikli halin uygulanmasında herhangi bir şekilde fail üzerinde nüfuzunu kötüye kullanması aranmayacak ve nitelikli halden sorumlu olacaktır. (Savaşçı, s.291)

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

Eski Türk Ceza Kanunu incelendiğinde çocuğa karşı kamu görevlilerinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdikleri cinsel eylemler nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesine eklenmek suretiyle bu kapsamda işlenen çocukların cinsel istismar suçunda nitelikli hal olarak faile verilecek cezalar ağırlaştırılmıştır. (Koca/Üzülmez, s.416) Kamu görevlisi kavramı TCK 6. maddesinde *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, başlık altında incelediğimiz nitelikli halin uygulanabilmesi için sadece kamu görevlisi olması ya da hizmet ilişkisi bulunması tek başına yeterli değildir. Kamu görevlisinin bulunduğu konum itibarıyla bu konunun kolaylaştırıcı özelliğinden faydalanması gerekmektedir. Mağdur ile fail arasında hiyerarşik üstünlüğün verdiği kolaylıkla bu suçun işlenmesi önem arz etmektedir. Failin mağdur üzerinde üstünlük sağlayacak bir durumu söz konusu değilse bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. (Parlar/Banko, s.106) Yargıtay bir kararında *“Dosya kapsamı incelendiğinde sanığın mağdurun okuduğu okulda hizmetli olarak çalıştığı sabit olup mağdur ile sanık arasında yazılı veya sözlü bir hizmet sözleşmesi bulunmadığı gibi hiyerarşik ilişkisinde olmadığı değerlendirildiğinde suçun temel halinde fazla ceza tayin edilmesi.”*** şeklinde karar vermek suretiyle nitelikli hal hükümlerinin uygulanabilmesi için tarafların hiyerarşik ilişki içinde olması gerektiğini belirtmektedir.

Aynı durum hizmet ilişkisi bakımından da geçerli olduğunu görmekteyiz. Hizmet ilişkisinin özel bir kurum ya da kamu kurumu niteliğinde olmasının, ücretsiz veya süresiz olması önem teşkil etmemektedir. Önemli olan husus mağdur ile fail

* YCGK 21.05.2013T. 2013/99E. 2013/253K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t.:01.02.2023

** Yargıtay 14. CD. 17.01.2019 T. 2018/7243E. 2019/415K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.:29.01.2023

arasında bir hizmet ilişkisinin varlığı ve failin bu hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıktan veya fayda ile çocuğa yönelik istismar eylemlerinde bulunması yeterlidir. Örnek vermek gerekirse kuaförde çalışan mağdurun patron fail tarafından istismara uğramasıdır.*

Diğer bir husus ise; mağdur ile fail arasında hizmet ilişkisinin devam etmediği, hizmet ilişkisinin sona erdiği durumlarda suçun nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. Yargıtay bu konuda “*Mağdurun eski işyerinden ayrıldıktan sonra yaklaşık olarak 1-2 ay sonra işyeri sahibi sanık tarafından istismarda bulunması hususunda hizmet ilişkisinden kaynaklamadığı gerekçesi ile bozma görüşüne uyulmamıştır.*”** ifade etmiştir. Yargıtay fail tarafından cinsel istismara yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği sırada hizmet ilişkisinin devam etmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanımızca her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği, hizmet ilişkisi sona ermiş olsa dahi halen hiyerarşik olarak bir çekinme durumu söz konusu ise failin suçun nitelikli halinde cezalandırılması gerektiğidir. (Tezcan/Erdem/Önok, s.469)

2.5.8. Cinsel İstismarın, Tck’nın 103/1-A maddesinde Belirtilen On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle İşlenmesi

Bahse konu nitelikli hale vücut veren cebir ve tehdit kavramları cinsel istismar suçunun unsurlarından olan fiil başlığı altında incelendiğinden bu başlık altında ayrıca tanımlamaları yapılmamıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 103/4 maddesinde düzenlenen nitelikli hal on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik cebir veya tehdit ile işlenmesi halinde, bu çocukların yaşı itibarıyla daha çok korunma ihtiyacı içinde olmaları ve yasa koyucunun hassasiyeti gereği nitelikli hal olarak sayılmıştır. (Koca/Üzülmez, s.417) TCK’nın 103/4. maddesi kapsamında oluşan nitelikli hal sonucu ceza yarı oranında artırılacaktır. Gerçekleştiren cebir ve tehdit amaç değil, cinsel

* Yargıtay 14. CD. 28.05.2013 T. 2013/2247E. 2013/6713K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.:12.05.2022

** Yargıtay 5. CD. 20.09.2007 T. 2007/7481E. 2007/6548K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.:01.02.2023

istismar eyleminde mağdurun direnmesini kıracak ölçüde yapılan araç niteliğindedir. (Artuç, s.655) Yargıtay kararında “*Oluş ve kabule göre, suç tarihlerinde on beş yaşından küçük olan mağdureyi kolundan tutup yatağa çekmek, ağzını kapatarak cebir kullanmak suretiyle basit cinsel istismarda bulunan sanık hakkında koşulları olduğu halde 103/4. maddesi uygulanmaksızın eksik ceza tayini*”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle mağdurun ağzını kapatmasını yeterli bulmuştur. Aynı şekilde gerçekleşen cebir ve tehdit on beş yaşını tamamlayan ikincil grup çocuklar için suçun nitelikli halini oluşturmayacak fail suçun basit halinden cezalandırılacaktır.

Kanunun 103/4. maddesinde düzenlenen bu nitelikli halin uygulanması bakımından failin mağdurun direncini kıracak ölçüde gerçekleştirdiği cebrin kasten yaralama suçunun basit haline vücut vermelidir. Cebir sonucu TCK’nın 87. maddesi kapsamına giren bir suça vücut vermesi halinde ise ayrıca bu suça ilişkin hükümlerinde uygulanması gerektir. Tehdit yoluyla bu suçun on beş yaşını tamamlamamış ve tamamlamış olmakla beraber failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik işlenmesi hali, ceza ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Tehdidin her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği yetişkin bir bireyde herhangi bir etki doğurmayacak bir tehdidin, mağdur çocuk üzerinde çok etkili olabileceği hususu özellikle değerlendirme kapsamına alınmalıdır. Yargıtay da bu doğrultuda görüşü olup önem arz eden bir durumdur.^{**} Tehdidin sadece mağdur üzerinde mi yoksa üçüncü kişiler üzerinde gerçekleşen tehdidin de aynı doğrultuda değerlendirilmesi mi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar, mağdur dışında üçüncü kişilere yönelik gerçekleşecek tehdidin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ve bu sebeple nitelikli halin uygulanmayacağını savunmaktadır. (Taner, 2013, s.312) Diğer görüş ise; mağdur yönünden tehdit fiilinin taraf dışı şahıslara yönelmesi halinde istismara katlanması sonucunu doğurabileceği, bu sebeple bu durumun her olayın özelinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Artuç, s.655)

* Yargıtay 14. CD. 06.12.2016 T. 2016/10081E. 2016/8289K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

** Yargıtay 5. CD. 21.01.2010 T. 2009/12605E. 2010/243K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:14.04.2021

Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Çocuk mağdurun yetişkinler kadar dirençli olmayacağı bu sebeple üçüncü kişilere gerçekleşecek tehditler sonucu çocuğun direnci kolayca kırılacaktır. Tehdit halinde Failin mağdur üzerinde gerçekleştireceği cinsel eylemlere mağdurun zorunlu olarak kabul edecektir. Bu kapsamda her olay kendi özelinde değerlendirilmeli ve çocuğun direncini kırarak nitelikte olan tehditlerde suçun nitelikli halinden failin sorumluluğuna gidilmelidir.

2.5.9. Cinsel İstismarın Tck'nın 103/1-B Maddesinde Belirtilen Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Çocukların cinsel istismarı suçunda başlık altında incelediğimiz suçun nitelikli hali 6545 sayılı kanun ile maddeye eklenmiştir. Silah kavramı da Türk Ceza Kanunu'nun 6/f maddesinde sayma yoluyla sayılmıştır. Bu kapsamda ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, kesici ve delici aletler vb. cisimler silah olarak sayılmıştır.

Yargıtay bir kararında *“Sanığın cinsel istismar eylemini silahtan sayılan bıçağın sağladığı kolaylık ile gerçekleştirdiği değerlendirildiğinde nitelikli halin oluştuğu...”** şeklinde ifade etmekle birlikte bıçakla gerçekleştirdiği cinsel istismar eyleminde 103/4. Maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Silah ile işlenen çocukların cinsel istismarı suçunda nitelikli halin uygulanabilmesi için silahın mağdurun iradesini etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Yargıtay kararında *“Mağdurenin alıkonulduğu ve götürüldüğü yerde sanıklardan ... ile zorla ilişkiye girdiği olayda mevcut haliyle aralarında fikir birliği bulunan ve üzerinde müsterek hakimiyet kurup direncini silah da kullanmak suretiyle kıldıkları mağdurenin, sanıklardan ... ile baraka içinde zorla ilişkiye girmesini sağladıklarının anlaşılması karşısında suçun nitelikli halinden ceza tayini gerektiği..”*** şeklinde belirtmek üzere mağdurun direncini silah ile kırılması gerektiği ifade edilmektedir. Silahın kullanılması gerekmemekte olup silahın gösterilmesi ve mağdurun direnmesi halinde silahın kullanacağını hissettirmesi halinde nitelikli hal için yeterlidir. (Akkaya,2018, s.71) Diğer bir husus da failin birden fazla olması halinde failin birinde silah bulunması ve diğer faillilerin bu durumdan haberdar olması halinde bütün failer suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. (Taner, s.209) Ayrıca on beş yaşını

* Yargıtay 14. CD. 25.06.2019 T. 2015/5713E. 2019/10343K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

** Yargıtay 9. CD. 2021/19923T. 2022/5753E. 2019/10343K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

tamamlamış çocuklarda suçun basit halinde iradeyi etkileyecek hal aranırken (Artuç/Gökçen/Alaşahin/Çakır, s.397) ayrıca suçun silah kullanmak suretiyle işlenmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin uygulanması gerekmektedir. (Yokuş, s.160)

2.6. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

İşlenen suçun bazen farklı sonuçları doğabilmektedir. Kanun koyucu bu farklı sonuçları aynı maddenin 5. ve 6. fıkralarında yer vererek düzenleme altına almıştır. Kanunun 103/5 maddesinde kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin oluşması hali yer alırken, 103/6. Maddesinde failin mağdur üzerinde gerçekleştirdiği cinsel eylemler sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halleri düzenlenmiştir. Failin neticesi sebebiyle ağırlaşan cinsel istismar suçundan sorumluluğu için, failin cinsel istismarın unsurlarından olan fiil ile sonuç olarak ortaya çıkan ağırlaşmış hal arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. (Parlar/Öztürk, 2018, s.109)

Kanunun ilk halinde cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden olan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hükmü yer almaktaysa da 18.06.2014 tarihinde bu hal kaldırılmıştır. Adli Tıp Kurumunun verdiği ruh sağlığı yerindedir raporları sebebiyle fail hakkında daha az ceza tayin edilmesi ve diğer Avrupa ülkelerinde de bu hususun yer almaması hükmün kaldırılmasında önemli etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır. (Yokuş,2022, s.132)

2.6.1. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

Failin ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılabilmesi için cinsel nitelik taşıyan fiilin işlendiği sırada cebir ve şiddet uygulanması gerekmektedir. Bu şiddet ve cebir sonucu meydana gelen yaralanma TCK'nın 86. Madde 1. fıkrasında yer alan yaralama sınırını aşmalı ve aynı kanunun 87. Maddesinde de yer alan nitelikli hallere sebebiyet vermelidir. (Tezcan/Erdem/Önok, s.470)

Bu kanun maddesinde bahsedilen durumda iki farklı suçun varlığından bahsetmek gerekecektir. Fail burada hem çocukların cinsel istismarı suçundan hem de kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Teknik olarak incelemek gerekirse; her iki suçun manevi unsurunun bulunması gerekirken burada kasten yaralama suçunun

manevi unsurunun varlığı doğrudan kabul edilmektedir. Bu sebeple çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi sonucu mağdur üzerinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama mevcutsa fail doğrudan cezalandırılacaktır. (Hafizoğulları/Özen, 2015, s. 165) Doktrinde bu konu hakkında bazı yazarlar; mağdurun çocuk olması nedeniyle hassasiyeti göz önüne alınarak yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde olması halinde, TCK 103/5 maddesinin uygulanması bakımından yeterli olacağını savunmaktadırlar. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.375)

Yargıtay bir kararında “Ankara Adli Tıp kurumu tarafından hazırlanan rapor doğrultusunda mağdurun hayati tehlike yaratan yaralanmasının uygulanan şiddetten kaynaklanmadığı cinsel istismar fiili neticesinde mağdurun hayati tehlike geçirmesine sebep olan yaralanmasının mevcut olması sebebiyle sanık hakkında ayrıca kasten yaralama suçundan hüküm kurulması.”* şeklinde belirtmekle beraber mağdurun yaralanması cinsel istismar suçunun oluşmasından önce veya sonra gerçekleşen darptan kaynaklanmamalıdır. Cinsel istismar suçuna vücut veren eylemler sonucu gerçekleşmelidir ve yaralanma TCK’nın 87. Maddesinde düzenlenen yaralanma seviyesinde değildir.

Kanaatimizce neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir yaralama olabilmesi için oldukça yüksek bir şiddetin ve cebrin çocuk üzerinde uygulanması gerekmektedir. Cinsel istismar suçu her ne kadar bünyesinde cebir ve şiddet içeriyor olsa da; kanun koyucu tarafından yapılacak düzenleme ile basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek yaralama fiillerinde de TCK 103/5 maddesinin uygulanması isabetli olacaktır.

2.6.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi

Failin, mağdur çocuğa yönelik gerçekleştirdiği cinsel istismar fiili neticesinde mağdur çocuğun bitkisel hayata girmesi halinde failin fiili TCK 103/6. Maddesi kapsamında değerlendirme altına alınacak ve fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bitkisel hayat kavramı “kaza ve hastalık nedeniyle bilinçsiz ve hareketsiz hale gelme durumu”** olarak tanımlanmaktadır. Bitkisel hayatta insanın solunum ve dolaşım sistemi çalışmaya devam etmektedir. Bu sebeple bitkisel hayata girmiş bir insanın tekrar hayata dönebilme ihtimali vardır. (Tezcan/Erdem/Önok,s.470)

* Yargıtay 5. CD. 31.03.2011T. 2011/837E. 2011/2569K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr , E.t:05.02.2023

** www.tdk.gov.tr. E.t:12.04.2021

Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçta failin gerçekleştirdiği eylem sonucu daha ağır ve başkaca bir sonucun oluşmasına neden olan fail en az taksirle hareket etmesi gerekmektedir.

Mağdurun bitkisel hayata girmesi halinin düzenlendiği TCK 103/6. maddesinin uygulanabilmesi için cinsel istismarın doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmasının aranmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre, failin gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemiyle mağdurun bitkisel hayata girmesi arasında doğrudan bir illiyet bağının kurulması gerekmektedir. Dolaylı olarak kurulacak illiyet bağından dolayı bu maddenin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedirler. Ancak cinsel istismar eylemi sırasında uygulanan cebir ve şiddetten kaynaklanıyorsa bu maddenin uygulanması gerekmektedir. (Koca/Üzülmez, s.417)

Diğer bir görüşü savunan yazarların görüşünü örnekle açıklamak gerekirse; cinsel istismar sırasında mağdurun faile yönelik: “*bana tecavüz edersen intihar ederim*” demek suretiyle uyarmasına rağmen fail eylemi gerçekleştirmiştir. Eylemden sonra mağdur intihar girişiminden bulunmuş ancak ölmemiş ve bitkisel hayata girmiştir. Bu durumda dahi TCK 103/6. Maddesi kapsamında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. (Malkoç, 2009, s.187) Kanaatimizce ikinci görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü gerçekleşen eylem ile netice arasında objektif ve doğrudan illiyet bağının kurulması gerekmekte olup dolaylı illiyet bağı ile ilgili maddenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

2.6.3. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Sonucu Mağdurun Ölümü

Türk ceza kanunu 103. madde 6.fıkrasında düzenlenen diğer bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal ise; çocukların cinsel istismarı sonucu mağdurun ölümüdür. Bu kapsamda failin mağdurun ölümü sebebiyle TCK 23. maddesi gereği sorumluluğuna gidilebilmesi için, failin en az taksirle hareket etmesi beklenir. (Koca/Üzülmez,s.417) Failin istememesine rağmen mağdurun ölümü gerçekleşmiş ve istismar fiiline vücut veren fiil ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı kurulmuş olması gerekmektedir. (Nişancı,s.246) Burada fail cinsel istismar suçunu oluşturan eylemleri sırasında mağdurun ölmesini istememesine rağmen yaptığı eylemler sonucu mağdur ölmektedir. (Tezcan/Erdem/Önok,s.470) Fail gerçekleştirdiği eylemlerin sonucunda ölümün meydana gelebileceğini öngördüğü olası kast durumunda da fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından sorumluluğuna gidilecektir.

Diğer bir husus ise, failin cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla gerçekleştirdiği eylemler dışında ayrıca kasten mağduru öldürme kastıyla boğazını sıkma gibi eylemlerde bulunması halinde madde uygulanmayacaktır. Failin hem kasten öldürme hem de çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılması gerecektir. (Parlar/Banko,s.109)Failin eylemlerini gerçekleştirdiği sırada hem öldürme hem de istismar kastının bulunduğu durum veya failin işlediği cinsel istismar eylemlerinin sonucu suçun ortaya çıkmaması için mağduru öldürmesi halinde gerçek içtima uygulanarak istismar ve öldürme suçlarından fail sorumlu olacaktır. Ancak fail hakkında 103/6 madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Ayrıca fail hakkında bu maddenin uygulanabilmesi için failin salt cinsel istismar eylemleri dolayısıyla mağdurun ölümüne sebebiyet vermesi dışında cinsel eylemlerini gerçekleştirdiği sırada uygulanan şiddet ve cebir ile mağdurun ölümü gerçekleşmiş ise bu madde uygulama alanı bulacaktır. (Koca/Üzülmez, s.417) Eğer fail mağduru öldürdükten sonra çocuğu cinsel yönden istismar ederse burada bu madde uygulanmayacağı gibi çocukların cinsel istismar suçu da oluşmayacaktır. Bu durumda kasten öldürme ve kişinin hatırasına hakaret suçlarından failin sorumluluğu gündeme gelecektir. (Tezcan /Erdem/Önok, s.470)

2.7.Kusurluluk

Failin gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı cezai sorumluluğunun doğması için kusurlu olması gerekmektedir. Bu sebeple suçun manevi ve maddi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru belirlendikten sonra failin kusur durumu incelenmelidir. Failin tipe uygun fiili gerçekleştirdiği anda kusurluluk durumunun değerlendirmesi “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesinin yansımasıdır. (Centel/Zafer/Çakmut,2020, s.347)

Suçun manevi, maddi ve hukuka aykırılık unsurlarına ilişkin yapılan tüm değerlendirmeler failin şahsına yönelik değildir. Bu değerlendirmeler salt fiil hakkında objektif unsur değerlendirmelerdir. Ancak kusur üzerine yapılan değerlendirmeler, failin iradesinin hangi şartlarda meydana geldiği konusunda fail hakkında muaheze yargısıdır. (Özgenç, s.338) Failin fiili nedeniyle kendisine kusur atfedilebilmesi için failin kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Kusur yeteneğinin varlığında ise; failin suçu meydana getiren fiilinin haksız nitelikte olduğunu bilmesi ve davranışlarını bu duruma uygun olarak yönlendirebilme kabiliyetine sahip olması gerekmektedir. (Koca/Üzülmez,

s.418) Ayrıca failin suçu işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması yeterlidir. Suç meydana geldikten sonra failin kusur yeteneğinin kaybolması veya değişmesi failin suçtan sorumluluğunu kaldırmayacaktır. (Birtok,2018, s.301)

Kusur yeteneği, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, cebir, tehdit veya zorunluluk hali durumlarında etkilenmektedir. Ayrıca somut olayın özelliğine göre haksız tahrik ve hata hallerinde de failin kusur yeteneğini değerlendirmek gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu 28. Maddesi kapsamında cebir ve tehdit durumunun var olduğu hallerde suç işleyen kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bu cebir ve tehdit kişinin karşı koyamayacağı şiddet ve korkutma olması gerekmektedir. Bu kapsamda ağır tehdit ve korkutma sonucu cinsel istismar suçunu işleyen failin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Ancak eylemi gerçekleştiren fail üzerinde cebir ve tehdit uygulayan kişi hakkında ise; cinsel istismar suçunun faili sayılarak cezaya hükmedilecektir. (Koca/Üzülmez, s.418)

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden bir diğeri haksız tahriktir. Haksız tahrik, TCK 29. Maddesi kapsamında düzenleme altına alınmış olup faile yönelik gerçekleşen haksız bir fiil neticesinde failin duyduğu şiddetli elem sonucu işlemiş olduğu suçun cezasında indirim yapılması halidir. Fail burada mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız fiil sonucu aşırı öfke ve üzüntü duymaktadır. Bu duygusal durumdan kaynaklı olarak kusuru etkilenmektedir. (Dursun, 2003, s.21) Ayrıca tepki sonucu gerçekleştirilen eylemin tepkiye neden olan fiili gerçekleştirilen kişiye yönelik olması gerekmektedir. (Koca/Üzülmez,s.362) Bu haksız fiilin doğrudan faile yönelik gerçekleşmesi gerekmemekte olup faile, yakınına veya etkilenebileceği bir şeye de gerçekleşmesi yeterlidir. (Demirbaş,2022, s.440) Bu kapsamda Yargıtay bir kararında “*Dosya kapsamı incelendiğinde ırza geçme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin değerlendirme imkanı bulunmaması sebebiyle kararda indirim uygulanması sebebiyle eksik ceza verilmesi...*”^{*} Şeklinde belirtmek suretiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanma alanının bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca mağdurun sanığa yönelik “*Erkek misin sen be*” demek suretiyle veya cinsel yönden yetersiz olduğunu belirtmek suretiyle hakaret etmesi durumunda da haksız tahrik hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanımızca failin duyduğu elem ve üzüntüye sebep olan davranış ile failin gerçekleştirdiği cinsel istismar eyleminin denk olması gerekmektedir. Aksi halde

^{*} Yargıtay 5. CD. 29.05.2006 T. 2006/402E. ,2006/2577K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

fail hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamak hakkaniyetli olmayacaktır.

Kusurluluğu etkileyen diğer bir hal ise hatadır. Türk Ceza Kanunu kapsamında 30. maddesinde düzenlenmekle birlikte çocukların cinsel istismarı suçunda uygulanabilirliği mağdurun yaşı ve rızası itibariyle olmaktadır. Hata “yanlış ve istemeyerek yapılan yanlış, yanılma ve yanılgi”^{**}dır. Çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun yaşı ve rızası dahilinde failin hataya düştüğü durumları incelemek fail açısından önem arz etmektedir. Mağdurun yaşı itibariyle hata, suçun maddi unsurları kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hatadır. Fail mağdurun yaşı itibariyle on beş yaşını tamamlamış ya da on sekiz yaşından büyük olduğu yönünden kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise fail burada kanun kapsamında hata hükümlerinden yararlanacaktır. Hata halinde fiilin taksirli halinden cezalandırılacağı belirtilmiş olsa da çocukların cinsel istismarı suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmemesi sebebiyle failin cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. (Taner,s.298) Bu hususun incelenmesinde mağdur ile failin tanışık oldukları süre ile mağdurun dış görünüşü ve sosyal çevresi kapsamlı bir şekilde incelenmek suretiyle dikkate alınmalıdır. (Koca/Üzülmez, s.418) Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda, “Failin cinsel birliktelik yaşadığı mağdurun 15 yaşının doldurduğu düşüncesiyle mağdur ile rızası dahilinde yaşadıkları cinsel ilişki sonucu failin mağdurun yaşı konusunda düştüğü hatanın esaslı hata olması halinde fail TCK 30. Madde kapsamında hata hükümlerinden faydalanacaktır. Fail hakkında kasten hareket etmediğinden ve suçun taksirli halinin de mevcut olmaması beraatini gerektirecektir. Ancak somut olayda aynı yerde yaşayan sanık ile mağdur belli bir süre duygusal olarak arkadaşlık yaptığı bu sebeple mağdurun yaşının ufak olduğunu bilmemesi mümkün değildir. Sanığın hiçbir aşamada mağdur hakkında onbeş yaşından büyük olduğunu belirtmediğinden, hata hükümleri uygulanmayacaktır.”^{***} Şeklinde belirtmiştir. Yargıtay diğer bir kararında da “Mağdurun 15 yaşında küçük olduğu olayda sanık ile mağdurenin uzun süredir arkadaş oldukları sanığın mağdurdan büyük olduğu ve cinsel birliktelik yaşadıkları sırada korunma yöntemlerini kullanmalarına rağmen mağdurun gebe kaldığı yönünde beyanları birlikte değerlendirildiğinde sanığın hata hükümlerinden yararlanma imkanı bulunmadığı..”^{***} şeklinde belirtmiştir. Her iki karar incelendiğinde Yargıtay hata hükümlerinin uygulama alanını tespit ederken mağdur ile failin tanışık oldukları süreleri ve aralarındaki iletişim bağının ne derecede

* www.tdk.gov.tr, E.t:16.03.2021

** YCGK 26.11.2013 T. 2013/425E. 2013/516K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:03.02.2023

*** YCGK 02.06.2015 T. 2014/47E. 2015/178K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:03.02.2023

olduğunun tespitine önem vermiştir. Failin mağdurun yaşını bilebilecek durumda olması halinde hata hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay ayrıca mağdurun yaşı itibariyle küçük olup olmadığı hususunun tespiti konusunda hassas davranmaktadır. Bu kapsamda mağdurun suç tarihinde görünüşünün mahkemece gözlemlenmesini ancak şüphe olması halinde bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca mağdurun yaşı konusunda hataya düşen failin de içinde bulunduğu sosyal ve kültürel durum çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. *

Mağdurun rızası bakımından failin hata hükümlerinden yararlanabilmesi için failin tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi bilemeyecek durumda ise, kaçınılmaz hata olarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda zorla gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinde hata hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmayacaktır. Bu konuda Yargıtay bir kararında “*Sanığın mağduru zorla kaçırarak تنها bir eve götürdüğü ve mağdura zorla organ sokarak nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sabittir. Bu konuda hürriyetinden yoksun kılma yönünden mahkumiyet onanarak kesinleşmiştir. Zorla kaçırılıp tutulduğu kabul edilen mağdura yönelik çocuğun cinsel istismarı suçunun hata sonucu işlendiğini kabul etmek tutarsızlıktır. Bozma ilamı, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında birbirine çelişik iki farklı durumu ihtiva etmektedir.*”** şeklinde belirtmek suretiyle zorla gerçekleşen cinsel eylemler sonucu failin hata hükümlerinden faydalanması mümkün olmamaktadır.

Sonuç olarak hata hükümlerinin her somut olaya uygulanma ihtimali olmayacağı muhakkaktır. Hatanın varlığının olup olmadığı ve esaslı hata niteliği taşıyıp taşımadığı mahkemece olayın özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemece hatanın varlığının kabulü halinde failin kasten hareketinden bahsedilemeyecektir. Kanunda suçun taksirli halinin bulunmadığı da göz önüne alındığında failin ceza sorumluluğu oluşmayacaktır.

Kusurluluk durumunu etkileyen diğer bir hal olarak haksızlık yanılığıdır. Hata hükümlerinden farklı olarak failin suçun kanundaki tanımında yar alan maddi unsurlarını bilerek gerçekleştirmesi halinde oluşmaktadır. Ancak gerçekleştirdiği fiilin

* Yargıtay 14. CD. 01.02.2013 T. 2011/8030E. 2013/969K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 09.06.2021 T. 2020/2943E. 2021/4187K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

meşruluğu konusunda hataya düşmektedir. (Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır,s. 398) Bu kapsamda haksızlık yanılığının değerlendirilmesinde fail bireysel veya yaşadığı grubun değerleri ile dikkate alınmalıdır.(Koca/Üzölmez,s.362)Haksızlık yanılığının fail tarafından kaçınılmaz olması durumunda fail cezalandırılmayacaktır. Yargıtay kararında *“5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkrada işlediği fiilden dolayı sorumlu ve kusurlu olması için, fiilin haksızlık meydana getirdiğini bilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu yönünde bir hataya düşmüş ve fiilin, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ise bu yanılığ da kaçınılmaz nitelikte ise cezalandırılmayacaktır. Yanılığın kaçınılmaz olduğunun tespitinde kişinin bilgi, gördüğü eğitim, sosyal ve kültürel şartları, Bilgi düzeyi göz önünde bulundurulacaktır.”** şeklinde belirtmek suretiyle haksızlık yanılığının tespitinde bireysel ve çevresel faktörlerin bir arada değerlendirilmek suretiyle kararın oluşturulması gerektiğini belirtmektedir.

Uygulamada haksızlık yanılığı genel itibariyle erken yaşta evliliklerde görölmektedir. Bu evlilikler ailelerin bilgileri dahilinde olup bulundukları toplumun gelenekleri ve görenekler kapsamında yapılmaktadır. Ayrıca törenler ile çevresindeki insanların katılımıyla gerçekleşmektedir. Bu dini nikah şeklinde gerçekleşen evlilikler kadının hamile kalması ve doğumu için hastaneye gittiklerinde ortaya çıkmaktadır. Dava açıldığında ise; on beş yaşından büyük olan eşin fail olarak ailelerin ise azmettiren olarak sorumluluğuna gidilmektedir. (Koca/Üzölmez, s.418)

Haksızlık yanılığı kapsamında benzer durum son dönemlerde ölkemize gelen Suriyeli vatandaşların gerçekleştirdikleri küçük yaşta dini nikahlı evlilikleridir. Suriye’de ölkemize göre erken yaşta yapılan evlilikler yasal olması sebebiyle failin gerçekleştirdiği fiil yönünden kastı tamdır. Ancak mevcut gerçekleştirdiği evliliğin yasal olduğunu düşünmektedir. Bu konu da Yargıtay’ın kararını incelemek faydalı olacaktır. Yargıtay kararında *“...Yine aynı şekilde Suriyeli vatandaşı sanığın ölkemizde yaşadığı zaman, yaşı, mesleği, dil bilgisi, Türkiye’de duvar ustası olarak çalışması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde TCK’nun 103. Maddesinin tam anlamıyla bilmesi mümkün değil ise de, on beş yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin haksızlık içerdiği konusunda bilgi sahibi olması gerektiğinden hata hükümlerinden yararlanamayacağı Dairemizce kabul edilmiştir. MÖHUK 7. maddesine göre sanık ile*

* YGCK 26.11.2013 T. 2013/517E. 2013/514K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

mağdurun evlenmesinin resmi şekli Türk hukukuna göre yapılmalıdır. Bu durum kamu düzenine ilişkindir. Bu bağlamda, kusur yeteneği bulunan Türk vatandaşının on beş yaşından küçük Suriye uyruklu kız çocuğu ile evlenmesi ve cinsel ilişkiye girmesi durumunda Türk vatandaşının TCK'nın 103/2. maddesi hükümlerine göre mahkumiyetine karar vermek gerekecek, ancak kusur yeteneği bulunan Suriye vatandaşının on beş yaşından küçük Türk vatandaşı kız çocuğu ile evlenmesi ve cinsel ilişkiye girmesi durumunda ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Yukarıda TCK'nın 30. maddesiyle ilgili açıklamalar ışığında dar yorumlanması gereken kurallar ile istisnai durumlar dışında uygulamalar yapılması eşitsiz ve adaletsiz durumlar doğuracak olup, Türk kamu düzeninin bozulmasına sebep olacaktır..." şeklindeki açıklamaya nazaran, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Çocukların Cinseli İstismarı" başlıklı 103. maddesinde, on beş yaşından küçük çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışın bu suçta sebebiyet vereceğinin düzenlendiği, ancak bu düzenlemenin Türk kanunlarına özgü olduğu, Türkiye'ye göç eden Suriye vatandaşlarının on beş yaşından küçüklerle cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmelerinin beklenemeyeceği, mağdure ile sanıkların Suriye ülkesinden göç ettikleri, sanıkların işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştükleri gerekçesiyle haklarında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise de; mağdurun ailesinin daha önceden Suriye ülkesinde tanıdıkları sanık ile mağdurenin evlenmesine izin vermeleri üzerine aynı evde karı koca hayatı yaşamaya başladıkları, suç tarihi olan 07.08.2017 itibarıyla üç yıldır Türkiye'de bulundukları, sanıklardan ... ile ...'nın işçi olarak çalışmaları, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde alınan beyanlarında Türkçe dilini anlamaları ve savunmalarını tercüman olmadan yapabildikleri anlaşılmakla; Suriye uyruklu sanıkların Türkiye'de yaşadıkları süre, yaşları, meslekleri, sosyal konumları, yeterli dil bilmeleri, Türkiye'de işçi olarak çalışmaları gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinde belirtilen düzenlemeyi tüm ayrıntılarıyla bilmeleri mümkün değil ise de, on beş yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin haksızlık içerdiği konusunda hayatın olağan akışına, mantık kurallarına göre bilgi sahibi olması gerektiğinden bu konuda da hata hükümlerinden yararlanamayacağı gözetilmeden, sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığı karar verilmesinde isabet görülmediğinden...." * Şeklinde belirtmekle birlikte Suriye uyruklu

* Yargıtay 14. CD. 26.11.2019 T. 2019/2001E. 2019/12950K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:30.01.2023

vatandaşların gerçekleştirdikleri evliliklerde haksızlık yanılığı yönünden değerlendirme yapabilmek için ülkemizde ne kadar kaldığı, dil ve kültürümüz açısından ne kadar bilgi sahibi olduğu hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Sadece Suriye’de evlenme yaşının düşük olduğu gerekçesi ile haksızlık yanılığına düşüldüğü gerekçesi ile failin cezasız kalması hakkaniyetli olmayacaktır. Sanığın ülke şartlarına ne kadar uyum sağladığı ve erken yaşta evliliğin yasal olmadığını bilebilecek durumda olması hali değerlendirilerek hata hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir.

Haksızlık yanılığı çocukların cinsel istismarı suçunda uygulama alanı bulsa da gelişen teknoloji imkanlar doğrultusunda uygulanma imkanı bulunmadığı değerlendirilmektedir. Gerek ülkemiz vatandaşları açısından gerek Suriyeli vatandaşlar açısından bilgiye ulaşımın bu kadar kolay olduğu çağda verilen eğitimler, televizyon yayınları, gazeteler ve sosyal medya aracılığı ile yapılan bilgilendirmelerden haberdar olmamak mümkün değildir.

2.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

2.8.1. Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu’nun 35. Maddesinde düzenleme alanı bulan teşebbüs hükümleri; failin doğrudan elverişli hareketler ile fiilin icrasına başladığı ancak elinde olmayan sebepler ile eylemi tamamlayamadığı durumlarda uygulanabilecektir.

Failin yukarıda bahsettiğimiz teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulabilmesi için failin cinsel eylemlerin icrasına başlaması gerekmektedir. Salt düşünce aşamasında kalmış bir cinsel istismar eylemi sebebiyle faile teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Hatta bu durum ceza hukukunun uygulama alanı içinde de yer almamaktadır. Yargıtay bir kararında *“Sanıkların evlilik dışı birliktelikleri sırasında birden çok kez cinsel ilişki yaşadıkları olayda yaşadıkları cinsel birlikteliğe kadının kızını dahil etmek istemesi üzerine sanıkların kendi aralarında ve kızıyla bu durumu konuştuğu ancak icrai hareketleri başlamadıkları gerekçesiyle sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulunmadığı..”** şeklinde karar vermek suretiyle icrai hareketlere başlamayan sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için failin cinsel eyleme yönelik doğrudan kastının olması gerekmektedir. Taksirle veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış

* YCGK 29.03.2016T. 2014/60E. 2016/157K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr ,E.t:06.02.2023

suçlarda teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bu tür suçlar bakımından netice istenmediğinden istenmeyen neticeye başlamış bir icrai hareketten de bahsedilemeyecektir. Olası kast durumunda da benzer bir durum söz konusu olmakla birlikte failin kastının neticeye yönelik olmadığı ve olası kast durumunda sorumluluk netice sonuçlarına göre tayin edildiği hususu da dikkate alındığında teşebbüsten bahsedilemeyecektir. (Aydın, s.74)

Çocukların cinsel istismarı suçunda teşebbüs hükümlerini incelemekten önce suçun basit hali ve nitelikli halinin tamamlanma sınırlarının çizilmesi bizim için önem arz etmektedir. Basit cinsel istismar suçu, cinsel tatmin amacıyla gerçekleşen cinsel eylemlerin başlaması ve vücuda temasın yani vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesiyle, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali ise; fail tarafından mağdura organ veya sair mahiyette cismin sokulması ile tamamlanmaktadır. Suçun nitelikli halinin oluşmasında organın veya sair cismin tamamının sokulması gerekmemektedir. Ayrıca failde cinsel tatmin amacı da aranmamaktadır. (Toroslu, s.271)

Çocukların cinsel istismarı suçunun temel veya nitelikli halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanma hali doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; mağdur çocuğun bedenine cinsel tatmin amacıyla yapılan temas anında suç oluşacaktır. Bu sebeple suça yönelik eylemlerin bölünememesi nedeniyle teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır. (Tuğrul, 2010, s. 326-327) Diğer bir görüşe göre ise; suçun sırf hareket neticesinde oluştuğunun kabulüyle birlikte cinsel eylemlerin bölünebilmesinin mümkün olduğu hallerde bu suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmelidir. (Toroslu, s.271) Yargıtay ise kararında “SSÇ’lerin mağduru zorla tuvalete soktukları mağdurun külotunu çıkarıp fiillerini gerçekleştireceği sırada görevlinin gelmesi ile birlikte kaçtıkları sabit olup suçta teşebbüs hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiği...” şeklinde belirtmek suretiyle cinsel istismar suçuna vücut veren eylemlerin bölünebilmesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce de suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada mağdura yönelik gerçekleşecek eylemlerin bölünebilmesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca suçun hangi şartlarda teşebbüs aşamasında kalacağına yönelik

* Yargıtay 14. CD. 18.04.2019 2018/8059E. 2019/9236K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:03.02.2023

genel kurallar koymak mümkün değildir. Failin istismar suçuna vücut veren eylemlerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. (Hakeri,s.479) Örnelemek gerekirse, failin mağdura senin göğüslerini okşayacağım diyerek tehdit etmek suretiyle eylemini gerçekleştirmek için mağdura yöneldiği sırada elinde olmayan sebepler ile tamamlayamadığı takdirde suçun basit haline teşebbüs hükümleri gereği sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada failin kastının mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeye yönelik olduğu görülmektedir.

Suçun nitelikli halinde ise; teşebbüs hükümlerinin uygulama alanının varlığı konusunda birçok farklı görüş vardır. Bir görüşe göre, organ veya sair cisim sokma yoluyla gerçekleşen cinsel istismar eylemi farklı bir suç olarak tanımlanmamaktadır. Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali olması sebebiyle teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda fail nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten değil suçun temel halinden sorumlu olacaktır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.398) Diğer görüşü savunan yazarlar ise; suçun nitelikli halinin unsurları kanunda ayrı olarak tanımlanmıştır. Suçun temel halinden farklı olarak failin organ veya sair cisim sokmasının yeterli olduğu ve ayrıca failde cinsel tatmin veya doyumlanma aranmadığı belirtilmektedir. Bu kapsamda failin organ ve sair cisim sokma kastıyla hareket ettiği sırada elinde olmayan nedenler ile organ veya sair cisim sokma eylemini tamamlayamamış olması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. (Tezcan/Erdem/Önok,s. 472) Konumuz gereği organ ve sair cisim sokma suretiyle çocukların nitelikli cinsel istismarının bağımsız bir suç mu yoksa basit cinsel istismar suçunun nitelikli halimi olduğu yönünde değerlendirmemiz “5.2. *Çocuğu Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi*” başlığı altında incelenmiştir. Bu sebeple bu başlık altında suçun nitelikli hali olarak değerlendirdiğimizi belirtmekle beraber neticenin bölünebilir hareketler ile ayrılabilmesi halinde suçun nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Yargıtay kararları incelendiğinde suçun temel hali ve nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği görülmektedir. Ayrıca aynı durumun cinsel saldırı suçu için geçerli olduğu belirtilmektedir. Mahkeme kararında failin eylemlerinin organ veya sair cisim sokma yönünde olduğu beyanlarından veya hareketlerinden anlaşılması halinde, daha sonra olayın gerçekleşme durumuna göre elinde olmayan sebepler ile fiili tamamlayamaması ve suçun oluşumunda da cinsel doyuma ulaşma şartı

aranmadığından, fail suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.* Bu konuda Yargıtay kararında, “*Sanığın kendi iç çamaşırını çıkardıktan sonra mağdure üzerine yatmak suretiyle onu öptüğü ancak olay yerine gelenlerin olması sebebiyle fiillerine son verdiği hususu değerlendirildiğinde sanığın suçunun nitelikli hale teşebbüs olduğu..*”*** Diğer bir kararında ise, “*Sanığın mağdureye yönelik anal ilişki boyutuna ulaşan eylemleri sonucu mağdurun direnmesiyle birlikte sanığın sokma eylemini gerçekleştirmeden boşalması hali birlikte değerlendirildiğinde suçun nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği..*”*** şeklinde ifade etmekle birlikte suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmiştir.

Bizim görüşümüzde, Yargıtay’ın kararları doğrultusunda olup suçun temel hali ve nitelikli haline teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Suçun sırf hareket suç olduğunun kabulüyle birlikte suçun icrasına başlamadan her olayı kendi özelinde değerlendirmek gerekmektedir. Failin gerçekleştireceği cinsel eylemlere yönelik beyanları veya davranışlarından anlaşıldığı durumlarda elinde olmayan sebepler ile icraya başladığı eylemleri tamamlayamadığı takdirde teşebbüs hükümlerinden bahsedilecektir. Failin her fiili ayrıntılı olarak incelenmelidir. Fail mağdur çocuğun külotunu çıkarma şeklinde başlayan eylemleri ile kendi pantolon ve külotunu çıkarması halinde failin kastının organ veya sair cisim sokma olduğu değerlendirilmelidir. Bu kapsamda failin elinde olmayan sebepler ile eylemi tamamlayamadığı durumda failin nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçundan sorumluluğuna gidilmelidir.

Ayrıca failin cinsel yönden yetersiz kalması sonucu suçu tamamlayamaması durumunda, suçun nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekmektedir. (Tezcan/Erdem/Önok, s.301) Ancak Yargıtay bir kararında “*Sanığın sertleşme sorununa çözüm getirmek amacıyla kullandığı ilacın etkisi ve mağdureye acıması sebebiyle anal yoldan ilişkiye girmek istemiştir. Ancak sanığın cinsel yönden yetersiz kalması sebebiyle gerçekleştiremediği hususu birlikte değerlendirildiğinde sanık hakkında suçun temel halinden hüküm kurulması gerekirken sanık hakkında suçun nitelikli haline teşebbüsten hüküm kurulması..*”**** Şeklinde karar vermesi kabul

*Yargıtay 14. CD. 26.09.2012 T. 2012/5958E. 2012/9003K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 19.03.2015T. 2015/403E. 2015/4735K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:02.02.2023

*** Yargıtay 14. CD. 26.02.2015T. 2013/7100E. 2015/2273K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:02.02.2023

**** Yargıtay 14. CD. 03.05.2016T. 2016/619E. 2016/4514K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:01.02.2023

edilebilir değildir. Şöyle ki, suçun nitelikli hali sadece organ sokmak suretiyle gerçekleşmemektedir. Fail parmak veya duhule müsait bir cisim ile de nitelikli hali gerçekleştirebilir. Failin cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirdiği süreçte gerek beyanları ve gerek davranışları incelendiğinde kastının suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik olması sebebiyle failin sorumluluğunun suçun nitelikli haline teşebbüs olması gerektiği değerlendirilmektedir.

2.8.2. Gönüllü Vazgeçme

Teşebbüs hükümlerinden farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 36. Maddesinde gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçme halinde fail eylemlerinden gönüllü olarak vazgeçmektedir. Bu durumda fail suçun oluşumunu veya sonucunu kendi imkan ve çabaları ile neticeye ulaşmasını engellemiş ise, fail teşebbüs hükümlerinden cezalandırılmayacaktır.

Teşebbüs hükümlerinde failin kendi elinde olmayan nedenler ile işlemeyi kast ettiği suçu tamamlayamaması hali mevcut iken, failin kendi iradesi doğrultusunda işlemeyi kast ettiği suça yönelik eylemlere başlaması ve failin yine kendi iradesi ile suçun icrasından veya neticesinin oluşmasından vazgeçtiği durumlarda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. (Koca/Üzülmez, s. 420). Dolayısıyla failin kendi iradesi ile gösterdiği bir çaba olması gerekmektedir. Fail dış etkenlerden dolayı kaynaklanan bir durum nedeniyle vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmayacaktır. (Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır, s.399)

Gönüllü vazgeçme halinde failin vazgeçme iradesini gösterdiği ana kadar gerçekleştirdiği eylemler başka bir suç teşkil ediyorsa fail o suçtan sorumlu olacaktır. Burada bizim de katıldığımız görüşü örnekleme yoluyla açıklamak gerekirse; failin cinsel istismarın basit halini işleme kastıyla mağdur çocuğa dokunmuş ancak sarkıntılık düzeyini aşmayan dokunma sonrası pişman olarak kendi iradesi ile cinsel eylemlerine devam etmemiş ise; burada faile basit cinsel istismar suçundan gönüllü vazgeçtiğinin kabulü gerekir. Ancak failin o aşamaya kadar gerçekleştirdiği eylemler sarkıntılık halinde çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturması sebebiyle fail bu suçtan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde failin kastının organ veya sair cismin sokulması yönünde olduğu durumlarda icra hareketlerine başlayan failin, suçun nitelikli halinden kendi iradesi ile vazgeçtiği durumlarda suçun nitelikli halinden gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Ancak failin çocuğun vücut dokunulmazlığını cinsel eylemler ile ihlal

etmesi sebebiyle suçun temel halinden sorumlu olacaktır. Yargıtay, “*Sanık ile mağdurenin evde baş başa kaldığı tarihte sanığın fiillerine başladığı ve sonucunu getirme imkanı bulunmasına rağmen başkaca bir engeline bulunmadığı değerlendirildiğinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği...*”^{*} şeklinde verdiği kararda sanığın gönüllü vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği eylemlerden sorumlu olduğunu belirtmektedir.

Suçun işlenmesinde birden fazla failin olması halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkündür. Yargıtay, “*Suç tarihinde on altı yaşı içerisinde bulunan mağdureyi diğer sanıklarla beraber zorla bir araca bindirerek kaçırdıktan sonra getirdiği evde cinsel ilişkiye girmek istemesi ancak mağdurenin direnmesi üzerine eylemine son vermesi şeklinde gerçekleşen olayda sanık ...'nın, diğer sanıklarında hazır olduğu ortamda eylemlerini tamamlama imkânı bulunduğu halde herhangi bir direnme ve engel olmamasına rağmen vazgeçtiğinin anlaşıldığı, bu sebeple sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği...*”^{**} şeklinde karar vermek suretiyle birden fazla failin suç işlediği hallerde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Ancak suçun işlenmesi sırasında faillerden birinin kendi iradesi ile vazgeçmesi ve diğer faillerin suçu işlememesi için gerekli cabayı göstermesi durumunda sadece o fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanacaktır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.399) Birden fazla fail ile işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümleri diğer faillelere sirayet etmemekte ve diğer failler suçun tamamlanmamasından dolayı sorumlu olacaktır. (Aydın s. 9)

2.8.3. İştirak

Türk Ceza Kanunu 37. ve 40. maddeleri arasında, kanun koyucu tarafından iştirak hükümleri düzenlenmiştir. İştirak hükümleri kanunda tek fail tarafından işlenebilen suç tiplerinin, birden çok failin oluşturduğu fikir birliği içinde işlenmesi halinde gündeme gelecektir. (Hakeri, s.437) Kanun maddeleri incelendiğinde suça iştirak; müsterek faillik, azmettirme, yardım etme ve dolaylı faillik gibi türlerde karşımıza çıkmaktadır.

* Yargıtay 14. CD. 17.06.2019T. 2015/6644E. 2019/10010K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:04.02.2023

** Yargıtay 14. CD. 15.10.2018T. 2018/4818E. 2018/5945K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:04.02.2023

Suçta iştirak hükümleri kapsamında iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun asgari teşebbüs seviyesine ulaşmış olması gerekmektedir. Diğer taraftan bazı suçların işlenebilmesi için failin taşıması gereken özelliklerin de mevcut olması gerekmektedir. Bu tür suçlarda özel nitelik taşımayan fail suça iştirak edemeyecektir. Ancak azmettirme veya yardım eden konumunda bulunabilmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçunda iştirakın her halinin uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkündür. (Yokuş, s.292) Yukarıda da bahsettiğimiz gibi iştirak hükümleri farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak TCK 37/2. maddesinde düzenlenen dolaylı fail; bir suçun gerçekleşmesinde bir başka kişiyi kullanan olarak tanımlanmaktadır. Dolaylı faillik hükümlerinin uygulandığı cinsel eylemlerde failin mağdur üzerinde doğrudan bir temasının olması gerekmemektedir.(Taneri/Kamışlı,2018,s.347) Bu durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse; mağdur erkek çocuğunun penisini zorla kendi cinsel organına sokturan fail ile mağdura zorla cinsel organını tutturan failin dolaylı fail olduğunun kabulü gerekmektedir. Suç ve ceza ilişkisi bakımından incelendiğinde failin temel cezadan cezalandırılması gerekmektedir. (Erdem/Tezcan/Önok, s.478) Yargıtay bir kararında *“Çocuk mağdurun cinsel organını poposuna girmesini sağlayan sanığın eylemi, dolaylı fail konumunda olması nedeniyle TCK'nın 103/2. maddesindeki suçun tipiklik unsurunun oluşmaması, tarafların birbirlerini daha önceden tanımadıklarının ve sanığın mağdurdaki akıl zayıflığını bilmediğinin tespiti halinde; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur.”** Şeklinde belirtmek suretiyle failin mağdura kendi vücudu üzerinde organ sokturması şeklinde gerçekleşen cinsel istismar suçunda failin dolaylı fail olarak değerlendirilmesi gerektiğini ancak suçun nitelikli halinin oluşmadığını belirtmektedir. Kanımızca nitelikli cinsel istismar suçunun tipikliğini karşılamasa da bu durumda failin dolaylı fail olarak değerlendirilmesi gerektiği muhakkaktır. Gerçekleşen cinsel eylemin organ sokmak suretiyle gerçekleştiği ve failin bu eylemin gerçekleşmesinde hakimiyetinin olduğu sabit olması sebebiyle failin dolaylı faillik hükümleri gereği nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu olması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Müşterek faillik ise; suçun işlenmesi sırasında birden fazla failin bulunması ve tüm faillerin suçu birlikte işlemesi durumunda oluşmaktadır. (Tezcan/Erdem/Önok,

* Yargıtay 14. CD. 02.03.2015T. 2013/6245E. 2015/2305K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:04.02.2023

s.478) Ayrıca her bir failin suçun gerçekleştiği sırada suç üzerinde kurdukları hakimiyetin tespit edilmesi halinde gündeme gelecektir. Yargıtay kararında “*Olay günü mağdurenin sanıkların daveti üzerine rızasıyla sanık ...'in kullandığı araca binip arka koltukta oturduğu, daha sonra yanına gelen sanık ...'un üzerine atılı basit cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirmeye başlaması üzerine mağdurenin sanık ...'den aracı kenara çekmesi ve inceğini belirtmesine rağmen aracı durdurmamayan sanığın müşterek fail olarak değerlendirileceği,*”^{*} şeklinde belirtmiştir. Bu kapsamda faillerin fikir ve eylem birlikteliği içinde ortak hakimiyet kurmaları önem taşımaktadır. Her bir fail ayrı ayrı birden fazla kişiyle gerçekleşen çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır.

Suçun faillerden biri mağdurun ellerinden tutarak etkisiz hale getirmesi diğer faillerinde nitelikli istismar suçunu işlemeleri halinde her bir fail müşterek faillik hükümleri gereği suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Yargıtay kararında, “*Tüm dosya kapsamı deliller ile birlikte değerlendirildiğinde olay günü Sanıkların fikir birliği içinde olmak üzere mağdura yönelik sırayla ve aynı ortamda mağdurun rızası dışında organ sokmak suretiyle cinsel ilişki yaşadıklarının tespiti ile her bir sanığın birden fazla kişiyle suçu işlemeleri sebebiyle müşterek olarak sorumluluğuna gidilecektir*”^{**} şeklinde belirtmiş olup faillerin mağdurla zorla ve sırayla birlikte oldukları ve mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurmaları sebebiyle müşterek fail olduklarına karar vermiştir. Çocukların cinsel istismarı suçu yönünden müşterek faillik suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali 103/3-a maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Faillerin birden fazla olması sebebiyle ceza artırımı yoluna gidilecektir. Bu durumda her faile işlemiş oldukları nitelikli halden ceza tayin edilecek olup ayrıca suçun birden fazla kişi tarafından iştirak hükümleri çerçevesinde birlikte işlenmesi nedeniyle ayrıca her fail TCK 43. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümlerinden dolayı sorumlu olacaktır. (Aydın, s.44)

Diğer bir iştirak türü olarak nitelendirebileceğimiz azmettirme, kişide suç işleme düşüncesi bulunmadığı halde suçun işlenmesi yönünde kişide kararın oluşmasının sağlanmasıdır. (Yokuş, s.293) Bu suçu işleme yönünden kişiyi yönlendiren kişi de azmettiren olarak tanımlanabilir. Azmettiren kişinin oluşan suç kapsamında bir

* Yargıtay 14. CD. 06.03.2019T. 2018/4777E. 2019/7860K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:04.02.2023

** Yargıtay 14. CD. 20.03.2019T. 2018/10211E. 2019/8401K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:03.02.2023

sorumluluğuna gidilebilmesi için aklında suç kastı bulunmayan kişiye suçu işletmek amacıyla ikna etmesi ve suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekmektedir. Azmettirme kasıtlı hareketler ile işlenebilmektedir. Ayrıca kişide suçun işlenmesine yönelik karar daha önceden oluşmuş ise, burada azmettirme değil manevi yardımdan bahsedilecektir. Azmettirme hususuna örnek vermek gerekirse; Cinsel istismar fiilini gerçekleştirmeye yönelik bir fikri olmayan oğlunu, bu suçu işlemesi için azmettiren baba TCK 38. maddesi kapsamında cinsel istismar suçundan sorumlu olacaktır. *

Yardım eden olarak iştirakta ise; yardım edenin ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Burada yardım eden kavramını Yargıtay, *“kişi işlenen bir suça manevi ya da maddi olarak destekte bulunduğu takdirde o suçtan yardım sıfatıyla sorumlu olacaktır.”*** şeklinde açıklamıştır. Yardım eden kavramı, çocukların cinsel istismarı suçunda cinsel eylemlerin işlenmesi konusunda fikir veya maddi olarak failin desteklenmesi halinde gündeme gelmektedir. Küçük yaşlarda yasal olmayan evliliklerde, ebeveynlerin bulunduğu durum örnek gösterilebilir. Ancak ebeveynlerin durumu hakkında yargı kararlarında bir fikir birliği oluşmamıştır. Yargıtay eski kararlarında anne ve babayı asli fail olarak değerlendirildiği görülmektedir.*** Yargıtay’ın eski mülga Türk Ceza Kanunu’ndan beri küçüğün kanuna aykırı şekilde evlenmesine onay veren anne ve babanın yardım eden sıfatıyla sorumlu olduğuna dair hükümleri de mevcuttur. (Tezcan/Erdem/Önok, s.478) Yargıtay bir kararında, *“15 yaşından küçük kızını para karşılığı evlendirmek için diğer sanık ile anlaşılan sanığın parayı temin etmek için bankaya gittikleri sırada sanığı atlatan diğer sanığın mağduru olarak kaçtığı ve bu süreçte cinsel eylemlerde bulunduğu hususu birlikte değerlendirildiğinde sanığın suçun işlenmesini kolaylaştırdığı gerekçesi ile iştirak hükümleri gereği cezalandırılması gerektiği..”***** şeklinde belirtmiştir. Aynı doğrultuda kızını başlık parası için zorla evlendiren babanın çocukların cinsel istismarı suçunda müşterek fail olarak sorumlu olduğunu belirten kararı da mevcuttur. (Taner, 2017 s.346) Yargıtay diğer bir kararında *“Tüm dosya kapsamı incelendiğinde sanığın öz kızını başlık parası karşılığı rızası dışı evlendirdiği sabit olup sanık hakkında yardım eden hükümleri*

* Yargıtay 14. CD. 01.11.2016 T. 2016/6825E. 2016/7535K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.07.2022

** Yargıtay 14. CD. 22.02.2018 T. 2017/5593E. 2018/1305K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:10.04.2021

*** Yargıtay 5. CD. 23.10.1986 T.5095-4175K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.T: 10.04.2021

**** Yargıtay 14. CD. 09.03.2017 T. 2016/7401E. 2017/1238K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.07.2022

uygulanmak suretiyle az ceza tayini..”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle başlık parası almak suretiyle mağduru evlendirmesi halinde müşterek fail olarak sorumlu olacağını belirtmiştir. Yargıtay kararları incelendiğinde kararlara dayanak teşkil eden sebepler, suç işleme kastını kaldırmamaktadır. Ebeveynler bakımından haksızlık yanılığı çerçevesinde değerlendirme yapmak suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmamaktadır. (Yokuş, s.155) Bu kapsamda ebeveynlerinde küçük yaşta evliliğe müsaade etmeleri veya çocuklar üzerinde baskı yapmaları suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır.

2.8.4. İçtima

Ceza hukukumuzda gerçek içtima kuralı benimsenmiş olup Yargıtay Ceza Genel kurulunun 2014 tarihli kararını incelediğimizde; 5237 sayılı kanunun hazırlanmasında esas olan durumunun “*ne kadar fiil varsa fiil kadar suç ve ne kadar suç oluşmuş ise o kadar cezanın olacağıdır.*”^{**} Yani gerçek içtima kuralı kabul edilmiştir. Bu kapsamda suçun nitelikli halini işleyen failin durumun ortaya çıkmaması adına mağduru öldürmesi halinde failin kasten öldürme ve nitelikli cinsel istismar suçundan sorumluluğu oluşacaktır. Aynı durumda failin cinsel istismar suçunu işlediği sırada uyguladığı cebri TCK 87. Maddesinde düzenlenen neticelere sebebiyet vermesi halinde ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumluluğu oluşacaktır. (Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır s.399) Benzer diğer bir durum olan işkence suçunun çeşitli işleme yöntemleri bulunmakla beraber bu suçun cinsel istismar suçuna vücut verecek şekilde işlenmesi halinde de gerçek içtima hükümleri uygulanarak failin hem cinsel istismar suçundan hem de işkence suçundan sorumluluğuna gidilecektir. (Taneri/Kamışlı,s.327) Failin görüntü kaydı üretmek adına gerçekleştirdiği istismar eylemlerini kayıt altına alması halinde de failin cinsel istismar ve müstehcenlik suçundan sorumluluğuna gitmek gerekecektir. (Özek/Doğan/Bacaksız, s.378) Ayrıca cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması gerekmekte olup failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak cinsel istismar suçu bakımından mecburi olmayan hürriyetinden yoksun kılma hali için failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluğu gerekecektir. (Özen, s.486)

Diğer bir deyişle içtima suçların toplanması olarak değerlendirilebilir.

^{*} Yargıtay 14. CD. 13.07.2011 T. 2011/46E. 2011/41K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.07.2022

^{**} YCGK18.11.2014 T. 2013/4-663E., 2014/498K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t.:09.08.2022

(Koca/Üzölmez, s.421) Cinsel istismar suçu ile oluşan çeşitli suçlar bakımından özel olarak ayrıca bir içtima hali düzenlenmemiş ise gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak hayatın sürekli değişen yapısı ve insan davranışlarının önceden öngörmenin imkansız olması gibi nedenler ile gerçek içtima kurallarının istisnalarının olması kaçınılmazdır. Türk Ceza Kanunu da bu istisnaları kanunun 5. Bölümünde yer alan; 42. maddesinde bileşik suç, 43. maddesinde zincirleme suç, 44. maddesinde fikri içtima hükümleri olarak düzenlemiştir.

2.8.4.1. Bileşik Suç

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 42. maddesinde tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: *“Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olmasından dolayı tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”* Bileşik suç kavramında farklı iki suç birleşmekte ve yeni bir suç oluşmakta veya mevcut suçun başka bir suçun ağırlaştırıcı hali olması durumudur. Burada fail birleşen suç yönünden sorumlu olmaktadır. (Birtek,s.433) Bu kapsamda çocukların cinsel istismar suçunu bileşik suç hükümleri altında incelemek gerekirse TCK 103/1-b maddesinde yer alan on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cebir ve tehdit ile işlenmesi suçun unsuru iken, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından ise suç TCK 103/4 maddesinde yer alan nitelikli halini oluşturmaktadır. Hem suçun unsuru hem de nitelikli haline vücut vermesi bakımından faile tehdit ve cebir suçlarından ayrıca ceza verilmeyecektir. (Parlar/Banko, s.110) Yargıtay kararında *“15 yaşını tamamlamış mağdura yönelik gerçekleşen cebrin istismar suçunun unsuru niteliğinde olması sebebiyle sanık hakkında suçun nitelikli halinden hüküm kurulması”** Şeklinde belirtmek suretiyle cebir kullanma halinin suçun unsuru olduğunu ifade etmiştir. Ancak yukarıda belirttiğimizden farklı olarak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağırlaştırılmış neticesine sebep vermesi halinde TCK 103. madde 5. fıkra gereği kasten yaralama suçundan da faile ceza verilecektir.

Benzer olarak cinsel istismar eylemi ile sınırla kalmak koşuluyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden de bileşik suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Kanun koyucu mağdurun cinsel istismar eylemi sırasında hürriyetinden

* Yargıtay 14. CD. 13.05.2014 T. 2012/7701E. 2014/6510K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

yoksun kalma halini suçun unsuru olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluğuna gidilmeyecektir.* Ancak istisnai olarak on beş yaşını tamamlamamış çocuklar özelinde Yargıtay farklı bir uygulama benimsemiştir. Yasal bir düzenleme olmamasına rağmen uygulamada geçerli olan bu durum Yargıtay kararında “ 15 yaşını tamamlamamış mağdur ile birlikte köyün bulunduğu dağlık alana giden sanık ile mağdurun cinsel birliktelik yaşamaları sebebiyle sanık hakkında ayrıca mağdurun ailesinin haberi olmadan dağa götürmek suretiyle hürriyetinden yoksun kıldığıının kabulü ile...”** Şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay on beş yaşını tamamlamış mağdur çocuğun rızasının hukuken geçerli olmayacağı gerekçesi ile failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir.

2.8.4.2. Zincirleme Suç

Zincirleme suç hükümleri TCK 43. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Zincirleme suç; failin aynı suçu işleme kastıyla ve mağdurunda aynı olması şartıyla, farklı zamanlarda işlenmesi hali olarak tanımlanabilir. Bazı yazarlar zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı mağdura aynı suçu işleme kastıyla farklı zamanlarda suçun işlenmesi gerektiğini ancak failin suç işlemeye yönelik kastının farklı zamanlarda tekrarlayacağı sürenin uzun olmaması gerektiğini belirtmektedir. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.379) Yasa koyucu aslında her fiil sonucu ayrı bir suçun oluştuğunu ancak zincirleme suç hükümlerinin bulunması halinde tek bir suç üzerinden ceza artırımı yoluyla failin cezalandırma yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanunun eski halinde mevcut bulunan zincirleme suç hükümleri cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunda uygulanma imkanı bulunmamaktaydı. ETKK 43/3. maddesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının da bulunduğu bir grup suçlar sayma yoluyla belirlenmiş ve bu suçlar yönünden zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak 5377 sayılı kanunun 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu ilgili maddeden cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları çıkartılmış ve bu suçlar hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir. (Özbek/Doğan/Kanbur/Bacaksız/Tepe, s.379) Yasa koyucu yaptığı değişikliğin

* Yargıtay 14. CD. 05.06.2017 T. 2017/2091E. 2017/3063K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:10.03.2021

** Yargıtay 14. CD. 20.02.2018 T. 2018/992E. 2018/1176K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

gerekçesinde “Suçun birden fazla olarak aynı şahsa karşı işlenmesi halinde uygulanan gerçek ictima hükümleri gereği, hakimlerin suçun ispatında yaşanan güçlükler de dikkate alınarak ölçüsüz cezalandırmayı gidermek adına maddeden çıkarılmıştır.”* ifadelerine yer vermiştir. Yasa koyucunun yapmış olduğu değişikliğe katılmak çok mümkün değildir. Hakim ve savcıların ispat sorunu ile karşılaşması ve ceza miktarlarının yüksek olması yapılan değişikliği yeterince gerekçelendirememektedir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı diğer suçlara göre cinsel istismar suçunu daha önemsiz olarak görmek kabul edilemez. Ayrıca cinsel istismar ve cinsel saldırı suçları doğrudan insan vücudunu hedef almaktadır. Bu sebeple mağdurunun doğrudan insan olması sebebiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına uygun değildir. (Özen, s.154) Ayrıca Kanun koyucu yaptığı değişiklik ile eylemler arasında ne kadar bir zaman aralığı geçmesi gerektiği hususunda bir düzenleme yapmamıştır. Ancak Yargıtay bir kararında “2007-2009 yılları arasında eğitim gördüğü okulda mağdura yönelik gerçekleşen cinsel eylemler arasında hukuki bir kesinti olmaksızın ve sanığın eylemler arasında kastının yenilenmediğinin tespiti ile sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken...”** şeklinde hüküm kurmak suretiyle hukuki bir kesintinin olmaması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca bu süre makul bir süre olmalı ve failin bu sürede aynı kast ile gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti gerekmektedir. (Küskü, s.136)

Yapılan değişiklik ile zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulmasıyla birlikte değerlendirilmesi gereken husus, failin birçok mağdura bir fiille gerçekleştireceği yani aynı neviden fikri ictima kapsamında eylemlerde zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Bazı yazarlarla birlikte bizim de aynı kanaatte olduğumuz görüş, çocukların cinsel istismarı suçunda tek fiil ile farklı mağdurlara yönelik bu suç işlenemeyecektir. Fiil gerçekleştiği anda suçun oluştuğu hususu dikkate alındığında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.399)

Çocukların cinsel istismarı suçunu işleyen failin suç işleme kastıyla gerçekleştirdiği eylemlerin art arda gerçekleştiği durumlarda failin tek suçtan mı yoksa birden fazla suçtan mı sorumlu olacağı önem arz etmektedir. Kastın bu durumda tek

* “5277 Sayılı kanunla yapılan değişiklik gerekçesi” www.tbmm.gov.tr, E.t:29.01.2023

** Yargıtay 14. CD. 29.06.2012 T. 2012/5815E. 2012/7492K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

olması sebebiyle aynı kast içinde birden fazla eylem ile bu suçun oluştuğunu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için farklı suçların varlığının gerekmesi sebebiyle burada hükmün uygulanamayacağı belirtilmektedir. (Tezcan/Erdem/Önok,s.475) Ayrıca her olay kendi özelinde değerlendirilmek koşuluyla yapılan incelemede kastın yenilendiğine dair bir süre geçmemiş ise aynı kast ile art arda gerçekleşen cinsel eylemler nedeniyle tek suçun oluşacağının kabulü gerekmektedir. (Yokuş, s.136-137)

Yargıtay bu konudaki görüşlerinde zamana göre değişiklik meydana gelmiştir. Eski tarihli kararlarında failin art arda gerçekleşmek üzere mağdur üzerinde önce oral sonra vajinal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği nitelikli istismar suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik karar vermiştir.* Yargıtay kararından vazgeçerek farklı vücut boşluklarına organ sokma şeklinde art arda gerçekleşen eylemleri tek suç olarak değerlendirmiş ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir.** Yargıtay bir kararında da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini, “*Olay tarihinde sanık tarafından mağdura yönelik önce anal sonra oral yoldan cinsel eylemlerde bulunması durumunun eş zamanlı gerçekleştiği hususu dikkate alınmadan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sonucu fazla ceza tayini...*”*** şeklinde ifade etmiştir. Burada mahkemenin görüş değiştirmesinde etkenin failin kastının yenilenmesi gerektiği eylemler arasında uzun sayılabilecek kadar bir sürenin geçmesi gerektiği görüşünün benimsenmesidir.

Aynı durum sarkıntılık halinde kalan cinsel istismar suçu ile basit cinsel istismar suçunda da geçerli olup failin sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel eylemlerine başlamak suretiyle devamında kastının yenilenmeyeceği kadar kısa sürede basit cinsel istismar hatta nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği varsayıldığında tek suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Suçun nitelikli hali-basit hali ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçunda genel-özel norm ilişkisi nedeniyle zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçu suçun basit ve nitelikli haline göre daha özel şartlar taşıması nedeniyle unsurları oluştuğu takdirde uygulanacaktır. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarının temel hali ve nitelikli

* Yargıtay 5. CD. 23.02.2006 T. 2005/19512E. 2006/1058K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:23.04.2021

** Yargıtay 5. CD. 18.02.2010 T. 2009/13331E. 2010/1240K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:10.04.2021

*** Yargıtay 14. CD. 26.09.2016 T. 2016/2741E. 2016/6598K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

hali ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış cinsel istismar suçu arasında zincirleme suç ilişkisinin varlığından bahsedilemez. (Koca/Üzülmez, s.421)

Kanaatimizce zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi açısından failin farklı zamanlarda suç işleme kastının olması gerekmektedir. Failin aynı kast ile başladığı cinsel eylemlerini olayın akışına göre değiştirmesi kastının yenilendiği anlamına gelmeyeceği için tek suçun varlığından bahsetmek gerekecektir. Bu sebeple zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak önem arz eden ve hassasiyetle üzerinde durulması gereken nokta; her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği olup failin kastının yenilendiğinin dikkatli bir şekilde tespiti gerekmektedir. Aksi takdirde failin bütün eylemlerini tek bir suç olarak değerlendirmek, failin lehine olan bir durum olup fail adeta ödüllendirilecektir.

Müşterek faillerin aynı zaman aralığında mağdura yönelik birbirlerini takip eden cinsel istismar suçuna vücut veren eylemleri gerçekleştirmeleri halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu konuda aynı suç sebebiyle iki defa cezalandırılmanın kabul edilemeyeceği de belirtilmektedir.(Koca/Üzülmez, s.368) Ancak Yargıtay bu konuda “Zeka geriliği bulanan mağduru rızası dışından sanıkların evlerine götürdükleri olayda sanıkların sırasıyla mağdur ile cinsel birlikteliğe varan ilişki yaşadıkları hususu birlikte değerlendirildiğin de her bir sanığın birbiri ardına gerçekleştirdiği eylemler ve suç üzerinde kurdukları hakimiyet sonucu suçun nitelikli halinin oluştuğu ve sanıklar hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği....”^{*} Karar vermek suretiyle müşterek faillerin birbiri ardına mağdur ile ilişkiye girmeleri sebebiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

2.8.4.3. Fikri İçtima

Fikri içtima hükümleri kanunun 44. maddesinde “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında failin tek fiiliyle birden fazla şekilde cezalandırılmasını gerektirecek ceza normunu ihlal etmesi durumunda fikri içtima hükümleri uygulanmaktadır. Failin ihlal ettiği ceza normlarının bir bölümünün genel, bir bölümünün özel ceza kanunlarından oluşmasında da fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. (Koca/Üzülmez, s.421) Bu hükümlerin uygulanması kapsamında fail birçok suçun oluşmasına neden olmuştur ve faile en ağır

^{*} YCGK 04.12.2018T. 2016/1430E. 2018/602K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

olan yaptırım uygulanacaktır.

Fikri ıçtima hükümlerinin aynı neviden fikri ıçtima ve farklı neviden fikri ıçtima olarak incelememiz konuyu daha rahat anlatmamızda faydalı olacağı kanaatindeyiz. Aynı neviden fikri ıçtima hükümleri tek bir fiil ile birden fazla mağdura, aynı suçun işlenmesi durumudur. Aynı neviden fikri ıçtima hükümlerine Yargıtay kararları ışığında örnek vermek gerekirse; failin birden fazla mağdura silah göstermek suretiyle tehdit etmesi*, failin bir arada bulunan mağdurlara cinsel organının göstermesi durumunda** fikri ıçtima hükümleri uygulanarak fail TCK 43/2 maddesi kapsamında cezalandırılacaktır. Ancak aynı durumu çocukların cinsel istismarı suçu için uygulama alanı bulması mümkün değildir. Tek bir fiil ile birden fazla çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi teknik olarak mümkün olmayacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunun fiille birlikte gerçekleşmesi nedeniyle her mağdur için fail ayrı ayrı cezalandırılma yoluna gidilecektir. (Artuk/G k  en/Alşahin/ akır, s.399)

Farklı neviden ıçtima hükümleri ise; esasında kanunun 44. maddesinde fikri ıçtima hükümleri kapsamında bulunmaktadır. Bir fiil ile birçok kanun maddesinin ihlalinde faile ağır olan cezanın tatbik edilmesi halidir. (Yılmaz, 1992, s.283) Konumuz gereği, fikri ıçtima hükümlerini çocukların cinsel istismarı özelinde inceleyeceğiz. Çocukların cinsel istismarı suçuna vücut veren fiil aynı zamanda kötü muamele, eziyet, aile hukukundan kaynaklanan yükümlüğünün ihlali gibi çeşitli suçların oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bu gibi durumlarda failin cinsel istismara vücut veren eylemleri birden çok ceza hükmünü ihlal etmesi sebebiyle fail hakkında fikri ıçtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Fail hakkında uygulanan fikri ıçtima hükümleri gereği fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluğuna gidilecektir.

Uygulamada karşımıza sıklıkla çıkan bir durum olan çocukların cinsel istismar suçunda, failin cinsel eylemlerini gerçekleştirebilmesi için mağduru hürriyetinden yoksun kılma halidir. Ayrıca bu suçun ağırlaştırıcı hali olarak cinsel amaçla hürriyetinde yoksun kılan failin cezası ağırlaştırılarak tatbik edilmektedir. Burada ayırımın yapılabilmesi için failin gerçekleştirmek istediği cinsel eylemler süresince mağdur hürriyetinden kısıtlanmışsa ayrıca bu suçtan sorumlu tutulmayacaktır. Ancak bu süreyi

* Yargıtay 14. CD. 27.09.2016 T. 2016/5884E. 2016/6618K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t: 13.04.2021

** Yargıtay 14. CD. 02.12.2015 T. 2014/118651E. 2015/11267K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:25.04.2021

aşan cinsel eylemleri dışında fail mağduru hürriyetinden kısıtlamış ise ayrıca bu suçtan da ceza tayin edilecektir. Yargıtay'ın bir kararında, “*Dosya kapsamında yapılan inceleme sonucunda sanığın mağdurenin odasına girmek suretiyle cinsel eylemlerde bulunduğu kabulü ile birlikte söz konusu istismar suçunun konusunun mağdurun vücudu olması sebebiyle mağdurun hürriyetinden yoksun kılınmadan eylemlerin gerçekleştirilemeyeceği ve bu süreç dahilinde mağdurun hareket kabiliyetinin kısıtlanması sebebiyle sanık hakkında ayrıca bu suçtan ceza verilemeyeceği..*”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacağı sınır ifade edilmiştir. Belirtilen tespiti örneklemek gerekirse; cinsel istismar amacıyla sokakta bulunan mağduru arabaya bindirip bir dağ evine götüren failin eylemleri sadece cinsel istismar suçuna vücut verecek süre zarfı içinde bulunmaması sebebiyle fail bu suçtan da sorumlu olacaktır. (Koca/Üzülmez, s.421)

Kanaatimizce bu durumunda failin gerçekleştirdiği eylemlerin soruşturma ve kovuşturma aşamasında detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçunda fail eylemini aynı suç işlemeye kastıyla farklı zamanlarda gerçekleştirdiği takdirde zincirleme suç hükümleri gündeme gelecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ise; kastın yenilenmesi durumunda failin artık sadece cinsel eylemleri ile sınırlı hürriyetinde yoksun kılma hali aşılmış olacaktır ki bu durumda fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaç ile işlemesi sebebiyle ayrıca bu suçun nitelikli halinden de cezalandırılması gerekecektir. Failin cinsel eylemlere ne zaman başladığının ve ne zaman sona erdiğinin tespit edilmesi önemlidir. Bu tespit kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşup oluşmadığının tespitinde faydalı olacaktır.

2.9. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Karşılaştırılması

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar farklı maddelerde belirtilmiştir. 102. Maddede “*Cinsel Saldırı*”, 103. maddede “*Çocukların Cinsel İstismar Suçu*”, 104. maddede “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*” ve 105. maddede “*Cinsel Taciz Suçu*” olmak üzere 4 kategoride düzenlenmiştir.

^{*} Yargıtay 14.CD 2018/7304E. 2019/10581K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t: 15.04.2021

2.9.1. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma

Bir kimsenin başka bir kişiye cinsel tatmin amacıyla fiziksel müdahalede bulunması sonucu vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi halinde cinsel saldırı suçu meydana gelecektir. (Toroslu,s.64) Cinsel istismar ise; cinsel davranışların çocuğa karşı uygulanmasıyla oluşmaktadır. (Toroslu, s.64)

İki suç bakımından en önemli fark, cinsel saldırı suçunda mağdur yetişkin iken cinsel istismar suçunda ise mağdur çocuktur. (Korkusuz, 2013, s. 825) Yargıtay’ında on sekiz yaşını tamamlamamış suç mağduru çocuğa yönelik gerçekleşen cinsel nitelikte eylemlerin cinsel istismar suçunu oluşturduğu yönünde yerleşik içtihatları mevcuttur.* Kanun koyucu yetişkinlere yönelik saldırı kavramını kullanırken çocuklara yönelik istismar kavramını kullanmıştır.

Her iki suç kapsamında diğer önemli fark, mağdurun rızasının varlığıdır. Cinsel saldırı suçu bakımından mağdurun rızasının fiilden önce veya fiilin işlenmesi sırasında var olması halinde fiil hukuka uygun hale geleceği için fail cezalandırılmayacaktır. Ancak çocukların cinsel istismarı suçunda Türk Ceza Kanunu’nun 103/1. maddesinde de belirtildiği üzere 15 yaşını tamamlamamış ve 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar açısından mağdurun rızasının bir önemi bulunmamaktadır. (Koca/Üzülmez,s.403)

2.9.2. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma

Cinsel taciz suçu TCK’nın 105. maddesinde düzenlenmiş olup, bireyin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden, cinsel tatmin veya arzuların bildirilmesi niteliğinde hareket, söz ve davranışlardır. (Meran,2008, s.547) Tanımdan da anlaşılacağı gibi istismar suçunda mağdurun bedenine yönelik bir temas gerekirken, cinsel taciz suçunda mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilmemektedir.

Cinsel taciz suçu ile çocukların cinsel istismarı suçu arasındaki diğer farklılık kendini mağdurun yaşı itibarıyla göstermektedir. İstismar suçunda mağdur sadece çocuk olabilirken, cinsel taciz suçunda yetişkin ve çocuk mağdur konumunda olabilmektedir. (Aydın, s.97) Ayrıca şikayet hususunu da incelemek gerekmektedir. Yargıtay bu konuda

* Yargıtay 14.CD. 12.10.2015 tarihli 2013/9483E. 2015/9186K. Sayılı kararı, Yargıtay 14.CD. 21.06.2021 tarihli 2017/4917E. 2021/4381K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t: 10.01.2021

çocuğa yönelik cinsel taciz suçunun şikayete tabi olduğunu belirmiştir.* Cinsel istismar suçunda ise, failinde çocuk olması halinde sarkıntılık düzeyinde kalan istismar suçunda, failin cezalandırılması için şikayet şartını aramıştır. Ancak failin yetişkin olması halinde soruşturma ve kovuşturma şikayete tabi olmayacaktır.

2.9.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma

Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesi kapsamında düzenlenmiş bulunan, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel istismar suçunda mağdur çocuktur. Ancak bu iki suçu ayıran önemli nokta, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mağdurunun, on beş yaşını tamamlamış çocuk olması ve mağdurun faille birlikte rıza dahilinde cinsel birliktelik yaşaması gerekmektedir. Cinsel istismar suçunda mağdur ise, on beş yaşını tamamlamamış, on beş yaşını tamamlamış olmakla beraber algılama yeteneği gelişmemiş veya on beş yaşını tamamlamış olmakla beraber iradesi fesada uğramış çocuklardır. Bu fesat hali tehdit, cebir, hile ve başka bir nedenden kaynaklı olabilir. (Artuç, s.224)

Ayrıca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları bakımından daha sınırlı bir fiil öngörülmüştür. Cinsel istismar suçunda; çocuk mağdura yönelik cinsel tatmin amacıyla vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü eylem öngörülürken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda organ sokmak suretiyle cinsel ilişki eyleminin gerçekleşmesi gerekmektedir. (Kartal, s.208) İki suç arasında diğer bir ayrım da; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cebir, hile ve tehdit olmadan işlenmesi halinde şikayet şartı aranırken, istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması ve failin çocuk olması dışında şikayet şartı aranmamaktadır.

* Yargıtay 14.CD. 18.09.2017 tarihli 2014/9500E. 2017/3995K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.03.2021

3. BÖLÜM

KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

3.1. Kovuşturma

Çocukların cinsel istismarı suçunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için etkin ve detaylı soruşturma safhası oldukça önem arz etmektedir. Kovuşturma aşamasına bir basamak olan soruşturma aşaması, Ceza Muhakemesi Kanunu 2. maddesinde mahkeme tarafından iddianamenin kabul edilmesine kadar geçen süre olarak belirtilmiştir.

Konumuz olan suçun hem temel halinin hem de nitelikli halinin Cumhuriyet Savcısı tarafından resen yerine getirildiği görülmektedir. (Koca/Üzülmez,s.402) Tarafların sonradan aralarında anlaşmaları ya da şikayetlerinden vazgeçmeleri, soruşturma evresinin yürütülmesinde herhangi bir engel olmayıp iddia makamı soruşturmayı kamu adına sürdürecektir. Ancak resen araştırma ilkesinin istisnası mevcut olup bu istisnai durum 6545 sayılı kanunun kabul edilmesi sonucu yapılan değişiklik sonucu oluşmuştur. Söz konusu değişiklik ile istismarın sarkıntılık halinde kalması durumunda ve failinde çocuk olması şartıyla soruşturma mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise; yetişkin bir fail ile çocuk bir failin müşterek fail olarak sarkıntılık halinde kalan cinsel istismar suçunu işlemeleri halinde şikayet şartının aranıp aranmayacağıdır. Bu kapsamda yetişkin ve çocuk failin müşterek fail olarak işledikleri sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunun resen soruşturulması ve kovuşturulması gerekmektedir. (Koca /Üzülmez, s. 370). Bu konuda mağdur ile veli veya vasi aynı anda şikayetçi olabileceği gibi ayrı ayrı da şikayet haklarını kullanabilmektedir. Şikayetin geri çekilmesi şikayet eden tarafından yapılmalıdır. Birinin şikayetten vazgeçmesi diğerlerini etkilemeyecektir. (Koca/Üzülmez, s.402) Ancak mağdurun şikayetçi olmadığı veli ya da vasinin şikayetçi olduğu iradelerin çeliştiği durumlar sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda mağdur failin anlam ve sonuçları konusunda yetkin ise mağdurun beyanlarına itibar edilmesi gerekmektedir. (Tezcan/Ertem/Önok,s.419)

Suçun mağdurları her zaman korunmaya muhtaç çocuklar olması sebebiyle hassasiyetleri dikkate alınarak, beyanlarının alınması gibi soruşturma usullerinde bazı özellikler belirtilmiştir. CMK 234/2. ve 236/3. maddeleri kapsamında mağdur çocuğun

olaya ilişkin beyanları uzman personel ve vekilin eşliğinde alınması gerekmektedir. Yargıtay kararında “İlk derece mahkemesince olay tarihinde on beş yaşından küçük olup, dosyada mevcut sağlık kurulu raporuna göre otistik spektrum bozukluğu nedeniyle %80 oranında engelli olduğu belirtilen mağdurun soruşturma evresinde alınan ifadesi yetersiz olup, kovuşturma evresinde dinlenilmediğinin anlaşılması karşısında mağdurun uzman eşliğinde ifadesinin alınması, aşamalarda verdikleri ifadeleri gerek kendi içinde gerekse birbirleriyle çelişkili olan müşteki ...ile Tanık ...’in hazır edilerek tekrar beyanlarının alınıp varsa mevcut çelişkilerin giderilmesi ve intikalden önce taraflar arasında gerçekleşen kavga olayına ilişkin adli makamlarca soruşturma yapıldığı bildirildiğinden anılan evrakın tasdikli suretinin temininden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması karşısında söz konusu karara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi..”^{*} şeklinde belirtmek suretiyle mağdurun beyanlarının uzman eşliğinde alınması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca mağdur çocuğa tekrar tekrar olayın detaylarının anlattırmak, çocuğun tekrar tekrar mağdur olmasına neden olacağından dolayı mağdurun ilk beyanları oldukça detaylı ve kendi cümleleri ile anlatırılmamıştır. Adli kolluk makamlarına çocuğun beyanlarını almasına izin verilmeyerek, çocuğun beyanları uzman personel, vekil eşliğinde ve bizzat cumhuriyet savcısı tarafından alınmalıdır. İfade alınması sırasında kamera kaydına alınması soruşturmanın devamında geriye dönüş sağlama bakımından fayda sağlayacaktır. Genel olarak uygulamada mağduru sürekli mağdur etmemek adına beyanları daha profesyonel, etkili ve hızlı olmak bakımından Çocuk İzleme Merkezlerinde alınmaktadır.

Çocuk İzleme Merkezlerinin, “Mağdur çocuk üzerinde daha etkin koruma sağlamak adına ve çocukların mağduriyetine önlemek amacıyla alanında uzman personel tarafından adli ve tıbben gerekli işlemlerin tek seferde yerine getirildiği bir kurumdur. Bakanlığa bağlı hastane ve kurumlarda yer alan Çocuk İzleme Merkezlerinde soruşturma sürecinin yürütülmesi önem arz etmektedir.”^{**} amacıyla kurulduğunu görmekteyiz. Esasında çocukların cinsel istismarı suçuna yönelik işlemler, ihbar alındıktan sonra üniformasız sivil kolluk personelinin mağdur çocuğu ÇİM merkezlerine getirmesiyle başlamaktadır. Mağdur çocuğun ifade alınması sırasında

^{*} Yargıtay 14.CD. 20.06.2022 tarihli 2021/27895E. 2022/6286K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:29.01.2023

^{**} HSK 18/10/2011 Tarihli (10) NOLU “Soruşturma Usul ve Esasları” Konulu Genelgesi 48. Madde www.hsk.gov.tr; E.t:01.02.2023

mağdur vekili, Cumhuriyet Savcısı, kolluk personeli ve uzman personel bulunmaktadır. Adli görüşmeci istismara uğradığı iddiasında bulunan mağdur çocuğun beyanlarına bir defa başvurmak amacıyla kayıt altına alması gerekmektedir. Tekrar tekrar mağdurun ifadesinin alınması çocuk üzerinde olumsuz etkileri doğuracaktır. Çocuk ile iletişime geçecek görevlilerin bu iletişimi adli görüşmeci aracılığıyla gerçekleştirmesi çocuğun yararına olacaktır. Uygulamada bazı zamanlar kolluk personeli tarafından mağdur çocukları ÇİM merkezine götürmekten ziyade Çocuk Birimlerine uzman ve vekilin çağırılması sonucu kamera kaydı yapılmak suretiyle çocukların beyanlarını aldığı görülmektedir. Ancak daha sonra C. Savcısı ve Hakimin tekrar dinlemesi sonucu mağdur aynı olayları tekrar tekrar yaşamaktadır. ÇİM merkezleri mağduru çocuk olan bütün suçlarda kullanılmaktadır. Bu sayede çocukların olay karşısında tahribatı en aza indirilmektedir.

5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrasında 06.12.2006 tarihinden itibaren cinsel suçların uzlaştırma hükümlerine tabi olmaması sebebiyle sarkıntılık halinde kalan cinsel istismar suçu şikayete tabi olsa dahi uzlaştırma hükümleri uygulanmayacaktır. Kanun değişikliğinin yapıldığı tarih olan 06.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda lehe olan hükümlerin uygulanması gereği uzlaştırma hükümler uygulanacaktır.

Cinsel istismar suçunda kısıtlı delil olması sebebiyle mağdurun genital bölgelerinde iç beden muayenesi yapmak gerekecektir. Muayene hekim veya sağlık personeli kişiler tarafından yapılması hatta jinekolog veya adli tıp uzmanı tarafından yapılması önerilmektedir. (Yeldan, s.29) İç beden muayeneleri rıza dahilinde yapılmakla beraber on beş yaşını tamamlamamış, tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik yapılacak muayenelerde kanuni temsilcilerinin rızası gerekmektedir. (Akbeys, s.83) Mağdurun veya kanuni temsilcisinin rızasının bulunmadığı hallerde CMK 76/1. maddesine göre genital muayene yapılmasına çocuğun sağlığına zarar vermemek kaydıyla savcının talebi veya mahkemece resen karar verilebilir. Acele hallerde ise, savcısının beden muayenesi için verdiği karar yirmi dört saat içinde mahkemenin veya hakimin onayına sunulur.

Söz konusu muayene yapılması ile birlikte mağdurun gebe olduğu durumlar sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda gebeliğin sona erdirilmesi hususu gündeme gelecektir. 5237 Sayılı TCK 99/6. Maddesine göre; suç sonucu gebe kalan mağdur kadının rızası ile 20 haftaya kadar olan gebeliği sona erdiren uzman hekimin cezayı

sorumluluğu bulunmamaktadır. Bir olaya göre; mağdur birden fazla kişi tarafından rızası dışında istismara uğramış olup kimden hamile kaldığını bilmemektedir. Söz konusu mağdurun gebeliğinin on hafta üç günlük olduğu süreçte hastaneye başvurusu sonucu soruşturma başlatılmıştır. Mağdur ise, gebeliğinin hemen sonlandırılmasını istemesine rağmen gebeliğin sonlandırılmasının sürüncemede bırakılması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Başvurunun kararın da gebeliğin sonlandırılmasına yönelik usulü açıklamalara yer verilmiştir. Karar, “ *Mağdur kadının suç sonucu gebe kaldığı bir olayda hamileliğin sonlandırılabilmesi için mağdurun suç sonucu hamile kalması ve rızasının bulunması gerekmektedir. Ayrıca hamilelik süreci 20 haftadan daha düşük olmalı ve uzman personel tarafından hastane ortamından yapılması gerekmektedir. Söz konusu suç mağdurunun çocuk olması halinde ise Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanununun birlikte uygulanması gerektiği zorunludur.*”^{*} Şeklinde olup karara ve mevzuata göre gebeliğin sonlandırılması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun birlikte değerlendirilmesi sonucu gerçekleştirilmelidir. Çocuk Koruma Kanunu kapsamında çocuk hakkında koruyucu ve önleyici koruma tedbirlerini alma konusunda yetkili mahkemeler belirtilmiş olması sebebiyle gebe çocuğa yönelik yapılacak müdahalelerde 5237 sayılı ve 5395 sayılı kanunları uygulanmak suretiyle suç mağduru çocuğun gebeliğinin sonlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucunun kararını kabul eden mahkeme, “*Somut olayda suç sonucu hamile kalan başvurucunun hamileliğinin sonlandırılması talebinin karara bağlanmaması sonucu sürekli olarak ertelenmesi ve sürünceme de bırakılması sebebiyle Anayasa 17. Maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğinin kabulü gerekmektedir.*”^{*} şeklinde verdiği kararda gebeliğin sonlandırılması işleminin makul sürede yapılması gerektiğini belirtmiştir. Cumhuriyet Savcısı soruşturma işlemlerini usulüne uygun olarak tamamladıktan sonra dava açılması yönünde yeterli şüphe tespit ederse suça ilişkin iddianamesini hazırlamak suretiyle davasını açacaktır. Ancak yeterli şüphenin oluşmaması halinde kovuşturmayla yer olmadığı kararı verecektir.

^{*} Anayasa Mahkemesi (R.G. [GK], B. No: 2017/31619, 23/7/2020, § ...) sayılı kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>. Et.:02.02.2023

^{*} Anayasa Mahkemesi (R.G. [GK], B. No: 2017/31619, 23/7/2020, § ...) sayılı kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>. Et.:02.02.2023

Kovuşturma süreci; Cumhuriyet Savcısının hazırlamış olduğu iddianamenin mahkemece kabul edilmek suretiyle başlayıp yargılama sonucunda kararın verilmesi ile son bulan evredir. Kovuşturma evresinde iddia ve savunma karşılıklı tartışmaktadır. Ayrıca soruşturma aşamasında toplanmamış veya toplanamamış delillerin dosyaya kazandırılması ile birlikte maddi gerçek ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2010, s.1238)

Ayrıca CMK 236/2. Maddesinde, “*mağdur veya çocuk işlenen suçun niteliği gereği ruhsal ve psikolojik yönden tahribata uğraması sebebiyle bir defa dinlenebileceğinden*” bahsedilmiştir. Ancak bazı zorunlu durumlarda kovuşturma aşamasında da mağdurun beyanlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Mahkemece mağdur çocuğun dinlenilmesi gerekiyorsa duruşmanın kapalı icra edilmesi gerekmektedir. Ayrıca mağdurun sanık ile karşılaşması engellenmelidir. Mağdur yaşanan olaylar nedeniyle duygusal tereddütler yaşayacağı, baskı altında olacağı, en kötüsü olayı tekrar hayalinde canlandıracağı hususları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebepler ile mağdur duruşmadan önce uzman personel tarafından rahatlatılmalı ve duruşmada sağlıklı bir şekilde beyanlarını açıklayabilecek hale getirilmelidir. Bu konuda adliyelerde Adli Görüşme Odaları (AGO) hazırlanmış olup 2012-2014 tarihleri arasında “Çocukların İçin Adalet” projelerinde temelleri atılmıştır. Adli Görüşme Odaları ÇİM’lerden ayrı olarak tüm kırılgan gruplar için oluşturulmuş olmakla beraber ÇİM’ler gibi sadece çocuklara yönelik değildir. Adli görüşme odaları sayesinde teknolojik imkanlardan faydalanılmak suretiyle mağdurun sanık ile yüz yüze gelmesinden kaynaklı sakıncalar engellenmekte ve uzman personel ile mağdur kendini rahat hissedecek şekilde ifade edebilmektedir. Ses ve görüntü sistemleri ile mahkemece mağdurun beyanları dinlenebilmekte ve mağdura yönelik sorular uzman aracılığıyla sorulmaktadır. Uzman personelin kulaklık vasıtasıyla dinlediği soruları mağdurun yaşı ve algılama derecesine uygun bir şekilde anlatması sonucu mağdurun soruları cevaplamasına yardımcı olmaktadır. Bu süreçte mağdurun duygusal olarak yıpranmasının önüne geçilmektedir.

Diğer bir önemli husus ise; cinsel istismar suçlarında, karara dayanak teşkil eden özellikle organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşen nitelikli cinsel istismar suçlarında delil niteliğinde cinsel organ veya anal organ muayeneleri önem arz etmektedir. İç beden muayenesi niteliğinde olan bu durumu alanında uzman, deneyimli ve bulgular ile sonuç arasında bağıntı kurabilme yeteneği olan bir doktor veya heyet

tarafından yapılması gerekmektedir. (Celbiş/Özdemir/Bora,2011, s.105) Yapılacak iç beden muayenesinin on beş yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik gerçekleştirilmesi halinde çocuğun kanuni temsilcinin rızası alınmalıdır. (Akbey,2019, s.83)

Davaya katılma yoluyla suçtan zarar gören çeşitli kurum ve kuruluşlarının müdahillik durumları mahkemece kovuşturma aşamasında değerlendirilmektedir. 6284 sayılı kanun kapsamında mahkemeler Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na yargılamayı ihbar etmek suretiyle haberdar etmektedirler. Yargıtay'ın eski kararlarında mahkemelerin ihbar zorunluluğu olduğu yönünde kararları mevcut iken, yakın tarihli kararlarında ihbar zorunluluğu olmadığı yönünde kararları çoğunluktadır. Bu konuda Yargıtay Büyük Genel Kurulu 13.12.2019 tarihli 2019/6E. 2019/7K. Sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında *“Katılma hususunun bir kısım kanunlarda özel olarak düzenlendiğini; kanun koyucunun özel kanunlarda kurum ve kuruluşların ihbar edilmesini ayrıca düzenlediğini, ancak kanunda Bakanlığa ihbar edilmesine yönelik hüküm bulunmadığını ve kanun koyucunun bilinçli olarak tercih ettiği ; yasa koyucu tarafından konulmayan bir hükmü içtihatlar ile yaratmak yasa ve mahkemelere dayatmak kabul edilebilir değildir. Bu kapsamda ilgili açılan ceza davalarında, mahkemece, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davanın ihbar edilmesi zorunlu olmadığına karar vermiştir.”** şeklinde hüküm vermiş olup ihbar zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir.

Kanaatimizce son tarihli kararları kabul etmek mümkün değildir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti olarak Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler kapsamında pozitif ayrımcılık ilkesi gereği ihbar zorunluluğunun bulunması gerekmektedir. Uygulamada ihbar zorunluluğu bulunmasa da davadan haberler olan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın katılma talepleri kabul edilmektedir. Ancak haberdar olunmayan davalardan karar verildikten sonra kanun yolu aşamasında haberdar olunması halinde kanun yolunda katılma talepleri CMK 237/2. maddesi gereği kabul edilmemektedir. Yargıtay bir kararında *“ 6284 sayılı Kanun kapsamında Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı sonrasında davadan haberdar edilme zorunluluğu bulunmayan katılan bakanlığın kanun yolu aşamasında davaya katılma hak ve yetkisinin olmadığı...”*** şeklinde karar vermek suretiyle kanun yolunda kurumun katılma ve temyiz

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.12.2019T. 2019/6E. 2019/7K. Sayılı kararı www.corpus.com.tr, E.t:04.10.2022

** Yargıtay 14.CD. 25.02.2021 tarihli 2020/11196E. 2021/1602K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.03.2021

başvurusunda bulunma talebini kabul etmemiştir. Yargıtay kararında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Dair Şiddetin Önlenmesine dair Kanun'un 20/2 maddesini uygulanamaz hale getirmiştir. (Yeldan,2021, s.747) Madde gereği Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı gerekli gördüğü durumlarda 20/2. Maddesi gereği katılma hakkı elde etmektedir. Ancak ihbar zorunluluğunun kaldırılması sebebiyle Bakanlık haberdar olduğu anda müdahil olacaktır. Bakanlığın müdahilliğinin de kanun yolunda olması halinde istinaf veya temyiz başvurularının kabul edilmemesi çocuklar açısından hak kaybına sebep olacaktır. Bu kapsamda Bakanlığın davalardan haberdar edilmesi ve her aşamada kabulü gerekmektedir. Hatta çocuk hakları üzerine çalışmaları bulunan sivil toplum örgütleri ile baroların bu konuda oluşturdukları komisyonların da davaya müdahil olması sağlanmalıdır.

Son olarak Ceza Muhakemesi Kanunu 182/2. maddesi kapsamında Çocukların Cinsel İstismarı suçlarının yargılamasının gizli olarak yapılması gerekmektedir. Ancak hüküm ve gerekçeli kararın aleni olarak gerçekleşecek bir duruşma da açıklanması gerektiği yönünde Yargıtay kararı mevcuttur. Kararda, *“Genel ahlakın kesin olarak gerekli kıldığı hallerde 5271 sayılı CMK'nın 182/2. maddesi uyarınca duruşma kapalı yapılsa dahi aynı Kanunun 182/3. maddesine göre hükmün açık duruşmada açıklanmasının zorunlu olması ve tüm dosya içeriğinden mahkemece genel ahlaka aykırı durum nedeniyle duruşmanın kapalı yapılmasına karar verildiğinin anlaşılması karşısında, sonradan kapalılığın kaldırıldığına dair ara karar alınmaksızın yargılamaya devamla hükmün kapalı duruşmada açıklanması suretiyle aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi,”** Şeklinde belirtmek suretiyle hükmün açık duruşmada açıklanması gerektiği ifade edilmiştir.

3.2. Yaptırım

Türk Ceza Kanunu'nda yaptırımlar kırk beşinci ve yetmiş beşinci maddelerde belirtilmiş olup ceza ve güvenlik tedbirleri olarak düzenlenmiştir. Devlet tarafından failin eylemlerinin suç teşkil ettiği durumlarda fail aleyhinde uygulanan yaptırımlar ceza olarak karşımıza çıkmaktadır. (Koca/Üzülmez, s.559) Yaptırım türlerinden biri olan ceza, failin doğru yola girmesi ve iyileşmesini amaçlamaktadır. (Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır, s.400)

* Yargıtay 14.CD. 01.10.2019 tarihli 2019/1763E. 2019/11190K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:15.03.2021

Çocukların Cinsel istismarı suçu TCK 103. maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Kanun metni 6545 ve 6793 sayılı kanunlar ile cezalar artırılmış ve madde metnine eklemeler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile çocukların cinsel istismar suçunun temel halinin fail tarafından işlenmesi durumunda sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, çocukların cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise; fail üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun metnine 6763 sayılı kanun ile yapılan eklemeler doğrultusunda yasa koyucunun mağdurun yaşı üzerinde önemle durduğu görülmektedir. Bu eklemeler doğrultusunda, mağdurun suç tarihi itibarıyla on iki yaşını tamamlamamış olması halinde suçun temel halinde cezanın on yıldan aşağı olamayacağını, sarkıntılık halinde kalan çocukların cinsel istismar suçunda ise beş yıldan az ceza verilmeyeceğini hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda on iki yaşını tamamlamamış mağdur çocuğun koruması artırılmış ve fail hakkında olayın vahameti gereği daha az bir ceza tayininin önü kapatılmıştır. (Kartal, s.237)

Yasa koyucu organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşen nitelikli hali ikinci fıkrada düzenlemiştir. Bu fıkra gereği fail hakkında suçun basit haline göre mağdur üzerinde etkilerinin daha ağır olduğu değerlendirilerek nitelikli cinsel istismar suçunu işleyen faile verilecek ceza on altı yıldan az olmayacaktır. Ayrıca mağdur on iki yaşını tamamlamamış olduğu hallerde ise, fail hakkında verilecek ceza asgari on sekiz yıl olacaktır.

Türk Ceza Kanunu 103. maddesinin 3. ve 4. fıkrasında suçun temel şekline göre cezayı ağırlaştıran sebepler düzenlenmiştir. Buna göre; yasa koyucu çocukların cinsel istismar suçunun temel hali, sarkıntılık düzeyinde kalması hali ve çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan verilecek cezaları maddenin 3. ve 4. fıkralardaki haller dahilinde işlenmesi durumunda faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Aynı kanun maddesinin beşinci fıkrası gereği, failin cinsel eylemleri sonucu mağdur üzerinde kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleştirdiği durumlarda ise; fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırma yoluna gidilecektir. Çocuklar üzerinde gerçekleşen cinsel istismar suçuna vücut veren eylemler sonucu çocuğun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi durumunda ise, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir.

Çocukların nitelikli cinsel istismarı suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda, TCK 35. maddesinde yer alan teşebbüs hükümleri uygulanırken suçun temel haline göre tayin edilecek cezadan daha az bir cezanın hükmedilmemesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın uygulamada yer alan kararı da aynı doğrultuda olup suçun temel halinde verilecek cezadan daha az bir ceza hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. *

Çocukların cinsel istismarı suçunu işleyen fail hakkında hükmedilecek ceza miktarı dikkate alındığında TCK 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya erteleme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. (Savaşçı,s.103) Ancak belirli haklardan yoksun bırakılmanın düzenlendiği TCK 53. maddesi gereği fail hakkında velayet veya vesayet hakkından mahrumiyet gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür.

Çocukların Cinsel İstismarı suçu yönünde incelenmesi gereken bir husus hükmün açıklanmasının geriye bırakılması müessesinin uygulama alanı bulunup bulunmadığı hususudur. CMK 231. Madde kapsamında hükmün açıklanmasının geriye bırakılması hükümlerinin uygulanma şartları incelendiğinde cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlar yönünden uygulanmayacağına yönelik ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. (Taştan,2021,s.595) Ancak Türkiye'nin imzaladığı ve taraf olduğu Lanzarote sözleşmesinin 27. Maddesi incelendiğinde taraf devletler sözleşme kapsamında yer alan suçlarda etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar sağlamak adına yasal düzenlemeler yapması gerekmektedir. Ancak Çocukların Cinsel İstismarı suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesinin uygulanması bu maddeyi karşılamayacağından uygulanmaması gerekmektedir. (Nuhoğlu, s.297)

Çocukların cinsel istismarı suçu gelecekte mağdur üzerinde bir ömür etkisi sürecektir bir suç olup mağdur üzerinde yarattığı psikolojik etkileri yaşattığı travmalar sonucu ağır etkiler bırakmaktadır. Bu ağır etkilerin sadece mağdur üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun olmayacağının kabulü gerekir. Failinde alacağı cezalar ile bir nebze olsun işlediği suçun altında ezilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan yargıcın ceza tayininde TCK. 61. maddesi kapsamında yapacağı değerlendirmelerde çok titiz davranması gerekmektedir. Fail hakkında tayin edeceği cezalar ile toplumda çocukların cinsel istismarı suçunu işleme niyetinde olan bireyler üzerinde ciddi caydırıcılık etkisi

*Yargıtay 14.CD 13.04.2016 T. 2016/1063E. 2016/3680K. Sayılı kararı, www.corpus.com.tr, E.t:26.04.2021

bulunmalıdır. Toplum nezdinde infial etkisi yaratan çocukların cinsel istismar suçunda verilecek en ağır cezalar dahi mağdurun içinde bulunduğu mağduriyeti hafifletmeyecek olup bir ömür yaşadıkları istismar eyleminin psikolojik etkilerini taşıyacaklardır.

3.3. Görevli Mahkeme

Adli Yargı ilk derece mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile mahkemelerinin görev alanlarının çizgileri belirlenmiştir. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun temel halinin ceza üst sınırının on beş yıla kadar hapis cezası tayin edilmesi sebebiyle görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemeleri olacaktır. Ancak aynı maddede düzenlenmiş bulunan çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık halinde kalması halinde ceza üst sınırı olarak yasa koyucu tarafından sekiz yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmesi sebebiyle Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına girecektir.

Çocukların cinsel istismarının nitelikli hali olarak TCK 103/2 maddesinde düzenlenmiş bulunan, organ veya sair cisim sokmak suretiyle çocukların cinsel istismarı suçunda ise, yasa koyucu tarafından ceza üst sınırının on yıldan fazla olarak tayin edilmesi sebebiyle Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanı kapsamından olacaktır. Aynı kanunun üçüncü ve dördüncü fıkralarından yer alan ağırlaştırıcı sebepler mahkemelerin görev alanı tespitinde dikkate alınmayacaktır. Ancak kanunun altıncı maddesinde ceza tayini bakımında bir özellik arz etmesi mağdurun istismar eylemi sonucunda ölmesi veya bitkisel hayata girmesi halinde fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmesi nedeniyle görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemeleridir.

Uygulamada karşılan bir durum olan Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmasına başlamış çocukların basit cinsel istismar suçunun yeni delil durumuna göre mahkemece yapılan değerlendirme sonucunda sarkıntılık düzeyinde kalan çocukların cinsel istismarı suçu olması halinde dosya Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmeyecektir. Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunu 6. maddesi “*Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez.*” Kapsamında ağır ceza mahkemesinde görülmeye devam edecektir.

Görevli mahkeme tayininde dikkate alınması gereken diğer bir hususta fail açısından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çalışmamızda çocukların da cinsel

istismar suçunda fail olabileceğini belirtmiştik. Çocuk Koruma Kanunun 26. Maddesi kapsamında örneklendirmek gerekirse basit cinsel istismar veya nitelikli cinsel istismar suçunun faili on sekiz yaşını tamamlamamış bir çocuk olması durumunda burada görevli mahkemenin tespiti, 5235 sayılı kanun kapsamında değil ÇKK 26. maddesi kapsamında görevli mahkemelerin Çocuk Mahkemeleri veya Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri olması gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda yetkili mahkemenin tespitinde CMK. 12/1. ve 12/2. maddeleri uygulanmaktadır. Belirtilen maddeler doğrultusunda istismar suçunda yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesi olup çocukların cinsel istismar suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla birlikte işlenmesi halinde yetkili mahkeme kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunun sona erdiği yerdir. (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.382) Temadi olarak işlenen suçlarda sona erdiği yer iken, teşebbüs aşamasında kalan istismar suçunda son eylemin gerçekleştiği yer olarak yetkili mahkeme tespiti yapılmaktadır. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçu zincirleme şekilde işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacak olup yetkili mahkeme suçun son işlendiği yer mahkemesidir.

3.4. Zamanaşımı

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66. ve 68 maddelerinde iki farklı zamanaşımı düzenlenmiştir. Dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak düzenleme yapılan zamanaşımı hükümlerinde, dava zaman aşımını kanunun öngördüğü süre dahilinde dava açılmamış veya açılmış bir davada süre dahilinde fail hakkında hüküm verilmemiş ise dava zamanaşımı hükümleri, süre dahilinde dava açılmış ve hüküm verilmiş ancak tayin edilen ceza infaz edilememiş ise, ceza zamanaşımı hükümleri uygulanacaktır.

Kanunun 66/6. Maddesinde, “*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*” şeklinde belirtilmiştir. Dava zamanaşımının hesaplanması işlenen suçun kanunda yazılı olan cezanın üst sınırı üzerinden yapılmaktadır. Ancak bu durum failin çocuk olmasından kaynaklanan daha az cezayı gerektiği durumlarda, indirim hükümleri

uygulanarak dava zamanaşımı bu duruma göre hesaplanmalıdır. (Koca/Üzülmmez, s.402) Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun, dava zamanaşımının başlangıç süreci ile ilgili olarak özel hüküm getirmiştir. Bu kanun metnine göre failin çocuğun üst soyu veya mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halinde dava zamanaşımının mağdur çocuğun on sekiz yaşını tamamladığı günden itibaren başlayacağını belirtmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, failin on sekiz yaşından büyük olması durumunda; çocukların cinsel istismarı suçunun temel halinde dava zamanaşımı on beş yıldır. Suçun sarkıntılık halinde kalması durumunda dava zamanaşımı sekiz yıl olacaktır. Suçun organ veya sair cisim sokma şeklinde işlenmesi durumunda ise; dava zamanaşımı yirmi yıl olarak belirlenmektedir. Ayrıca mağdurun cinsel istismar sonucu ölmesi veya bitkisel hayata girmesi halinde TCK 103/6. maddesi gereği ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği için dava zamanaşımı otuz yıldır.

Aynı kanunun 67. maddesinde zamanaşımı sürelerinin durma ve kesinti halleri düzenlenmiş olup durma halinde, durma nedenlerinin ortadan kaldığı zamandan itibaren devam ederken, kesinti halinde süre yeniden başlamaktadır. Ancak kesintiye uğrayan süre sonunda yeniden işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi en fazla yarı oranında artırılacağı kanunda belirtilmiştir. Bu durumda çocukların nitelikli cinsel istismarı suçunda dava zamanaşımı en fazla otuz yıl olurken, mağdurun ölmesi ya da bitkisel hayata girmesi halinde kırk beş yıl olacaktır. Failin çocuk olduğu durumlarda ise, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha az cezayı gerektirmesi sebebiyle indirim hükümleri uygulanarak dava zamanaşımı süresinin tespiti gerekmektedir.

Ceza zamanaşımı ise; kanunun 68. maddesinde düzenleme alanı bulmuş olup failin yargılama sonucu hüküm altına alınmış kesin hüküm üzerinden tespit edilir. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.381) Dava zamanaşımında belirtildiği gibi failin çocuk olması halinde de ceza zamanaşımı süresinde indirim yapılacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda ceza zamanaşımının durmasına sebebiyet verecek hükümler bulunmaz iken infaz kanunda durma ilişkin hükümler bulunmaktadır. (Hakeri, s.729) İnfaz kanunu hükümleri kapsamında hükmün kesinleşmesinden itibaren failin yakalanması veya infaz için tebligat yapılması yahut failin üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi halinde zamanaşımı süresi kesilecektir.

SONUÇ

Çocuk istismarı tarih boyunca duygusal, fiziksel, ihmal suretiyle ve cinsel yönden istismar olmak üzere artarak devam etmektedir. İstismara uğrayan çocuk, gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlayamamakta ve hayatı boyunca istismarın etkilerini üzerinde taşımaktadır. Bu sebeple konumuz olan çocukların cinsel istismarı üzerinde en çok durulması gereken istismar türüdür. Cinsel istismar Dünya’da her daim var olmasına rağmen bu konuda geç farkındalık oluşmuştur. İlk olarak 18.yy’ın sonlarında Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ile somut adımlar atılmıştır. Ancak bildirinin yetersiz kalması ve önemini yitirmesiyle birlikte Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi yayımlanmıştır. Sonrasında her iki bildirgenin de yaptırımdan uzak olması sebebiyle çocukları korumada yetersiz kaldığı görülmüştür. Bu süreçte Birleşmiş Milletler tarafından çocuk hakları üzerine düzenlenme yapma gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi düzenlenerek uygulanması zaruri maddeler ile çocuklar koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Ülkemizde bu kapsamda sözleşmelere taraf olmak suretiyle iç hukukta çocukları korumaya yönelik düzenlemeler gerçekleştirmiştir. Her ne kadar düzenlemeler yapılmış olsa da gelişen çağımızın getirdiği teknolojik gelişmelerle, hayatın her alanında yaşanan değişimler yeni düzenlemelerin gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu kapsamda; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ ne Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol ve Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) gibi yeni düzenlemeler yapılmıştır. Gelecekte de hayatımızda ve küreselleşen Dünya’da yaşanan değişimlere uygun olarak çocukları korumanın önemi artarak devam edecek ve yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulacağı muhakkaktır. Türk Ceza Kanunu uluslararası düzenlemelere paralel olarak çeşitli dönemlerde konunun ciddiyeti ve vahameti gereği düzenlemeler yaparak konuya ayrı bir önem verdiğini göstermiştir. Tüm bu düzenlemeler ve alınan önlemler çocukların cinsel yönden istismarını engellemek ve asgari seviyeye indirmek gayesi taşısa da her geçen gün artarak çocuklar cinsel yönden istismar edilmeye devam etmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabının, ikinci kısmının, altıncı bölümünde cinsel dokunulmazlığı ihlal eden suçlar düzenlenmiş

ve bu suçları işleyenler hakkında uygulanacak cezalar belirtilmiştir. Bu suçlar “*Cinsel Saldırı Suçu*”, “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, “*Cinsel Taciz Suçu*” ve “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*” olarak ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Konumuz olan çocukların cinsel istismar suçu, aynı kanunun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile paralel olarak düzenlenmiştir. Ancak yetişkinlere yönelik “*saldırı*” tabiri kullanılırken, çocukların daha hassas ve korunmaya muhtaç olması göz önüne alınarak “*istismar*” kavramı kullanılmıştır. Bu durum yasa koyucunun bu konuya hassas davrandığını göstermektedir. Çocukların cinsel istismarı suçu Tük Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde ayrı bir başlık altında incelenmesi konunun hassasiyeti gereği önem arz etmektedir. Kanun koyucu bu kapsamda hem çocuğun biyolojik olarak cinsel gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlamasını hem de erken yaşta maruz kalacağı cinsel eylemler sonucu oluşabilecek psikolojik travmaları engellemek istemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde cinsel istismar kavramı; On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir sebebe dayalı olarak gerçekleşen cinsel nitelikte eylemler olarak tanımlanmıştır. Ancak kanun koyucunun yaptığı bu ayırım birçok tartışmaya sebep olmuş sadece bir yaş aralığı belirlemek suretiyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarından o yaşta bir çocuğun ne anlaması gerektiği tam olarak açıklanmamıştır. Kaldı ki uygulamada ispatı bakımından oldukça sıkıntı yaşanan ve genellikle gizli olarak işlenen bir suç türü olması bakımından bu kavram soyut kalmaktadır. Çocuğun bir yaş bile büyük olması halinde failin cezasız veya yetersiz ceza almasına neden olmaktadır. Bu konu üzerine kanun koyucu daha somut ve henüz cinsel gelişimini tamamlamamış bir çocuğun hukuki nitelendirmeyi ne seviyede algılaması gerektiğini açıkça belirtmesinde fayda olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca çocuk olarak nitelendirdiğimiz on sekiz yaşını tamamlamamış her bireye yönelik gerçekleşecek cinsel nitelikte eylemlerin çocukların cinsel istismarı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir diğer husus bedensel temasın var olup olmaması ile ilgili olup, kanun maddesinden yeterli olarak anlaşılamamaktadır. Bedensel temasın var olmadığı durumlarda fail cinsel taciz suçundan cezalandırılmaktadır. Ancak bedensel temas olmadan da çocukların cinsel yönden sömürülebildiği bir gerçektir. Kanun koyucu

burada fiziksel temasın gerekliliği konusunda açıklayıcı bir düzenleme yapmalıdır. Kanunda yapılacak düzenlemelerle çocuklara yönelik gerçekleşen her türlü cinsel eylemlerde failin cinsel istismar suçundan cezalandırılmaları sağlanmalıdır. Fiziksel temas olmadan gerçekleşen çocuklara yönelik her türlü cinsel eylemlerde fail cinsel taciz suçundan cezalandırılarak adeta ödüllendirilmektedir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurun çocuk olması bakımında cinsel saldırı, on beş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuğun rızasının olmadığı hallerde ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayrılmaktadır.

Suçun faili konusunda herhangi bir ayrıma gidilmediğinden çocukların cinsel istismarı suçunun faili herkes olabilir. Kanun koyucu suçun faili konusunda cinsiyet ayrımına gitmemiştir. Suçun faili kadın veya erkek olabilmektedir. Yine kanun koyucu suçun faili konusunda yaş şartı da getirmediği için yetişkin veya çocukta suçun faili olabilmektedir. Kanun suçun failinin çocuk olması halinde sarkıntılık halinde kalan çocukların cinsel istismar suçunda şikayet şartı aramaktadır. Uygulamada oldukça sıkıntılı bir hal alan bu durumda, bazen çocuk taraflar hem suçun faili hem de mağduru durumunda olabilmektedir. Bu kapsamda on beş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocukların karşılıklı olarak cinsel eylemlerde bulunduğu durum sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Sonrasında ailelerinin baskısı ile karşı taraftan ilk şikayetçi olan çocuk mağdur iken karşı taraf fail konumunda bulunmaktadır. Genellikle erkek çocuk bu durumda fail olduğu uygulamada sıklıkla görülmektedir. Kanun metninin böyle durumlarda yetersiz kaldığı, haksız cezalandırılma yoluna gidildiği görülmektedir. Bu durumlarda failin de çocuk olduğu unutulmaktadır. Bu konuda yasa koyucu net düzenlemeler yapmak suretiyle fail ve mağdurun belirlenmesinde farklı yöntemler ortaya koymalıdır. Bize göre yapılacak yasal düzenleme ile aktif eylemlerde bulunan tarafın fail diğer tarafın ise mağdur olduğu kabul edilmelidir.

6545 sayılı kanunun 59. Maddesiyle birlikte çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK 103/1. maddesinde değişiklik yapılarak, suçun sarkıntılık hali daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucunun yaptığı bu düzenleme doğrultusunda çocukların daha etkin korunmasına fayda sağlamadığı düşüncesindeyiz. Çocukların daha az veya daha fazla istismara uğradığı yönündeki ayırım cinsel nitelikteki eylemin süreklilik arz edip etmemesi ile ölçülmesi maddenin ruhu ile bağdaşmamaktadır. Mağdur çocuğun cinsel yönden istismara uğramasının azı ya da çoğu olmayacağı görüşünde olduğumuzu belirtmekle birlikte; bu ayırımın madde metninden çıkarılması gerekmektedir. Çocuklara yönelik gerçekleşecek tüm cinsel eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçunun temel şeklinden veya diğer şartların oluşması halinde nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırılması gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçu kast ile işlenebilen suçlar olup olası kast ile de işlenebilmektedir. Ancak suç taksirle işlenememektedir. Fail suçtan sorumlu olabilmesi için mağdurun çocuk olduğunu bilmesi gerekmektedir. Ayrıca suçun temel şeklinde failin gerçekleştirdiği cinsel eylemleri cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirmesi gerekirken, sair cisim veya organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi halinde cinsel tatmin amacı taşıyıp taşımama arasından herhangi bir ayırım öngörülmemiştir. Ancak suçun temel halinde cinsel tatmin amacı aramak her zaman çocuğu korumada yeterli olmayacaktır. Dış dünya da meydana gelen eylemin cinsel nitelik taşıması suçun oluşması için yeterli olması gerekmektedir. Bazı durumlarda fail tarafından gerçekleşen cinsel nitelikte bir davranış cinsel tatmin amacı taşımaya da mağdur özelinde ağır neticeleri oluşabilmektedir. Mağdur failin cinsel tatmin amacı taşıyıp taşımaması ile ilgilenmemekte kendine yönelik gerçekleşen cinsel nitelikte eylemi anlamlandırmaya çalışmaktadır. Bu kapsamda suçun nitelikli halinde olduğu gibi temel halinde de cinsel tatmin amacı aranmaması gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçu yukarıda belirttiğimiz durumlar dahilinde basit cinsel istismar, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar ve organ veya sair cisim sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar olarak üç şekilde gerçekleştiği görülmektedir. Bunların dışında kanun maddesinde cezayı artıran, mağdur üzerinde etkisi bakımından mağdurun direncini kıran, suçun işlenmesini kolaylaştıran araç ve kişiler TCK 103/3. ve 103/4. maddelerinde düzenlenmiş olup bu durumlarda faile verilecek cezalar yarı oranında artırılmaktadır. Ayrıca mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde de ceza artırımı yoluna gidilmektedir. Diğer düzenlemelerde ise; failin eylemi sonucu

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçuna vücut vermesi halinde ayrıca bu suçtan cezalandırılması öngörülürken, suç sonucu mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi halinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yasa koyucunun suçun kolaylaştırılmasında etkisi olan hallerde ve sonucu itibariyle ağır sonuçlar doğurması hallerinde ceza artırımı yoluna gitmesi isabetli bir düşünce tarzı olup artırımı miktarlarının daha fazla olması gerekmektedir.

Sonuç olarak; çocukların cinsel istismarı suçu günümüzde artarak devam etmektedir. Suçu işleyen faillerin en ağır cezalar ile cezalandırılmalarının önemi gün geçtikçe artmaktadır. Ancak yargılama sonrası verilecek ağır cezalar ile caydırıcılık etkisinin arttığı yadsınamaz bir gerçek olsa da istenilen sonuçları vermediği de aşîkardır. Bu durum da gösteriyor ki; çocuklarımızı korumada en önemli silah eğitimidir. Eğitim sadece yetişkinlere değil suçun mağduru olan çocuklara da verilmesi önemlidir. Çocuklar aldıkları eğitim ile istismar ile mücadeleyi öncelikle kendi içlerinde başlatacak, sonrasında yardım istemeyi öğreneceklerdir. Aile içinde gerçekleşecek cinsel eylemlere karşı koymada devletin her zaman yanlarında olduğu çocuklara verilecek eğitim ile hissettirilmelidir. Özellikle Z kuşağı olarak tabir ettiğimiz günümüz çocuklarımızın bulunduğu sosyal medya dünyası sıkı bir denetim altına alınmalı, gerekli bilgilendirmeler de yine bu mecralar üzerinden çocuklarımıza ulaştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBEY**, Evren: Etkin Soruşturmaya İlişkin Usul ve Esaslar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- AKBULUT**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 40, Ağustos 2019.
- AKKAYA**, Çetin: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- AKYÜZ**, Emine: Çocuk Hukuku, 8. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2021.
- ARAL**, Neriman- **GÜRSOY** Figen: “Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı”, Milli Eğitim Dergisi, Ankara Temmuz-Ağustos-Eylül 2000.
- ARSLAN**, Çetin- **AZİZOĞLU** Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2004.
- ARTUÇ**, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ARTUK**, Mehmet Emin- **GÖKÇEN** Ahmet -**ALŞAHİN** Mehmet Emin **ÇAKIR** Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- ARTUK**, Mehmet Emin-**ALŞAHİN** Mehmet Emin,: “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4),3245.
- ATAMAN**, Erkan: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.
- AYDIN**, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- AYDIN**, Öykü Didem: “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuk Perspektifler Dergisi, Sayı:2, Sonbahar, 2004.
- BAKICI**, Sedat: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara 1994.
- BAŞBAKKAL**, Zümrüt- **BAYSAN** Leyla: “Çocuk İstismarı ve İhmali Konusuna İlişkin Polislerin Bilgi Düzeylerinin ve Düşüncelerin İncelenmesi”, Çocuk Forumu, Mayıs- Ağustos:65-70,2004.
- BAYTEMİR**, Erdal: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- BİRDİŞLİ**, Fikret: Ceza Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2018.

- BİRTEK**, Fatih: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- CAN**, Cahit: Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012.
- CELBİŞ**, Osman- **ÖZDEMİR** Bora- **ATİHAN** Kaya: “*Cinsel Saldırıya Uğramış Çocuğun Muayenesi*”, Türk Pediatri Arşivi, Cilt 46, Sayı 2, 2011.
- CENTEL**, Nur- **ZAFER** Hamide- **ÇAKMUT** Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- CENTEL**, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:99, 2012.
- ÇALIŞKAN**, Suat: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2022.
- DURSUN**, Selman : “Mağdurun Suça Yol Açması”, İÜHFM, c:XI, S:1-2, S.20-21, 2003.
- İNCİ**, Yusuf: “*Çocukların Cinsel Suiistimali ve İstismarının Sosyo-Kültürel ve Ekonomik Boyutları*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- GÜLTAŞ**, Veysel- **GÜNDÜZ** Remzi: Cinsel Suçlar, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- GÜRSEL**, Çetin: Çocuk İstismarı ve İhmali, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, 1. Baskı, Ufuk matbaası, İstanbul 2004.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki- **ÖZEN** Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 7. Baskı, Us-A yayıncılık, Ankara 2021.
- HAKERİ**, HAKAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- HOROZGİL**, Denizhan: “*Çocukların Cinsel İstismar Suçunun Basit Şekli*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, 93(1), 114.
- KAYA**, KAMURAN: “*Yeni TCK Sisteminde Sarkıntılık Suçu*” Adalet Dergisi, 52. Sayı, Mayıs 2015, Ss.52.
- KUNTER**, NURULLAH- **YENİSEY** Feridun - **NUHOĞLU** AYŞE: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- KURT**, Lale Sevil: “*Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması*”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S.36, Syf. 104.
- KÜÇÜKOSMANOĞLU**, Nazmi: “*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza*

Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2014.

KÜSKÜ, Hamza: Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali(TCK Md. 103/2), Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020.

KORKUSUZ, Gülşah: “*Cinsel Saldırı Suçu*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt 71, sayı 1, 2013.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

KOÇ, ZİYA: “Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuk Dergisi, Cilt 15,sayı 42, Nisan 2020.

MALKOÇ, İsmail: Türk Ceza Kanunu Uygulanmasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009.

MEMİŞ KARTAL, Pınar: “*Reşit Olamayanla Cinsel İlişki*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4. Ankara 2016.

MEMİŞ KARTAL, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.

MERAN, Necati: Kişilere Karşı Suçlar,2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

MERAN, Necati: Açıklamalı- İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu,2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

NİŞANCI, Doğan: “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:120, Ağustos 2015.

NUHOĞLU, Ayşe: “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, GÜHF Dergisi, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR’a Armağan, Cilt:II, 2010/1.

ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi/Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, cilt 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

ÖZBEK, Veli Özer- DOĞAN Koray- BACAKSIZ Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ÖZEN, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

- ÖZEN**, Mustafa: “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na Eleştiriler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.65, 2006.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Gazi Şerhi, 3. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2006.
- ÖZGENÇ**, İzzet: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Nisan 2020.
- SEÇGİN**, Damla: “Çocukların Cinsel İstismar Suçu” Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- SAVAŞCI**, Bilgehan: Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- TAŞTAN**, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- TANER**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- 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, 124, 2016.
- TANERİ**, Gökhan-**KAMIŞLI** Gani: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- TANERİ**, GÖKHAN: Cinsel Suçlar, 4.Baskı, Aristo Yayınları, Ankara 2021.
- TANSEL**, BÜLENT: Çocuk Cinsel İstismarı: Tanımlar Temel Kavramlar ve Psiko-Sosyal Yaklaşımlar, 1. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2017.
- TEZCAN**, Durmuş- **ERDEM** Mustafa Ruhan- **ÖNOK** Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- TOPÇU**, Sedat: Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali, 1. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara 2009.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2021.
- TOROSLU**, Nevzat- **TOROSLU** Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2021.
- TUĞRUL**, Ahmet Ceylani: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- PARLAR**, Ali- **ÖZTÜRK** Mustafa: Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Aristo yayınları, İstanbul 2018.

PARLAR, Ali- BANKO Meltem: 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

POLAT, Oğuz: Çocuk ve Şiddet, Der yayınları, İstanbul 2001.

POLAT, Oğuz: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1- Tanımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ŞİMŞEK, Alaattin: “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı:28, Ağustos 2015.

GÖKÇAN Hasan Tahsin- ARTUÇ Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt-3, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

YELDAN, Didem: 99 Soruda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

YILMAZ, EJDER: Hukuk Sözlüğü, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: “6545 sayılı kanun ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi”, Ceza Hukuk ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Diyarbakır 2015.

FAYDALANILAN İNTERNET ADRESLERİ

www.tdk.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.corpus.com.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.ceza-bb.adalet.gov.tr

www.unicef.org

www.who.int

www.dergipark.org.tr

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Ali Rıza KAŞ

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Gazi Üniversitesi-Hukuk Fakültesi
Anadolu Üniversitesi-İşletme Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi : Ufuk Üniversitesi-Kamu Hukuku Tezli Yüksek
Lisans Programı

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar : Ankara Barosu (Avukatlık Stajı)

Çalıştığı Kurumlar : Jandarma Genel Komutanlığı (Astsubay)
Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (Avukat)

Tarih : 25.04.2023