

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

DAMLA SEÇGİN

EYLÜL – 2018

Tez Başlığı : Çocukların Cinsel İstismarı Suçu
Tezi Hazırlayan : Damla SEÇGİN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı :


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.


Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR
Kamu Hukuku ABD Başkanı (Uhde)

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.


Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Tez Danışmanı

Tez Sınav Tarihi : 10. 09. 2018

Tez Jüri Üyeleri :

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



Dr. Öğr.Üyesi Uğur ERSOY (Kırıkkale Üniversitesi)



Dr. Öğr.Üyesi Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Damla SEÇGİN

İmzası :



Tarih : 10. 09. 2018

ÖZET

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

SEÇGİN, Damla

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Doç.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Eylül 2018, 181 sayfa.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişilere karşı suçların düzenlendiği ikinci bölümün altıncı kısmında dört madde olarak hüküm altına alınmış olup, inceleme konumuz olan Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ise 103.maddede düzenlenmiştir.

765 sayılı Ceza Kanununda da çocukların cinsel istismarı ile ilgili düzenlemeler olmasına rağmen taraf olunan uluslar arası metinlere paralel olarak gerekli değişiklikler yapılmış ve 5237 sayılı TCK'da daha kapsamlı bir maddeye yer verilmiştir. Bunun yanı sıra yakın zamanlarda 103.maddede, 6545 ve 6763 sayılı Yasalar ile değişiklikler yapılmış ve çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu değişikliklerden de bahsedilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, “çocuk” ve “istismar” kavramları irdelenmekle birlikte daha sonra cinsel istismar suçu ile benzer kavramların karşılaştırılması yapılmış; suçun tarihçesi ve karşılaştırmalı hukukta nasıl düzenlendiği incelenmiştir.

Daha sonra ise, 5237 sayılı TCK'nın 103.maddesinde altı fıkra olarak belirtilmiş olan "Çocukların Cinsel İstismarı" suçu irdelenmekle beraber TCK'da yer alan benzer suçlar ile karşılaştırılması yapılmıştır.

Son olarak, yargılamaya ilişkin hükümler ele alınıp cinsel istismarda "ispat" hususu incelenerek çalışmaya son verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Çocuk , İstismar, Çocukların Cinsel İstismarı, Cinsel Dokunulmazlık.



ABSTRACT

THE CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE

SEÇGİN, Damla

Master Thesis

Graduate School Of Social Sciences

The Division Of Public Law

Thesis Supervisor : Doç.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

September 2018, 181 pages.

Crimes against sexual immunity have been sentenced to four substances in the sixth part of the second chapter, where crimes against persons in the Turkish Penal Code 5237 numbered, and the crime of sexual exploitation of children who are subject to review, Article 103. arranged.

In the Penal Code numbered 765, the amendments were made in line with the child's sexual abuse, but in paralel with the international texts of the entity, there was a more comprehensive item in TCK, which was numbered 5237. In addition, there have been amendments to the laws of Article 103, 6545 and 6763 in recent times, and these changes have been mentioned in the relevant departments of our study.

In our study, the concepts of "child" and "abuse" were first examined, but then the comparison of similar concepts with the crime of sexual abuse; the history of the crime and how it is organized in comparative law is examined. Later, in the

article 103 of TCK numbered 5237, the crime of "child sexual abuse", which was stated as six paragraphs, was compared with similar crimes in TCK.

Finally, the provisions of the judgment are discussed and the "proof" of sexual abuse is examined.

KeyWords : Child, Abuse, Child Sexual Abuse, Sexual Immunity.



TEŞEKKÜR

Tez alıŐmalarım süresince değerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren değerli tez danışmanım Do.Dr. Elvan KEELİOğLU'na, yine kıymetli deneyim ve birikimlerinden faydalandığım, tebessümlerini eksik etmeyen değerli hocalarım Dr.Öğr.Üy. Burcu ERTEM ve Dr.Öğr.Üy. Uğur ERSOY'a ve manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan hayattaki tek değerli varlığım olan biricik annem Nesli SEÇGİN'e ve bu süreçte yanımda olan tüm değerli arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR SAYFASI	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
ÇOCUK VE İSTİSMAR KAVRAMI, CİNSEL İSTİSMARIN BENZER KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI, TARİHSEL GELİŞİMİ.....	3
1. Çocuk Tanımı	3
2. İstismar Kavramı, Nedenleri ve Çeşitleri	8
2.1. İstismar Kavramı	8
2.2. İstismarın Nedenleri	10
2.3. İstismarın Çeşitleri	12
2.3.1. Fiziksel İstismar	12
2.3.2. Duygusal İstismar	14
2.3.3. Cinsel İstismar	16
2.3.4. Ekonomik İstismar	18
3. Cinsel İstismarın Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması	19
3.1. Cinsel Sömürü	19
3.1.1. Çocuk Ticareti	20
3.1.2. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi	21
3.1.3. Fuhuş	22
3.2. Pedofili.....	24
3.3. Encest.....	26
4. Tarihsel Gelişim	27

4.1. Eski Çağlardan 18.YY'a Kadar Olan Dönemde Cinsel İstismar	27
4.2. İslâm Hukuku'nda Cinsel İstismar	29

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE VEMUKAYESELİ HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI İLE TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN CİNSEL DOKUNULMAZLIĞININ KORUNMASI.....	31
1. Uluslararası Belgelerde Çocukların Cinsel İstismarı	31
1.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi	31
1.2. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ÇHS)	32
1.3. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol	33
1.4. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi	35
1.5. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme (Lanzarote Sözleşmesi)	35
2. Mukayeseli Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı	36
2.1. Fransız Ceza Hukuku'nda	37
2.2. İngiliz Ceza Hukuku'nda	38
2.3. Alman Ceza Hukuku'nda	39
2.4. İsviçre Ceza Hukuku'nda	42
2.5. İtalyan Ceza Hukuku'nda	43
3. Türk Hukukunda Çocuğun Durumu ve Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar.....	46
3.1. Türk Anayasal Düzenlemelerinde “Çocuğun Korunması” Hususu	46
3.2. 765 Sayılı TCK'da Cinsel Suçlar ve Çocuğun Durumu	47
3.3. Genel Olarak 5237 Sayılı TCK Çerçevesinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”ın Sınıflandırılması.....	49
3.3.1. Cinsel Saldırı (TCK m. 102)	50
3.3.2. Çocukların Cinsel İstismarı (TCK m.103).....	52
3.3.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)	52
3.3.4 Cinsel Taciz (TCK m.105)	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TCK'DA “ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI” SUÇU (m.103)..57	
1. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT	59
2. FAİL.....	61
3. MAĞDUR.....	65

3.1. On Beş Yaşından Küçük veya Büyük Olma Hâli	66
3.2. Evlilik ile Reşit Olmuş Çocukların Durumu	67
3.3. Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Kavrayamayacak Durumda Olan Çocuk ..	70
3.4. Yaş Tespiti Problemi	71
4. SUÇUN UNSURLARI.....	73
4.1. Maddi Unsur.....	73
4.2. Suçun Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Başka Bir Nedene Dayalı Olarak İşlenmesi	82
4.2.1. Cebir	83
4.2.2. Tehdit	85
4.2.3. Hile	86
4.2.4. İradeyi Etkileyen Başka Sebepler	87
4.3. Manevi Unsur	88
4.4. Hukuka Aykırılık Unsuru	91
4.4.1. Cinsel İstismar Suçunda “Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi”	92
4.4.2. Cinsel İstismar Suçunda “Rıza” Kavramı	94
5. SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER.....	95
5.1. Ağırlatıcı Sebepler	95
5.1.1. Şahsi Ağırlatıcı Sebepler.....	95
5.1.1.1. Cinsel İstismarın Üçüncü Dereceye Kadar Kan veya Kayın Hısmı, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi (TCK m. 103/3-c)	95
5.1.1.2. Cinsel İstismarın Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi (TCK m.103/3-d).....	98
5.1.1.2.1. Vasi	99
5.1.1.2.2. Eğitici, Öğretici, Bakıcı	99
5.1.1.2.3. Koruyucu Aile.....	101
5.1.1.2.4. Sağlık Hizmeti Veren.....	101
5.1.1.2.5. Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan.....	102
5.1.1.3. Cinsel İstismarın Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m.103/3-e).....	104
5.1.2. Fiili Ağırlatıcı Sebepler	106
5.1.2.1. Suçun Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi.....	106
5.1.2.2. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	109

5.1.2.3. Suçun Toplu Yaşama Zorunluluğu Olan Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Yararlanarak İşlenmesi	110
5.1.2.4. Suçun Cebir, Tehdit veya Silah Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	111
5.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hâlleri	112
5.2.1. Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması	112
5.2.2. Cinsel İstismar Eylemi Sonucu Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması	113
5.2.2.1. “Beden ve Ruh Sağlığı Bozulması” Kavramının Türk Ceza Kanununda Yerini Alma Süreci.....	113
5.2.2.1.1. 765 Sayılı TCK’da.....	113
5.2.2.1.2. 5237 Sayılı TCK’da.....	115
5.2.2.2. “Beden ve Ruh Sağlığı Bozulması” Kavramının Anlamı	115
5.2.2.3. Beden ve Ruh Sağlığının Bozulduğunun Tespiti.....	117
5.2.2.4. “Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması” ile İlgili Tıbbi Sorunlar.....	119
5.2.3. Cinsel İstismar Eylemi Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi	122
6. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİK VE HATA.....	125
6.1. Haksız Tahrik	125
6.2. Hata	126
7. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA KUSURLULUK.....	131
8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	132
8.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	132
8.2. İştirak	137
8.3. İçtima	138

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER VE CİNSEL İSTİSMARDA “İSPAT” HUSUSU.....	147
1. MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER.....	147
1.1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü.....	147
1.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	150

1.3. Suçun Yaptırımı	151
1.4. Zamaşıımı	154
2. CİNSEL İSTİSMARDA “İSPAT” HUSUSU.....	155
2.1. İspat Araçları	156
2.1.1. Sanık ve Mağdur Beyanları	159
2.1.2. Tanık Beyanı	162
2.1.3. Belgeler ve Belirtiler	163
2.1.4. Dijital Delillerin Delil Değeri.....	165
2.1.5. Yalan Dedektörü İle İlgili Değerlendirme	165
2.2. Delillerin Mahkemece Değerlendirilmesi ve Sonuç Çıkarma.....	166
SONUÇ.....	169
KAYNAKÇA.....	172
EK 1: ÖZGEÇMİŞ	181

KISALTMALAR

A.B.D.	: Ana Bilim Dalı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.a.	: Eserin Bütününe Atıf
Bkz / bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
ILO Örgütü)	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
md. / m.	: Madde
NCCAN Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Merkezi)	: The National Center on Child Abuse and Neglect (Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Merkezi)
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s. / sh	: Sayfa No
SHÇEKK Kanunu	: 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
v.d.	: ve devamı
WHO	: World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü)
Y	: Yargıtay
YCGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu



GİRİŞ

“Çocuk istismarı” kavramı, birçok bilim dalını ilgilendiren ve dolayısı ile disiplinlerarası incelenmesi gereken bir olgudur. Sosyolojik, psikolojik ve antropolojik temelleri olan bu olgunun hukuk bilimi ile desteklenmesi oldukça yenidir. Tarihsel süreçte, özellikle 18. yüzyıl çocuk haklarının gelişimi ile çocukların istismara uğramalarının önüne geçme çalışmaları hız kazanmıştır. Çocuk istismarı ana başlığının içerisinde yer alan çalışma konumuz Türk Ceza Kanunu kapsamında çocuğun cinsel istismarıdır. Ancak, çalışma konumuza geçmeden önce bazı temel kavramların açıklanması konumuza yön vermek bakımından yararlı olacaktır. Çocukların cinsel istismarının temel unsuru, eylemin ön şartı olan “çocuk” kavramı en başta incelenmesi gereken unsurdur. “Çocuk” kavramı ile birlikte cinsel istismar olgusu ve bu olgunun benzer kavramlarla karşılaştırılması, farklarının neler olduğunun ele alınması da incelenmesi gereken diğer bir konudur.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının (özel hükümler) “Kişilere Karşı suçlar” kısmında, “Cinsel Saldırı (md.102)”, “Çocukların Cinsel İstismarı (md.103)”, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (md.104) ve “Cinsel Taciz (md.105)” suçlarını içeren “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” adı altında ayrı bir bölüm düzenlenmiştir. Bu bölümde düzenlenen suçlar bakımından 5237 sayılı TCK, 756 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’ndan (md.414, 415, 416, 417, 418, 421) gerek suçların kanun sistematığı içindeki yeri gerek suçun unsurları ve gerekse de yaptırımları açısından epeyce farklıdır. Bu suçlar, mülga ceza yasasının “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” adlı babında yer alıyordu. Yine, çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler bağımsız bir başlık altında düzenlenmiyor; mağduru değil eylemi esas alan bir suç tasnifi öngörülmeyle beraber, müeyyideler bakımından da farklılıklar söz konusu idi.

“Cinsel dokunulmazlığa karşı” işlenen suçlarda özellikle çocukların korunması büyük önem taşır. Çocuğa yönelik gerçekleştirilen her çeşit istismarda olduğu gibi cinsel açıdan istismarda da uygulanacak ceza miktarlarının artırılması dışında daha gerçekçi birtakım somut önlemler alınmalıdır. Bu sebeple, hukukun sunduğu olanakların yanında ayrıca, psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerden de faydalanılmalı ve bunun sonucu olarak da bu multi-disipliner çalışmanın, verileri, uyarıları ve de önerileri, devlet politikası aracında yerini bulmalıdır. Bunun yanı sıra istismara uğrayan çocuğun, istismardan sonraki yaşantısını sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmesi adına gereken önlemler alınmalıdır. Örneğin; “unutulma hakkı” bu bağlamda değerlendirilebilir. İstismara uğrayan çocukların isimlerinin, resimlerinin yahut eğitim gördükleri okulların adlarının dijital ortama yansıtılması bu çocukların toplum içinde iyice ezilmelerine neden olup ruh sağlıklarını olumsuz yönde etkilemektedir. Çocukların bu istismar eyleminden sonra hayata tutunabilmeleri için dijital ortamdaki kişisel verilerinin silinmesi gereklidir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararına atıfta bulunarak, cinsel tacize uğramış mağdurun isminin kitapta anılmasının bilimsel nitelikli bir çalışma olması nedeniyle ifade özgürlüğü kapsamında sayılmayacağını ve unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹ Bu kararda unutulma hakkının yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamuya açık tüm kişisel verilere yönelik olarak da uygulanabileceği belirtilmiştir.²

Çalışmamızda, 6545 ve 6763 Sayılı Yasalar ile yapılan değişikliklerle birlikte, öğreti ve yargı kararları çerçevesinde, çocukların istismarının çeşitlerinden birisi olan ve ceza yasasında yaptırıma bağlanmış bulunan çocukların cinsel istismarı suçunun temel kavramlarının anlamı, tarihçesi, karşılaştırmalı hukuktaki yeri, suçun hukuki ve maddi konusunun yanında, suçun faili ve mağduru ile suçun maddi ve manevi unsurları incelenmeye çalışılmış; bununla beraber suçun ortaya çıkış türleri ile muhakeme, yaptırım ve ispat konularına değinilerek çalışmaya son verilmiştir.

¹<https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-cagda-unutulma-hakki/365645> , Erişim Tarihi: 02.03.2018.

²<https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-cagda-unutulma-hakki/365645> , E.T: 02.03.2018.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK ve İSTİSMAR KAVRAMI, CİNSEL İSTİSMARIN BENZER KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI, TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Çocuk Tanımı

İnsanın, insanca yaşama hakkı kolaylıkla kazanılmamış, bu uğurda özellikle Avrupa’da büyük mücadeleler verilmiştir. Ancak özgürlüklerin en fazla yaşandığı ve yaygınlaştığı günümüzde bile bu hakkı elde edememiş milyonlarca insan bulunmaktadır. Çocukluk, insan yaşının belirli bir evresini oluşturmakla beraber, çocukların yetişkin bir insan gibi kendini tam olarak anlatıp savunma yeteneğine sahip olmaması nedeniyle, daha fazla hor görülüp dışlanabildiği görülmektedir. Bu nedenle çocuk kavramının ne anlama geldiğinin tartışılması, onun korunması için gerekli çalışmaların yapılması gerekmektedir.

Çocuk ya da çocukluk kavramı birçok kanunda yer almakla birlikte ne anlama geldiği konusunda herkesin hemfikir olduğu herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Hukukun çeşitli dallarıyla uğraşan uzmanlar konularıyla bağlantılı olarak çeşitli kriterler kullanmışlar, bazen yaşa bağlı olarak, bazen erginliğe bağlı olarak, bazen de işlenen suça ilişkin olarak çeşitli tanımlamalarda bulunmuşlardır.³

Çocuğun, yaşamın doğuştan erginliğe kadar süren dönemini yaşayan varlık olarak belirtildiği gibi⁴ gelişen bir insan yavrusu, olgunlaşmamış, “ergin” sayılmayan küçük yurttaş olduğu, üst sınırı belirsiz bir çağ olduğu da ileri sürülmüştür.⁵ Bunların yanında çocukluğun gerçek yaşama hazırlanan bir dönem olmayıp, amacı kendinde olan, kendine has ihtiyaçları olan ve kendine has yasalarla düzenlenmesi gereken bir

³Evik, Ali Hakan; “Çocuk Suçlarının Yargılanması ve Yaptırımların Uygulanması Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s. 4.

⁴Akarşlan, Mediha; *Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1998, s. 6.

⁵Yörükoğlu, Atalay; *Değişen Toplumda Aile ve Çocuk*, 4. Bası, İstanbul, ‘y.y’, 1992, s. 13.

yaş kesiti olduğu da belirtilmiştir.⁶ Çocuk, sorumluluğu göz önünde tutularak, yaş küçüklüğünden mütevellit, henüz sorumluluğu bulunmayan ve her türlü muameleyi yapmaya yetkili olmayan insan olarak da ifade edilmiştir.⁷

“İnsan” denen unsurun kaynağı olan “çocuk” kavramının tanımı için sözlüğe baktığımızda; “*anne karnında ya da bebeklik çağı ile ergenlik çağı arasındaki gelişme döneminde olan insan yavrusu*” olarak tanımlanmış olduğunu görmekteyiz.⁸

Bir başka açıdan baktığımızda, “çocuk” hususunun, İslâm hukukunda geniş ve detaylı bir biçimde incelenmiş konulardan birisi olduğunu görmekteyiz. Kur’an ve sünnette ergenlik (buluğ) çağına kadar çocuğun “mükellef” olarak belirtilmemiş olması hasebiyle, İslâm düşünürleri, çocukla ilgili hususları başından itibaren bağımsız bir inceleme alanı haline getirmişlerdir.⁹ Genel olarak, İslâm hukukunda buluğa ermemiş insanın “çocuk” olarak belirtildiği gözlenmektedir.¹⁰ Bu süre, temyiz çağına kadar olan süredir.¹¹ Osmanlı döneminde Mecelle ile ilgili hazırlıklar yapılırken aile hukukunun düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu alan boş bırakılmıştır. Fakat, 1916 yılında Hukuk-u Aile Komisyonu oluşturularak aile hukukuna yönelik bir Kanun yapılmıştır. Bu Kanun, Hukuk-u Aile Kararnamesi adı ile 25 Ekim 1917’te yürürlüğe girmekle beraber; 9 Haziran 1919 tarihinde de yürürlükten kaldırılmıştır.¹² Bu Kanuna baktığımızda da “çocuk” tanımının yapılmadığı görülmektedir.

Türk hukukunda “çocuk”; uluslararası hukukta da olduğu gibi on sekiz yaşından küçük olan şahıs olarak kabul edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1.maddesinde; “*sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır.*”¹³

⁶Çanakçı, Erdal; *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Medeni Hak ve Özgürlükler Bölümünün İrdelenmesi*, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, İstanbul, ‘y.y’, 1995, s. 19.

⁷Çeker, Orhan; *İslâm Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1997, s. 29.

⁸Püsküllüoğlu, Ali; *Türkçe Sözlük*, Ankara, ‘y.y’, 1994, s. 263.

⁹Tan, Mine; “Çocukluk Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk Sempozyumu”, İstanbul 23-24 Nisan 1993, s. 13.

¹⁰Çeker, a.g.e, s. 28.

¹¹Cin, Halil - Akagündüz, Ahmet; *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. 2, İstanbul, ‘y.y’, 1990, s. 19.

¹²Kaşıkçı, Osman; *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, ‘y.y’, 1997, s. 376-377.

¹³Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, ülkemizce ihtirazi kayıtla 14.09.1990 tarihinde imzalanmış; 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı resmi gazetede yayımlanarak kabul edilmiştir.

ifadesinin yer almakta olduğunu görmekteyiz. Bu ifadeye göre “çocuk” kavramından; on sekiz yaşını doldurmadan ergin olanlar dışında kalan küçükler anlaşılmaktadır.¹⁴

Çocuk ifadesi Türk hukukunda pek çok düzenlemede yer almakla birlikte tanım olarak gösterilebilecek sınırlı sayıda hüküm vardır.¹⁵ Medeni hukukta çocuk, “hısımlık” kavramını ifade eden ve belli bir ana babadan olan evlat olarak tanımlanan kişidir.¹⁶ Burada çocuk tanımı soybağı çerçevesinde yapılmış, “*ana-baba ile hısımlık ilişkisi içinde bulunup onlara soybağı ile bağlı bulunan kişiyi ifade*” ettiği belirtilmiştir.¹⁷

İş hukukunda çocuğun tarifi yapılmamıştır. Ancak “çocuktan” söz eden hükümler Türk iş mevzuatı içinde yer almaktadır. İş Kanunu’nun¹⁸ 2, 46, 55, 56, 71, 73,74, 85, 87 vd. maddelerinde çocuk deyimini kullanılmıştır. İş Kanunu’nun 71. maddesinde, 15 yaşından küçük çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmektedir. Ancak bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre 14 yaşını tamamlamış ve ilköğretimini bitirmiş olan çocukların, hem bedensel, hem zihinsel ve hem de ahlaki gelişimlerine ve eğitime devam eden çocukların okullarına devam etmesine engel olmayacak türden *hafif işlerde* çalıştırılmalarının mümkün olduğu belirtilmektedir (İş K.m.71). Bunların yanında iş hukuku açısından 12 yaşından küçük kişilerin çocuk olarak adlandırılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak da asgari çalışma yaşına ilişkin genel bir hükmün Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer aldığı, burada da 12 yaşından küçük kişilerin, yasanın deyimiyile, “çocukların” çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmektedir. Bunların yanında iş hukuku açısından 12 yaşından küçük kişilerin çocuk olarak adlandırılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak da asgari çalışma yaşına ilişkin genel bir hükmün Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer aldığı, burada da 12 yaşından küçük

¹⁴Hacıoğlu, Burhan Caner;, “Yeni Türk Ceza Kanunu Yasa Tasarısının Çocuk ve Küçük Hukukuna İlişkin Hükümleri”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:II, Sayı:1, s.3-4. (http://hukuk.erezincan.edu.tr/dergi/makale/1998_1.pdf)

¹⁵Kanımızca toplumun temelini oluşturan ve Türk hukukunda bir çok düzenlemede yer alan çocuk kavramının tanımının yapılmaması bir eksiklik olarak görülmelidir.

¹⁶Serozan, Rona; *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2005, s. 3.

¹⁷Yenerer Çakmut, Özlem; *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, Beta Yayıncılık, 2008, s. 30.

¹⁸RG. 10.06.2003, S. 25134.

kişilerin, yasanın deyiimiyle, “çocukların” çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmektedir.¹⁹

Ceza hukukumuzda; “çocuk” kavramının, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nın (TCK) m.6/1-“b” bendinde; “Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır” şeklinde yer aldığını görmekteyiz. Çocukla ilgili bir diğer düzenleme de 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK) 3.maddesinin “a” bendinde; “Çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda,

1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,

2. Suça sürüklenen çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder.”şeklindedir. Ayrıca, Çocuk Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te de ÇKK’ya benzer bir düzenleme yer almış ve Kanun’da yer aldığı şekilde tekrarlanmıştır.

Çocuk kavramı ile ilgili bir başka düzenleme de 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nda (SHÇEKK) yer almıştır. Bu kanunun 3.maddesinin “b” bendinde “korunmaya muhtaç çocuk” tanımı verilmiştir. Buna göre; “Korunmaya muhtaç çocuk; beden, ruh ve ahlâk gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup;

1. Ana veya babasız, ana ve babasız,
2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan,
3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen,
4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen, çocuğu” ifade

¹⁹Centel, Tankut; *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul, ‘y.y’, 1982, s. 34-35.

etmektedir.²⁰ SHÇEKK’da yer alan tanımda da çocuğun bulunduğu koşullar belirtilerek, çocukların korunmaya muhtaç oldukları belirtilmiştir.²¹

Çocuk ile ilgili bir başka düzenleme de, Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği’nde yer almıştır. Yönetmeliğin 4.maddesi “*çocuk, korunmaya muhtaç çocuk, yardıma muhtaç çocuk, buluntu çocuk, kimliği tespit edilemeyen çocuk, suç işlediği şüphesi altında bulunan çocuk, sokakta yaşayan çocuk, sokakta çalıştırılan çocuk, mülteci, refakatsiz çocuk*” olmak üzere dokuz tane koşullarına göre nitelendirilen çocuk tanımı vermektedir. Burada konumuz ile bağlantıyı daha iyi kurmak ve bazı nüansları belirtmek açısından “korunmaya muhtaç çocuk” ile “sokakta yaşayan çocuk” kavramlarını daha detaylı incelemek gerektiğini düşünüyoruz. “Korunmaya muhtaç çocuk”; beden ruh ve ahlâk gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan; anasız ve/veya babasız, anası ve/veya babası belli olmayan, anası ve/veya babası tarafından terk edilen, anası ve/veya babası tarafından ihmal ve istismara maruz bırakılıp fuhuş, dilencilik, alkollü içki veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen, mülteci, refakatsiz, çalışan ve başıboşluğa sürüklenmese bile ihmal ve istismar nedeni ile mağdur olan çocuktur.²² “Sokakta yaşayan çocuk” ise; yoksulluğun yanında aile parçalanması ve istismar gibi sebeplerle evlerinden kaçmış yahut uzaklaştırılmış, sokakları adeta bir mesken bilmiş, bunun yanında kendisinin bakımından sorumlu bir şahsın korumasından mahrum kalmış, ailesiyle de bağları gitgide azalıp tükenmekte olan ve istismarın her çeşidine açık olan çocuktur. Tüm bu değerlendirmeler ışığında, korunmaya muhtaç çocuktan, istismara uğramış ya da uğramak üzere olan; sokakta yaşayan çocuktan da istismara uğrama ihtimali olan çocuk anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, Çocuk Koruma Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde, Türk Ceza Kanunu’na göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilerek çocuk kavramına daha net bir açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Kanun

²⁰ <http://mevzuat.meb.gov.tr/html/132.html>, erişim tarihi : 20.09.2015.

²¹ 27.05.1983 tarih ve 18059 Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2828 sayılı SHÇEKK’nu için bkz.; <http://mevzuat.meb.gov.tr/html/132.html>, erişim tarihi : 20.09.2015

²² <http://www.koruncuk.org/koruncuklar/korunmayamuhtaccocuktanimi> , Erişim Tarihi: 20.09.2015.

koyucu herhangi bir şekilde ergenlik kazanmış olsa bile kendisine yönelik bir haksız fiil halinde on sekiz yaşını doldurmamış şahsı çocuk kabul etmektedir. Bu da Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükme göre daha yerinde bir düzenlemedir.

2. İstismar Kavramı, Nedenleri ve Çeşitleri

2.1. İstismar Kavramı

“İstismar” kavramı Arapça'dan Türkçe'ye geçmiş olup “birinin iyiniyetini kötüye kullanma”²³ anlamına gelmektedir.

Tüm dünyada bilindiği ve kabul edildiği üzere çocuklar, insanlığın temelini oluşturmalarından dolayı toplumun en önemli bireyleridir. Çocukların bu öneminden ve dış dünyaya karşı kendilerini savunma mekanizmaları tamamen gelişemediğinden dolayı onları korumak için ayrıntılı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak buna rağmen, çocuk istismarının önüne tamamen geçilememiştir. Gelişmiş, gelişmekte olan ya da az gelişmiş ülkeler olup olmadığına bakılmaksızın dünyanın pek çok ülkesinde çocuklar halen kendi ebeveyni, yakınları veya toplumdaki diğer kişilerce kötü muamelelere maruz kalmaktadır.²⁴ Çocuğun maruz kaldığı bu kötü muameleler “çocuk istismarı” olarak adlandırılmakta olup, çocuk istismarının çeşitlerinin birisi de “çocuğun cinsel istismarı”dır.

Çocuk istismarını, “*çocuğun kendisine bakmakla yükümlü kişi veya kişiler tarafından fiziksel ve psikososyal gelişimini engelleyen, gerçekleştiği toplumun kültür değerleri dışında kalan, zarar verici olup ve fakat herhangi bir kaza sonucu oluşmayan ve önlenebilecek olan bir eyleme maruz kalması*” şeklinde tanımlayabiliriz.²⁵

Çocuk istismarı ve çocuk ihmalinin ilk tanımı, 1970 yılında Hellnes adlı bir araştırmacı tarafından, çocuk ile çocuğun bakıcısı arasında çocuğun fiziki ve

²³http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=%C4%B0ST%C4%B0SMAR. Erişim Tarihi: 21.09.2015.

²⁴Başbakkal, Zümrüt – Baysan, Leyla; “Çocuk İstismarı ve İhmali Konusuna İlişkin Polislerin Bilgi Düzeylerinin ve Düşüncelerinin İncelenmesi”, **Çocuk Forumu**, Mayıs-Ağustos, 2004, s. 66.

²⁵Korkusuz, İrfan – Gültekin Akduman, Gülümser – Aytaç, Önder – Akif, Mehmet; “Çocuk İhmali-İstismarı ve Polis”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, Cilt 3, Sayı: 3-4, Temmuz-Ekim 2006, s. 15.

gelişimsel sürecine sirayet eden, “Herhangi bir kaza neticesinde ortaya çıkmayan, etkileşim yahut etkileşim eksikliği” olarak yapılmıştır.²⁶ Helfer ve Kempe ise 1972 yılında, Hellnes’in yapmış olduğu bu tanımlamada birtakım değişiklikler yapmak suretiyle çocuk istismarı ve çocuk ihmali, anne ve babaların yahut çocuktan sorumlu olan diğer şahısların giriştiği veya ihmal eylediği fiiller neticesinde çocukların herhangi bir kaza dışı zarara uğraması şeklinde ifade etmişlerdir.²⁷

Felthous adlı bir diğer araştırmacı ise, biraz daha net söylemlere yer vererek çocuk istismarını, çocuğa yönelik bir kasıt güdülmek suretiyle onu dışlamak, incitmek ve daha da önemlisi bir zarar vermek maksadıyla, doğrudan çocuğun bakımı ile sorumlu olan şahıs tarafından fiziksel bir güç (cebir) kullanarak çok hafiften başlamak suretiyle öldürücü olabilecek olan fiziksel yaralanmalara neden olunması şeklinde tarif etmiştir.²⁸

1975 yılında ise, Parke ve Colimer adlı araştırmacılar, “çocuk istismarı” tanımına başka bir açıdan yaklaşmak suretiyle kültürel boyut eklemiş ve “çocuk istismarını”, “Anne ve babaların yanı sıra çocuğa bakmakla sorumlu olan şahısların giriştiği, çocuk yetiştirme ile ilgili kültürel standartlara uygun olmayan hareket ve hareketsizlikler neticesi sonucu çocuğun kaza dışı hasara uğraması” şeklinde belirtmişlerdir.²⁹

David Gil 1981 yılında “çocuk istismarı” ve “çocuk ihmali”, “İnsanların yaptıkları veya yapmaları gerektiği halde yapmadıkları davranışlardan ya da insanların yarattıkları veya tolere ettikleri koşullardan dolayı, çocuğun gizli güçlerini ortaya koymasının, yeteneklerini geliştirmesinin engellenmesi” şeklinde

²⁶<https://docplayer.biz.tr/30742-Turkiye-de-cocuk-istismari-ve-cozum-onerileri.html> Erişim Tarihi: 21.09.2015. Yalçın, Nur; (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D.), “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, Yüksek Lisans Projesi, İstanbul, 2011, s. 4.

²⁷<https://docplayer.biz.tr/30742-Turkiye-de-cocuk-istismari-ve-cozum-onerileri.html> Erişim Tarihi: 21.09.2015. Yalçın, Nur; (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D.), “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, Yüksek Lisans Projesi, İstanbul, 2011, s. 4.

²⁸<https://docplayer.biz.tr/30742-Turkiye-de-cocuk-istismari-ve-cozum-onerileri.html> Erişim Tarihi: 21.09.2015. Yalçın, Nur; (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D.), “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, Yüksek Lisans Projesi, İstanbul, 2011, s. 4.

²⁹Dr.Ballı, Özge; “Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesine Başvuran Çocuk İstismarı ve İhmali Olgularının Değerlendirilmesi”, Uzmanlık Tezi, Adana, 2010.

tanımlanmaktadır.³⁰ Bu tanıma baktığımızda, çocuğun bedensel, fiziksel ve ruhsal gelişiminin engellenmesine sebep olabilecek eylemlerin de çocuk istismarı ve çocuk ihmali kapsamına alındığı gözlenmektedir.³¹

İstismar genel olarak doktrinde, fiziksel ve duygusal zarara neden olmak üzere insanlar tarafından çocuklara yönelik kasıtlı davranışlar olarak tanımlanırken; Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization / WHO) ise istismarı, “çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz etkileyen; bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek yapılan tüm davranışlar” olarak tanımlamaktadır.³²

2.2. İstismarın Nedenleri

Çocuk istismarı değişik tür ve boyutlarda; dini, ahlaki, toplumsal, kültürel, çocuğun kendisi ile ilgili, ailenin sosyoekonomik durumu ve ebeveynin özellikleri ile ilgili olmak üzere çeşitli kolaylaştırıcı faktörlerle (risk faktörleri) ve bu faktörlerin birbirleriyle etkileşimine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu faktörler, istismarın gelişim üzerindeki olumsuz etkilerini arttıracakları düşünülerek araştırma kapsamında incelenen, istismarla ilişkili özelliklerdir ve istismarın süresi, şiddeti ve faille yakınlık derecesi ile yakından ilgilidir.

Çocuğa karşı gerçekleştirilen şiddet genellikle çocuğun yakinen tanıdığı kişiler tarafından yani yakın çevresinde bulunan anne, baba, aile yakınları, okul öğretmeni ve diğer görevli şahıslar yahut bir başka çocuk tarafından uygulanmaktadır.

Çocuğa yönelik şiddetin nedenleri üzerinde yapılan araştırma ve geliştirilen yaklaşımların hiç birisi tek başına çocuğa yönelik şiddeti açıklayamamakta ve şiddet eğilimi nesiller boyunca azalmaksızın devam etmektedir.

³⁰<https://docplayer.biz.tr/30742-Turkiye-de-cocuk-istismari-ve-cozum-onerileri.html> Erişim Tarihi: 21.09.2015. Yalçın, Nur; (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D.), “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, Yüksek Lisans Projesi, İstanbul, 2011, s. 4.

³¹Yılmaz Irmak, Türkan; (Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Psikoloji A.B.D.), “Çocuk İstismarı ve İhmalinin Yaygınlığı ve Dayanırlılıkla İlişkili Faktörler” – Doktora Tezi, İzmir, 2008.

³²Başbakkal – Baysan, a.g.e., s. 66.

Başlangıçta, çocuk istismarının seyrek olarak kişilik bozukluğu olan, düşük sosyoekonomik düzeyde yetişkinler tarafından uygulandığı, istismarcıların çocukluklarında istismara maruz kalmış kişiler oldukları ve yıllar geçtikçe istismarın yaygınlığının arttığı iddia edilmektedir.

Yapılan çalışmalar, çocuk istismarı ve ihmalinin çok seyrek olmadığını ve çeşitli yapısal özellikteki toplumlarda karşımıza çıkabileceğini göstermektedir. Çocuk istismarı faillerinin ruhsal açıdan problemliliği kişiler oldukları konusundaki düşünce ise bazı araştırmacılarca çok fazla destek bulmamıştır. Çocuk istismarı faillerine özgü bir ruhsal problem tanımlanmamakta dolayısıyla ruhsal problemi olmayan kişilerin de bu tür davranışları gerçekleştirebildiği ve çocukluğunda istismar edilenlerin tümünün istismarcı olmadığı, istismara uğramayan kişilerin de istismarcı olabileceği belirtilmektedir. Yıllar içinde çocuk istismarı ve ihmali davranışlarında gözlenen artışın ise bu konudaki araştırmaların ve farkındalığın artışına bağlı olabileceği öne sürülmektedir.

Diğer bazı araştırma sonuçlarına göre ise çocuğa şiddet uygulanmasının en önde gelen nedenleri olarak; geleneksel aile yapılarında fiziksel cezalandırmanın normal karşılanması (kültürel tolerans), ebeveynin geçimsizlikleri, anlaşmazlıkları, mutsuz ve huzursuz aile ortamı, üvey ebeveyn olma durumu, ailenin ekonomik (yoksulluk, işsizlik, borçlanma vb.) sosyal, ruh ve beden sağlığı ile ve bunların elde edilebilirliği ile ilgili sorunları ön planda sorumlu tutulmaktadır.³³

Çocuk istismarını kolaylaştıran başlıca risk faktörleri ise:

1. *Çocuk ile ilgili risk faktörleri*
2. *Anne – baba ile ilgili risk faktörleri*
3. *Ailenin sosyal yapısı ile ilgili risk faktörleri*
4. *Toplumla ilgili risk faktörleri*

şeklinde ele alınabilmektedir.

³³Kağıtçıbaşı, Çiğdem; *İnsan, Aile, Kültür*, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1996, b.a.

2.3. İstismarın Çeşitleri

Çocuk istismarını; fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar ve ekonomik istismar olmak üzere dört başlık altında ele alabiliriz.

2.3.1. Fiziksel İstismar

Fiziksel istismar, en geniş anlamı itibariyle çocuğun herhangi bir kaza dışı yaralanması olarak tanımlanabilir.³⁴ Fiziksel istismar yaralanmaları çoğunlukla; çimdikleme, ısırma, vurma, tekmeleme, yakma, boğmaya çalışma, şiddetli bir biçimde sarsma veya başka bir fiil gerçekleştirme suretiyle çocuğun beden bütünlüğüne zarar verme, evden kovma, terk ve öldürme gibi aktif eylemler ile gerçekleştirilir. Nitekim, Yargıtay bir kararında kapının kitlenerek çocuğun soğuk bir mevsimde dışarıda bırakılmasını merhamet ve şefkatle bağdaşmayan bir hareket olarak kabul etmiştir.³⁵ Yalnız burada şunu belirtmek gerekir ki; çocuklarda kazalar sık görülmekle beraber yaşla uyum içinde olmayan ve kendiliğinden gelişme olasılığı minimum olan hasarlar istismarı düşündürmelidir.

Hukuki açıdan baktığımızda, fiziksel istismarın tespiti halinde, fiziksel istismara maruz kalan çocukların ebeveynleri, şartlar oluşmuş ise Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "*Kötü Muamele*" başlıklı 232.maddesine göre cezalandırılacaklardır.

232. Madde :

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

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

³⁴Çetin, Gürsel; “Çocuk İstismarı ve İhmali”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, **İstanbul Barosu Yayınları**, 1. Baskı, İstanbul, Ufuk Matbaası, Şubat 2004, s. 29.

³⁵ Akyüz, Emine; *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, Pegem Akademi, 2015, s. 519.

şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 232.maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, her türlü kötü muamele bu suçu oluşturmamaktadır. Kötü muamelenin, merhamet, acıma, şefkat ve vicdan gibi insanî duygularla bağdaşmayacak şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak, bu muamele biçiminin çocukta basit bir tıbbî müdahale ile giderilemeyecek ölçüde olması gerekmektedir. Aksi takdirde, suçun faili TCK'nın 86.maddesinde yer alan "*Kasten Yaralama*" suçundan sorumlu tutulacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 86.maddesinde düzenlenmiş bulunan "*Kasten Yaralama*" suçunda; kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişinin cezalandırılacağı ifade edilmektedir.³⁶ Kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış hali ise, TCK'nın 87.maddesinde yer almıştır. Buna göre, bu madde kapsamında belirtilen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda 86.maddeye göre verilecek cezalar arttırılacaktır.³⁷

³⁶ **5237 sayılı TCK "Madde 86"** -(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

(3) Kasten yaralama suçunun;

- a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,
- b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- e) Silahla, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

³⁷ **5237 sayılı TCK "Madde 87"**- (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
 - b) Konuşmasında sürekli zorluğa,
 - c) Yüzünde sabit ize,
 - d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
 - e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,
- Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat arttırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat arttırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

Fiziksel istismar ve şiddetin çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz³⁸ :

- a. Çocukların fiziksel bütünlüğünü ve insanlık onurunu zedelemektedir.
- b. Çocukların eğitim, gelişme ve yaşam hakkını tehdit etmektedir.
- c. Çocuklarda fiziksel ve psikolojik hasar bırakabilmektedir.
- d. Çocuklara, şiddetin çatışmaları çözmek veya istediklerini yaptırmak için geçerli ve uygun bir yöntem olduğunu öğretmektedir.
- e. Çocuklarda yaşam boyu sürecek toplumsal ve sağlıkla ilgili sorunlara yol açabilmektedir. Bunlar arasında depresyon, saldırgan davranışlar, madde bağımlılığı, akciğer, karaciğer, kalp rahatsızlıkları, okul ve çalışma yaşamında başarısızlık, akranlarla sorunlu ilişkiler ve suça yönelme yer almaktadır.
- f. Disiplin bakımında etkisizdir.
- g. Karşılıklı saygı ve güven ilişkisi oluşmasını engellemektedir.
- h. Şiddet kültürü ile yetişen çocuklar ilerde bu şiddeti uygulayan yetişkinler ve geleceğin istismarcılarından olmaktadır.

2.3.2. Duygusal İstismar

Ailelerin ilişkileriyle çocukların ruh sağlıkları ve uyumu arasında önem arz eden bir ilişki bulunmaktadır. Sağlıklı ana-baba-çocuk ilişkileri sağlıklı kişiliklerin ve sağlıklı toplumların oluşmasında önemli bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişkilerin çocuğun sürdürmekte olduğu hâl ve hareketlerini etkilemenin yanında; gelecekteki davranışlarının şekillenmesinde de önemli bir etkisi vardır.

Çocuğun duygusal istismarı, istismar çeşitleri arasında gündelik hayatta çok sık rastlanılan çocuk istismarı çeşidi olmasına rağmen, tanımlanıp farkına varılması ve anlaşılmasının yanında yasal olarak da kanıtlanması en güç olan istismar çeşididir.

(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

³⁸ Akyüz,a.g.e., s. 519.

Duygusal istismarın tanımlaması yapılacak olursa, duygusal istismar; çocuk ve gençlerin kendilerini etkileyen hâl ve hareketlere maruz kalmak suretiyle yahut ihtiyaçları olan ilgi, sevgi ve bakımdan yoksun bırakılarak toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılmaları durumudur. Bu eylemler; yaş, statü, bilgi, konum ve benzeri özellikleri hasebiyle çocuk veya genç hakkında bilgi sahibi olan şahıs yahut şahıslar tarafından uygulanır.

Unicef, çocukların duygusal istismarını, çocuğun nitelik, kapasite ve arzularının sürekli bir biçimde kötülenmesi, sosyal ilişkilerden sürekli olarak yoksun bırakılması, çocuğun sürekli olarak insanüstü güçlerle, sosyal açıdan ağır hasarlar verme yahut terk etme sureti ile tehdit edilmesi, çocuktan yaşına ve gücüne uygun olmayan isteklerde bulunulması ve çocuğun topluma aykırı düşen çocuk bakım yöntemleri ile yetiştirilmesi olarak tanımlamıştır.³⁹

Çocuğun ayrı bir birey olarak kabul edilmemesi, nitelik, kapasite ve arzularının sürekli kötülenmesi, gereksinimlerinin karşılanmaması, kişiliğinin, yeteneklerinin ve başarılarının yok sayılması, sosyal ilişkilerden yoksun bırakılması, insan üstü güçlerle ya da sosyal bakımdan ağır zararlar vermek veya terk edilmekle tehdit edilmesi, yaşına ve gücüne uygun olmayan isteklerde bulunulması, topluma ve bilimsel esaslara aykırı düşen yöntemlerle yetiştirilmesi, internet, televizyon yahut diğer görsel araçlarla çocuğun içinde bulunduğu yaş ve durumla bağdaşmayan ve görmemesi gereken unsurları görmesini sağlamak (porno filmleri, korku filmleri, şiddet vb.), ebeveynlerin kardeşler arasında ayırım yapması ve çocuklarını kendi evliliklerini kurtarmak adına çıkarları için kullanmaları (özellikle sorunlu evlilikler ile aile içinde yaşanan geçimsizliklerde çocuğu taraf tutmak zorunda bırakmak vb.) şeklindeki eylemler çocuğun duygusal istismarına örnek olarak verilebilir.

Duygusal istismarın sonucunda çocuklarda parmak emme, tırnak yeme, ısırma, altını ıslatma, aşırı hareketlilik, aşırı içe dönüklük, saldırganlık, aşırı pasiflik, hırsızlık, yalan söyleme, depresyon, uyku ve yeme bozuklukları, aşırı kaygılar, fobiler gibi nevrotik tepkiler; bilişsel ve duygusal gelişimde duraklama, uyum

³⁹<http://www.milliyet.com.tr/cocuk-istismari-ve-etkileri-pembenar-yazardetay-aile-1299265/>, Erişim Tarihi : 25.09.2015.

bozukluğu, dikkat bozukluğu, güdü azlığı, aşırı bağımlılık, başarısızlık, zekâ geriliği, ilgi eksikliği, yaşama sevincinin olmaması, suça yönelme, alkol kullanma, okuldan kaçma gibi bozukluklar görülebilir.⁴⁰

Çocuğun duygusal istismara maruz kalması hâlinde somut olaya göre fail, TCK'nın 97.maddesinde yer alan “*Terk*”, 125.maddesinde yer alan “*Hakaret*”, 229.maddesinde yer alan “*Dilencilik*”, 232.maddesinde yer alan “*Kötü Muamele*”, 233.maddesinde yer alan “*Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali*” hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

2.3.3. Cinsel İstismar

Literatüre baktığımız zaman “cinsel istismar” kavramı hakkında pek çok tanımlamanın yapılmış olduğunu görmekteyiz. Somut olaylar ayrı ayrı değerlendirilip mağdurun, failin tutumları göz önüne alındığında araştırmacılar tek bir tanım üzerinde uzlaşmamışlardır. Bu tanımlamanın zorluğu, özellikle hem mağdur hem de failin çocuk olduğu durumlarda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin; iki çocuğun birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel içerikli eylemler “cinsel istismar” sayılmamakla beraber “cinsel deneyim” olarak kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, bu durumun cinsel istismar olarak kabul edilebilmesi için ise mağdur çocuk ile failin yaşları arasında en az beş yaş farkı olması gerektiği belirtilmiş ise de mevcut TCK'da buna yönelik bir hüküm yer almamaktadır.

Literatürdeki “cinsel istismar” tanımlamalarına baktığımızda “cinsel istismar”ın; “*çocuğun, yetişkin bir birey tarafından; cinsel uyarı ve doyum masatlı kullanılması*”⁴¹ şeklinde tanımlandığı gibi, “*bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel maksatlar için kullanılması*”⁴² olarak tanımlandığını da görmekteyiz. Kısacası, “cinsel istismar”; psikososyal gelişimini henüz tamamlayamamış bir

⁴⁰ Akyüz, a.g.e., s.520.

⁴¹ Ovaoglu, Nimet - Uçan, Özlem - Serindağ, Selver; “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, **Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi**, C: 2, S: 4, Y : 2007, s. 14.

⁴² Özbek, Veli Özer; *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 118.

çocuğun, yetişkin bir birey tarafından cinsel stimulasyon⁴³ amacı ile kullanılması manasına gelmektedir. Cinsel istismar ise karşımıza; *temas içermeyen cinsel dokunma, cinsel dokunma, oral yahut genital seks, interfemoral ilişki, seksüel penetrasyon, cinsel sömürü ve başka istismar türlerini içeren cinsel istismar* şeklinde çıkabilir. Cinsel istismar bu şekillerde gerçekleştirilen aktivitelerin türlerine göre tasnif edilebileceği gibi aile içi cinsel istismar ve aile dışı cinsel istismar şeklinde de sınıflandırılabilir.

1999 yılında Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından yapılan istismar ile ilgili tanımlamaya göre; *“sorumluluk, güven ve yetenek ile ilgili genel durumda çocuğun sağlığına, gelişimine ve değerine zarar verebilen, fiziksel ve/veya duygusal kötü davranışı, ihmali, her çeşit ticarî çıkar maksadıyla çocuğun kullanılmasını içeren davranışlar”*dır.⁴⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, bu tanımlama sadece cinsel istismarı değil; çocuğa yönelik gerçekleştirilebilecek olan tüm istismarları kapsamaktadır.

“Cinsel istismar” kavramının tanımlamasının uluslararası alanda fazlaca yapılması karışıklığa sebebiyet vermiştir. Bu karışıklığı gidermek adına Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Merkezi’nin (NCCAN) kanıksadığı tanımlama şöyledir: *“Çocuk ile yetişkin birey arasındaki temas ve ilişki, o yetişkinin yahut başka birinin cinsel hazza doyumunu maksadıyla kullanılmışsa, çocuğun cinsel istismarı olarak kabul edilir. Eğer bir çocuğun diğer bir çocuk üzerinde ciddi ölçüde belirgin bir gücü veya kontrolü gözleniyor ise yahut ciddi bir yaş farkı var ise, istismar, diğer çocuklar tarafından da gerçekleştirilebilecek bir husustur.”*⁴⁵

Cinsel istismar kavramının tam tanımı TCK’da yer almamakla beraber bu deyimden ne anlaşılması gerektiği 103/1-a ve b bentlerinde yer almıştır. Bu bentlere göre; *on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile*

⁴³ Vücutta uyarıcı reaksiyon yaratılması.

⁴⁴Kartal Memiş, Pınar; *Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 14.

⁴⁵ Ziyalar, Neylan; (İstanbul Üniversitesi – Adli Tıp Enstitüsü), “Çocukların Cinsel İstismarından Korunması Bir Eğitim Modeli Önerisi”, Doktora Tezi, 1998, s.10.

veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen davranışlar cinsel istismar olarak kabul edilmektedir.

2.3.4. Ekonomik İstismar

Genel anlamda bir tanım yapacak olursak; çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen, haklarını büyük ölçüde ihlal eden işlerde çalışması yahut düşük ücretli iş gücü şeklinde çalışması ya da çalıştırılmasına “*ekonomik istismar*” denilmektedir. Dünya ülkelerinde çocukların çalışma/çalıştırılma nedenleri; ülkelerin sosyal, ekonomik ve kültürel problemleriyle ilintilidir. Gelir dağılımındaki giderek artmakta olan adaletsizlik ile köyden kente hızlı bir şekilde göç ve bu göçlere bağlı olarak ortaya çıkan gerek sosyolojik gerekse ekonomik sorunlar, artan oranlardaki yoksulluk, özellikle son yıllarda kaçak işçiliğin artması ve özellikle yaşanan son olaylardan ülkemizde artan mültecilerden sonra çocuk emeğinin daha da ucuz olması ve işverenin de ucuz iş gücünü tercih etmesi neticesinde, çalışan yahut çalışma hayatına itilen çocuk sorunu meydana çıkmaktadır. 1994 yılında, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından gerçekleştirilen çocuk anketi neticelerine baktığımızda; ülkemizde 6-14 yaş aralığında 1 milyon 8 bin çocuğun çalıştırılmakta olduğunu görmekteyiz.⁴⁶

Türkiye’deki asgari çalışma yaşı 12 ile 18 yaşları arasında değişmekte olup, bu husus yasalar ile düzenlenmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü çocukların asgarî çalışma yaşının 15 olduğunu ifade etmiştir. Günümüzde kayıt dışı sektörlere baktığımızda ise, sokaklarda simit ve mendil satıp, boyacılık yaparak “çalışan” çocukların yaşlarının daha da küçük olduğu gözlenmektedir.⁴⁷

Öğrenme ve gelişme çağlarında bulunan, boş vakitlerini oyun oynayarak ve kendilerini geliştirecek sosyal faaliyetlerle geçirmeleri gerekmekte olan ve fakat bütün bunları gerçekleştiremedikleri gibi bunun yanında çalışmak mecburiyetinde bulunan “Çalışan Çocuklar” okula gidemeyip, içinde buldukları yaşlarına göre çok

⁴⁶<https://sozkonusucocuksa.wordpress.com/2015/03/22/cocuk-istismari-ve-ihmali-bir-gozden-gecirme/>, Erişim Tarihi: 02.04.2015.

⁴⁷Yalçın, Nur; (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D) - “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, İstanbul, 2011, s. 43.

ağır koşullarda ve sağlıksız ortamlarda uzun saatler (kırsalda haftada ortalama 45, kentlerde 30 saat) alışmak zorunda bırakılmaktadırlar. Buna rağmen, ya neredeyse karın tokluğuna çalışmakta ya da yürürlükte olan asgarî ücretin daha da altında ücret almaktadırlar. İş yerlerindeki yetersiz güvenlik şartları, bilgi eksiklikleri ve bilinsizlikler sebebiyle uğradıkları kazalarda da ya sakat kalmakta yahut da ocuk sayılacak yaşlarında yaşamlarını kaybetmektedirler.

3. Cinsel İstismarının Benzer Kavramlar ile Karşılaştırılması

“Cinsel istismar” kavramı, kendisine benzeyen başka eylemler ile karıştırılabilecek bir kavram olduğundan dolayı, bu karışıklığı gidermek adına bazı benzer kavramlara değineceğiz. Bunlar; cinsel sömürünün içinde yer alan; “ocuk ticareti”, “ocuk pornografisi”, “müstehcenlik”, “ocuk seks turizmi”, “fuhuş” ve bu kavramlar yanında “pedofili” ve “ensest”tir.

3.1. Cinsel Sömürü

“Cinsel istismar” ve “cinsel sömürü” kavramlarının birbirine benzediği hatta bazı durumlarda cinsel istismar eyleminin cinsel sömürü olarak addedildiği durumlar olmasına rağmen, aslında iki kavram arasında farklar vardır. Örneğin, cinsel istismar kavramı tek bir eylemi yani çocuğun karşı gerçekleştirilen cinsel davranış ve eylemleri açıklar iken; cinsel sömürü kavramı ise daha geniş bir kavram olup, çocukların cinsel bir obje olarak görülüp, onların alınıp satıldığı ve benzeri eylemleri açıklayan bir kavramdır. Ayrıca bir diğer fark olarak belirtmek gerekir ki; cinsel sömürü genellikle bir süreklilik arz etmektedir⁴⁸.

Bu iki kavram arasındaki fark, failin amacı yönünden de ortaya çıkmaktadır. şöyle ki; cinsel istismarda failde genellikle cinsel dürtüleri tatmine yönelik bir amaç var iken; cinsel sömürüde failin amacı bu doğrultuda olmaktan ziyade fuhuş ya da ocuk pornografisi yolu ile belirli bir maddi gelir elde etmek olabilir.

⁴⁸<http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/10/Turkce-Rapor-V2.pdf> Erişim Tarihi : 25.02.2017.

TCK'ya baktığımızda cinsel sömürü kapsamında olan bazı eylemlerin Yasada suç olarak belirtilmiş olduğunu görmekteyiz. Örneğin; TCK m.80/1 ve 3'te "insan ticareti", TCK m.226'da "müstehcenlik", TCK m.227'de ise "fuhuş" düzenlenmiştir. "Ensest" kavramı ise TCK'da "cinsel istismar" suçunun nitelikli hâli olarak öngörülüp, ayrıca bir suç olarak düzenlenmemiştir.

3.1.1. Çocuk Ticareti

İnsan ticareti kapsamında değerlendirilecek bir konu olan çocuk ticaretinin; kölelik, organ ve doku nakli, zorla çalıştırma, seks işçiliği gibi pek çok boyutu bulunmaktadır. Konunun çok geniş olması hasebiyle birkaç noktaya değinmekle yetineceğiz.

Çocuk seks ticareti, çocuğun fuhuş maksadı ile kullanılması için bir yerden başka bir yere nakledilmesi, götürülmesi, tutulması, pornografik yayın malzemesi yapılması gibi çeşitli şekillerde olabilir.⁴⁹ Bu eylemlerin temelinde ise; çocuk ticaretinde, onların birer bireyden ziyade birer cinsel obje olarak görülmesi ve bu minvalde bedenlerinin, ruhlarının ve emeklerinin maddi bir çıkar karşılığında sömürülmesi hâli yer almaktadır.

Uluslararası hukuka baktığımızda, çocuk seks ticareti ile ilgili önemli düzenlemelerin olduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki, genel bir düzenleme olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. İnternetin tüm dünyada gelişmesi ile birlikte yaygınlaşan çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu ve benzeri suçların önüne geçmek için de ÇHS'ye ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol düzenlenmiştir. Bunların dışında bir başka önemli düzenleme ise, çocukların seks sömürüsü içinde yer almalarını engelleyici yükümlülükler öngören, 2000 tarihli Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Palermo Sözleşmesi ve Palermo Sözleşmesine ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine ve Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokoldür.

⁴⁹Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 21.

Türk Ceza Kanununda ise çocuk ticareti insan ticareti kapsamında değerlendirilmiş ve 80.maddede “çocuk” kavramı, insan ticareti suçunun nitelikli hâli olarak hüküm altına alınmıştır.

3.1.2. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi

Çocukları müstehcenlik ve pornografiden koruma mücadelesi 1980li yıllarda Avrupa Topluluğu’nda başlamıştır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve buna dair ek protokol ile Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi de bu mücadelede önemli yere sahiptir.

“Müstehcen” kelimesinin anlamı; *açık saçık, cinsel dürtüleri tahrik eden* şeklindedir. Türk hukuk sistemindeki anlamı ise; *eser bütün ile şehvet ve sefahat eğilimlerini tahrik edecek ar ve haya ve adabı rencide edebilecek nitelikte ise müstehcen olarak değerlendirilmelidir*⁵⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, müstehcenlik kavramı tek bir tanım ile ifade edilmediğinden, hakim önüne gelen somut olayı değerlendirerek müstehcenliği tespit edecektir.

Müstehcenlik suçu 5237 sayılı TCK’nın 226.maddesinde 7 fıkra ile düzenlenmiştir. Bu 7 fıkranın 1., 3. ve 5. fıkraları özellikle çocukları korumaya yönelik olup; 5.fıkroda belirtilen hüküm suçun nitelikli hâlini içermekte ve buna göre “çocuk” unsuru, eylemi ağırlatıcı neden olarak cezayı etkilemektedir.

Türk hukukunda müstehcenliğin çocuklarla ilgili hükümleri değerlendirildiğinde; 226. maddenin 1. fıkrasının müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin suçları; 3. fıkrasının çocuk pornografisine ilişkin suçları ve 5.fıkrasının ise çocuk pornografisi, şiddet içeren pornografik ürünlere ve hayvan pornografisine çocukların erişimini sağlamak suçlarını düzenlediği tespit edilmektedir.⁵¹

Belirtmek gerekir ki; çocukların pornografide kullanılmaları yahut çocuklara pornografik içerikli yayın izlettirilmesi aynı zamanda çocuğun cinsel istismarı

⁵⁰ Dönmezer, Sulhi; *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 205.

⁵¹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, s. 40 vd.

eylemlerini teşkil etmektedir. Örneğin; 5237 sayılı TCK m.226/1-a ve b’de hüküm altına alınan; *bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı yahut sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek; bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde göstermek* ile TCK m.226/3’te ifade edilen; *müstehcen görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması* fiilleri cinsel istismara yakın birtakım eylemleri ifade etmektedir.⁵²

Çocuk pornografisi TCK’da ayrı bir madde ile hüküm altına alınmış olmayıp, 226.maddede “müstehcenlik suçu” içerisinde ifade edilmiştir. Ancak, çocuk pornografisi ile mücadele hususunda tek düzenleme TCK’da değildir. 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”, sakıncalı yayınların engellenmesini öngörmüş ve 8.maddesi uyarınca, çocuk pornografisi niteliğinde olduğu tespit edilen yayınlara erişimin engelleneceğini hüküm altına almıştır.⁵³

3.1.3. Fuhuş

Cinsel sömürü kapsamına çocukların fuhuşa teşviki de girmektedir. Bu eylem, TCK’nın “genel ahlâka karşı suçlar” başlıklı bölümünde m.227’de suç olarak belirtilmiş ve fakat “fuhuş”un tanımı bu maddede yer almamıştır. Bu suç ile korunman hukukî menfaat sadece genel ahlâk ve çocukların cinsel dokunulmazlığı olmayıp aynı zamanda toplumsal ahlâk, çocuğun ahlâkı ve çocuğun ruh ve beden sağlığının yanında toplumdaki aile yapısının da korunmasını kapsadığından dolayı bu suç, TCK’da “genel ahlâka karşı suçlar” başlığı altında yer almıştır.

Fuhuşun tanımı, gerek uluslararası düzenlemeler, gerek 1961 tarihli “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”nde yer alan genel kadın tanımı, gerek doktrin tarafından verilen tanım ve gerekse yargı içtihatlarında ortaya konan tanımla

⁵²Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 32.

⁵³Mahmutoğlu; Fatih Selami; “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt II, Sayı 121, Ocak, 2013, s. 16.

fuhuşun ne olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴ Yargıtay'ın kararlarında ifade ettiği bağlamda fuhuş; *bir kadının çıkar karşılığı veya alışkanlık hâlinde vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu surette cinsel ilişkide bulunma sanatıdır.*⁵⁵ Kısa ifade ile ise fuhuş; *para karşılığı meslekî olarak vücudunu verme, yani satma* olarak tanımlanabilir.⁵⁶

Belirtmek gerekir ki; yasa koyucu, TCK m. 227'de ve Genel Kadınlar ve Genelevlerinin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 24.maddesinde "*Korunacak Küçükler*" başlıklı düzenlemesinde "*fuhuşa sürüklenen çocuklar*" ifadesini kullanarak 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun'a atıf yapıp, bu konuda sözkonusu çocuklarla ilgili alınması gereken tedbirleri göstermektedir.⁵⁷

TCK m.227'nin çocuklarla ilgili olan düzenlemesine baktığımızda 1.fikranın; "*Çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Aynı maddenin 2. fıkrası ise reşit olan kişilerin fuhuşa teşvik edilmesini öngörürken maddenin 4, 5 ve 6. fıkraları ise suçun nitelikli hâllerini belirtmektedir.

Fuhuşa teşvik eyleminde, çocuğu ikna, telkin, kandırma, eylemi hoş gösterip cazip kılma yoluyla başkalarına tedarik etme, fuhuş maksadıyla çocuğu barındırma, fuhuş yapmasını kolaylaştırma durumları mevcuttur. Burada belirtmek gerekir ki; kişi bunları kendi cinsel dürtülerini tatmin amacı ile gerçekleştiriyor ise bu eylem, mağdur olan çocuğun yaşı dikkate alınarak ya TCK m.103'te hüküm altına alınmış olan cinsel istismar suçu kapsamına ya da TCK m.104'te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamına girecektir. Bu minvalde, fuhuş suçu ile cinsel istismar suçu arasındaki fark kendiliğinden ortaya çıkmış olmaktadır.

⁵⁴ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 34.

⁵⁵ Yargıtay 5.CD., 30.10.1986 Tarih ve 5998/ 4282 K. sayılı kararı.

⁵⁶ Demirbaş, Timur; *Kriminoloji*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 291.

⁵⁷ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 34.

Sonuç olarak, fuhuş eylemi yukarıda belirttiğimiz gibi cinsel sömürü dahilinde olan eylemlerden olup, cinsel istismar suçundan farklı olarak çocuk üzerinden, çocuğun cinsel bütünlüğünün ihlalinin bir menfaat elde etme söz konusudur.⁵⁸

3.2. Pedofili

“Pedofili” kavramı hukuki olmayıp tıbbi bir kavramdır. Kelime anlamı ile “çocuk seven şahıs” anlamına gelmektedir. Pedofili, ruhsal hastalık olarak parafililer başlığı altında değerlendirilir.⁵⁹ Cinsel istek duyulan çocuk ile arasında en az 5 yaş olması ve bu durumun en az altı ay sürmesi koşulu aranır.⁶⁰ Belirtmek gerekir ki, cinsel istismar suçunu işleyenlerin pedofili hastası olup olmadığı sürekli tartışılmakta olan bir konudur. Pedofili ve çocuklara yönelik cinsel suçlar birlikte irdelenmekle beraber, bu failerin tümü pedofilik değildir. Yapılan çalışmalar, bu grup suçlunun %30 kadarının pedofilik eğilimler taşıdığını göstermiştir.⁶¹

Hukuki açıdan baktığımız zaman, pedofilin önemi, işlenen suç sonrası uygulanacak yaptırımın ve güvenlik tedbirinin belirlenmesi açısından ortaya çıkmaktadır. Pedofili, akıl hastalığı olarak kabul edilmeyen başka bir deyişle isnat yeteneğini etkilemeyen ve tıbbi kaynaklarda sadece bir davranış bozukluğu olarak belirtilen bir durumdur. Yani, bir pedofil, gerçekleştirmiş olduğu cinsel suçlardan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak elbetteki bir pedofili fail olarak kabul edebilmemiz için, düşüncelerini dış dünyaya sirayet ettirmiş olması gereklidir.

Türk hukukunda bir dönem yoğun tartışma konusu olan pedofili ve cinsel istismarın önüne geçebilmek adına son zamanlarda kastrasyon (hadımlaştırma) yöntemi yeniden gündeme gelmiştir. Bu konu hakkında 26.07.2016 tarihli ve 29782 sayılı Resmî Gazete’de “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*” yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Yönetmeliğin 7/1. maddesinde “kimyasal kastrasyon” tedavisi

⁵⁸ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 39.

⁵⁹ <http://www.bengisemerci.com/cocuk-pornografisi-ve-pedofili/>, Erişim Tarihi: 15.10.2015 ; (Parafili, toplum ve kültür tarafından normal kabul edilen cinsel tutumlar farklı davranışları kapsar.)

⁶⁰ <http://www.bengisemerci.com/cocuk-pornografisi-ve-pedofili/>, E.T. : 15.10.2015.

⁶¹ <http://www.bengisemerci.com/cocuk-pornografisi-ve-pedofili/>, E.T. : 15.10.2015.

öngörölmüş ve bu tedavi “cinsel saldırı suçlularına yönelik olmak üzere ayakta ya da yatarak, ilaçla ya da ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına ya da denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azılmasını ya da yok edilmesini sağlayan yöntem” olarak tanımlanmıştı. Ancak, Türkiye Psikiyatri Derneği ile bir vatandaş, yönetmeliğinin bazı hükümlerinin durdurulması ve iptali istemiyle Danıştay’da dava açtı. Dava, Danıştay 10. Dairesi’de görüldü ve Danıştay 10. Dairesi yönetmeliğın 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına oy çokluğuyla karar verdi. Kararın gerekçesinde ise, *Anayasa’da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağıın hüküm altına alındığı* vurgulandı. Bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği anlatıldı. Kararda “*Kanunda sınırları belirsiz tedavi kavramını da aşar nitelikte yöntemler içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonuçlarına varılmaktadır*” denildi. Verilen bu karar uyarınca, hükümlü yönünden uygulanacak tedaviden ne anlaşılması gerektiği hususu yasa ile açıkça hüküm altına alınıncaya kadar yönetmelik uyarınca doktorlar herhangi bir tedavi gerçekleştiremeyecektir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Almanya’da ve Belçika’da kimyasal kastrasyon işleminin fail istediği zaman kendisine uygulandığını görmekteyiz.⁶² Yani her iki ülkede de zorunlu kastrasyon, temel hak ve hürriyetlere aykırı olmasından dolayı kabul edilmemektedir.

Kanımızca tüm bu belirtilenler çerçevesinde, pedofili ve cinsel suçlar birlikte değerlendirildiğinde, uygulanacak olan yaptırımın yahut tedavi biçiminin kastrasyon olmasının sonuçları iyi öngörölmelidir. Bununla beraber, bu hususun, bir yaptırım olarak düzenlenmesi hâlinde caydırıcılığının ne ölçüde etkili olacağı ve cinsel suçların işlenişinin ne derece azalacağıın da düşünülmesi gerekmektedir.

⁶² Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 43-45.

3.3. Ensest

“Ensest”, evlenmeleri yasak kılınmış şahıslar arasında yaşanan cinsel münasebet olarak tanımlanan aile içi bir cinsel sömürü biçimidir. Bir başka ifade ile “ensest” (incestus, fücür), evlenmeleri yasak olan akraba arasındaki evlenmeleri ve evlenme dışı ilişkileri olarak ifade edilmektedir.⁶³ Türk Medeni Kanunu’nun 129.maddesinde evlenmeleri yasak olan kişiler belirtilmiştir. Bu maddeye göre; “1. Üstsoy ile altsoy arasında, kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında; 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında; 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında” evlenme yasağı bulunmaktadır.

Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, ensest eylemini gerçekleştiren kişiler çoğunlukla babalar daha sonra ise erkek kardeşler olmaktadır.⁶⁴ Annelerin bu eylemi gerçekleştirmeleri pek sık karşılaşılan bir durum değildir. Türkiye’de en çok görülen ensest ilişkisi ile baba – kız arasındadır. Ayrıca, aynı ev, aynı ortam içinde, bir çocuğun birden fazla aile üyesi tarafından istismar edilmesi de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Yargıtay’ın da bu doğrultuda kararları mevcuttur.⁶⁵

Ensest ilişkiye sebep olan etmenler ise çok çeşitli şekillerde olabilmektedir. Alkolik baba, annenin çocuklarla ilgilenemeyecek derecede hasta olması veya evi terk etmesi, aile bireylerinin çocuklarla aynı odayı paylaşmaları, aile bireylerinde görülen psikiyatrik bozukluklar, annenin gece çalışmak zorunda olması nedeni ile çocuklara baba ya da üvey babanın bakması ve benzeri etmenler gibi.

Ensest eylemini gerçekleştiren kişide dikkat edilmesi gereken hususlar noktasında; şahsın yaşı, eğitim durumu, medeni hâli, daha önce herhangi bir pedofil eğilim gösterip göstermediği, gerçekleştirdiği bu ensest eyleminin süresi, mağdurun yaşı ve mağdur sayısı, gibi hususlara dikkat edilmesi önem arz etmektedir.

⁶³ Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s.17 vd.

⁶⁴ Tuğrul, Ahmet Ceylani; *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Ensest İlişkiler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 5.

⁶⁵ Yargıtay 5.CD.’nin 01.10.2009 Tarih ve 2009/8526 E. ve 2009/ 10772 K. sayılı kararı.

Mukayeseli hukuka baktığımızda, ensestin bazı ülkelerde suç olarak düzenlenmiş olduğunu ve hatta bazı ülkelerde bu hususun suç sayılmasının pek de yeni bir şey olmadığını görmekteyiz. Örneğin; Fransız hukukunun tarihsel sürecini incelediğimizde ensestin uzun zaman önce cezalandırılmakta olduğunu ve hatta yaptırım olarak da failin yakıldığını görmekteyiz.⁶⁶ Bu eylem daha sonra suç olmaktan çıkarılmış ve fakat 8 Şubat 2010 tarihli 2010 – 121 sayılı Yasa ile yeniden suç olarak düzenlemiştir.⁶⁷

İngiliz hukukunda da “ensest” suç olarak düzenlenmiştir. “Aile İçi Cinsel Suçlar” olarak düzenlenen ensest eylemleri, 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu’nun 25 ila 29.maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.⁶⁸

Türk Ceza Kanunu’nda ise “ensest” ayrı bir suç olarak düzenlenmemekle beraber TCK m.102/3-c ve m.103/3-c’de kısmen düzenlenerek burada belirtilen suçların ağırlatıcı nedenleri olarak hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce, “ensest” eylemi birden fazla hukuki menfaati barındırdığı için bazı ülkelerde olduğu gibi TCK’da da ayrı bir suç olarak düzenlenmelidir.

4. Tarihsel Gelişim

Cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen suçlar, insanlık tarihi kadar eski olmakla beraber, gerek ulusal yasalarda gerekse uluslararası sözleşmelerde yerini alması oldukça yenidir.Aşağıda kısaca “çocukların cinsel istismarı”nın tarihçesini ele alacağız.

4.1. Eski Çağlardan 18.YY’a Kadar Olan Dönemde Cinsel İstismar

Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin, tarihteki ilk uygarlık savaşları dönemlerinde saldırılar için bir fırsat olarak gerçekleştirildiği belirtilmekle birlikte, Antikçağ’da Yunan savaşçılarının henüz buluş çağlarının tamamlanmamış

⁶⁶ Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s.18.

⁶⁷ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 54 – 55.

⁶⁸ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 55.

erkek çocuklarını himaye etmek için ya da sevgili olarak bulundurmamak namına yanlarında götürdükleri ifade edilmiştir.⁶⁹

Aile içi cinsel ilişkinin tarihçesine örneği olarak ise; Sofokles'in Kral Oidipus Tragedyasında, Oidipus'un istemeden babasını öldürdüğü sonra da öz annesi ile evlendiği ve Oidipus'un ise bu gerçeği öğrendikten sonra gözlerini kör etmek suretiyle kendisini cezalandırışı verilebilir.⁷⁰ Bunun yanı sıra ilkçağ kavimlerini incelediğimizde ensest ilişkilerin meşru olduğu görülmekte ve hatta eski Yunan mitolojisinde iki tanrı kardeş olan Zeus ile Hera'nın cinsel ilişkide bulunmalarının doğal bir olay olduğu belirtilmektedir.

Roma imparatorluğunda belirli bir döneme kadar ataerkil bir toplum yapısı söz konusu olduğundan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda cezalandırma hakkı aile reisi olan babaya yahut "censor"lara verilmişti.⁷¹ Roma hukukunda "ensest" eylemini gerçekleştirenler ağır yaptırımlar ile cezalandırılmakta idi.

Ortaçağ'a baktığımızda ise küçük yaştaki kız çocuklarının fuhuş amacı ile çalıştırıldıkları ve hatta krala erkek çocuklarının da çeşitli amaçlar için sunulduğu belirtilmektedir.⁷² Ortaçağ'ın sonlarına doğru kadına yönelik olarak gerçekleştirilen tecavüz olayları dikkate alınmasına rağmen üzerinde sanıldığı gibi çok durulmamıştır. Zira, tecavüz olayları kadının erkek ile evlenmesini sağlayan bir araç olarak görülmekte idi.

Tıp tarihine baktığımızda, hekimlerin zührevi hastalıkların tedavisi ve mikrobun vücuttan atılması için bir kere, çocuk ile cinsel ilişki yaşanmasını önerdiklerine dair birtakım kayıtlar bulunmuş ve BM raporlarına göre bu inanışın

⁶⁹ Topal, Ahmet Hamdi; *Uluslararası Ceza Yargılamasında Cinsel Suçlar*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2009. (Bu eserde, silahlı çatışmalar esnasında icra edilen cinsel şiddetin oldukça etkili bir silah olduğunu ifade etmektedir.)

⁷⁰ Polat, Oğuz; *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı – 1*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 163 – 164.

⁷¹ Dülger, İbrahim; "Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y: 2000, S:6, s. 83.

⁷² Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 59.

hâlen bazı toplumlarda özellikle Güney Afrika bölgesinde yaşayan toplumlarda devam etmekte olduğu belirtilmiştir.⁷³

Asurlular dönemine baktığımızda, bir erkek genç bir kıza tecavüz ederse bu durumda şayet fail evli ise mağdur olan kızın babası, failin karısına karşı aynı eylemi gerçekleştirecek ve fakat fail bekâr ise mağdurun babasına bir miktar para ödemek durumunda kalacaktır.⁷⁴ Türklerin yaşadığı geçmiş zaman dilimlerinde genç kızlara tecavüz edilmesi durumunda ise, fail kişi cezalandırılmakla beraber mağdur ile de evlendirildiği belirtilmiştir.⁷⁵

4.2. İslâm Hukuku'nda Cinsel İstismar

İslâm hukukuna baktığımızda “ırza geçme suçu”nun, “zina”nın ve diğer cinsel suçların, *genel adab ve aile aleyhine işlenen suçlardan* olduğunu görmekteyiz.⁷⁶ İslâm hukukunda “zina” kavramı biraz geniş bir biçimde ele alınmıştır. Şöyle ki, İslâm hukukuna göre zina; her çeşit yasak cinsel ilişki anlamına gelip; suçu gerçekleştiren kişinin medeni durumuna bakılmaksızın (ister evli olsun ister bekâr olsun) zina suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Günümüzde ise zina kavramından sadece evli çiftlerin eşlerinden başka birisi ile cinsel münasebete girmesi anlaşılmaktadır.

İslam hukukunda zina suçunun cezası “had”⁷⁷ idi. Erişkin bir erkeğin kendisinden yaşça küçük bir kız çocuğu ile onun rızası olsa dahi cinsel münasebette bulunması fiili “ırza geçme” olarak kabul edilip cezalandırılmakta idi.⁷⁸

⁷³ Kır, Ebru; “Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları”, *İÜHFİM*, C. LXXI, S.1, 2013, s. 788.

⁷⁴ Dülger, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s. 90.

⁷⁵ Dülger, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s. 90.

⁷⁶ Dönmezer, Sulhi; *Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1950, s. 26.

⁷⁷ “Had” cezası, miktarı İslamiyette kesin olarak bildirilmiş olan cezadır. Allah’ın koyduğu ölçüler, çizdiği sınırlar, emir ve yasakları ifade eder. Hak miktarı Kur’an’a göre belirlenmiş cezalardır. Çoğulu “hudud”dur. Zina cezası; “Hadd- i Zina” olarak tabir edilir ve evli erkek ve kadın için recm (taşlayarak öldürme); bekâr erkek ve kadın için ise yüz sopa (celde) vermektir.

⁷⁸ Dülger, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s. 88.

İslam hukukunda, çocukların cinsel istismarı eylemi, topluma karşı bir suç olarak değerlendirilmekte ve bunun kamu yararına, kamunun manevî şahsiyetine saldırı olduğu dile getirilmektedir.⁷⁹ Bu durumun nedeni de, bu suçun aile yaşamına ve dolayısı ile topluma zarar verilerek gelecek nesillerin yozlaşmasına sebep olmasıdır.

İslam hukukunda cinsel suçlara uygulanan yaptırımlar; basit zina celde (yüz sopa), nitelikli zina recm, ensest ilişki ise idam cezası idi.⁸⁰ Küçük çocuklar ve akıl hastaları kendi rızalarıyla cinsel münasebette bulunsalar bile, bundan dolayı sorumlu tutulmadıkları gibi onların rızaları geçerli kabul edilmediği için eylemi gerçekleştiren şahsa had cezası verilirdi.⁸¹

⁷⁹Udeh, Abdulkadir; *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku – Özel Hükümler*, çeviren: Şafak, Ali, 'y.y.', Kayıhan Yayınları, 2012, s. 407.

⁸⁰ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 69.

⁸¹ Avcı, Mustafa; *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul, Gökkuşbu Yayınları, 2004, s. 160– 168.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI İLE TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN CİNSEL DOKUNULMAZLIĞININ KORUNMASI

1. Uluslararası Belgelerde Çocukların Cinsel İstismarı

Çocuklar kendilerini dış dünyaya karşı bir yetişkin gibi koruyamadıklarından dolayı ayrıca korunmaya muhtaçtırlar. Bu nedenle, gerek uluslararası hukukta gerekse ülkelerin iç hukukunda çocukların haklarını güvence altına alan çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Çocuk haklarının içinde bulunan; cinsel kimliklerine saygı hakkı, cinsel sömürüye maruz kalmama hakkı, cinsel dokunulmazlıkları uluslararası belgelerde hüküm altına alınmıştır. Bu belgelerin bir kısmı temel insan hakları metni olarak kabul edilip taraf devletlerin uyma yükümlülükleri bulunduğu gibi bir kısmı tavsiye kararı niteliğindedir.⁸²

Uluslararası hukuka baktığımızda, “çocuk” ve “çocuk hakları” kavramlarının öncelikle 1923 Milletler Cemiyeti Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi’nde, daha sonra 1959 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nde ve sonrasında 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde (ÇHS) yer aldığını görmekteyiz. Daha sonra, çocuk sömürsünü önlemek adına 1989 tarihli ÇHS’ye ek protokol olarak “Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokolü düzenlemiştir.

1.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi

Çocuk ve çocuk haklarına yönelik ilk önemli adım 26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından da imzalanan

⁸² Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 69.

Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'dir. Bu bildiride bütün çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimlerinin sağlanması, aç çocukların beslenmesi, hasta çocukların tedavi edilmesi, suçlu çocukların ıslah edilmesi, yetim ve kimsesiz çocukların korunması, felaket anında ilk çocuğa yardım edilmesi, çocuğun her türlü sömürden korunması ve kardeşlik duyguları içinde eğitilmeleri gerektiğine yer verilmiştir.

20 Kasım 1959 tarihinde ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi düzenlenmiştir. Bu bildiride, çocuk haklarına yönelik kabul edilen birçok ilke dahilinde çocukların her türlü ihmal, sömürü ve zalimlikten korunması ve hiçbir şekilde ticarete maruz kalmamalarına da yer verilmiştir. Ve fakat, her iki belge de birer bildiri niteliğinde olması sebepleriyle yalnızca birtakım ilkelerin kabul edilmesinden ibaret olup kabul eden devletlere karşı herhangi bir hukuksal yaptırım uygulamayı içermemektedir.

1.2. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ÇHS)

20 Kasım 1959 tarihinde düzenlenen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, Polonya'nın bu bildirgenin bağlayıcılık kazanıp bir sözleşmeye dönüşmesi amacıyla müzakereler başlatmasıyla, 30 yıllık bir sürecin sonunda yani 20 Kasım 1989 tarihinde, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (ÇHS) dönüştürülmüştür.⁸³ Bu Sözleşme ile beraber, sözleşmeye taraf olan devletler, özellikle çocukların cinsel istismarı hususunda olmakla beraber çocuk ticareti ve sömürüsü konularında da gerekli yasal düzenlemeleri ve tedbirleri uygulamakla yükümlü hâle gelmişlerdir.⁸⁴ Bu noktada denetim makamı ise komitedir.

Türkiye, ÇHS'ye 1990 yılında taraf olmakla beraber 09.12.1994 tarihinde Sözleşme'yi onaylamak suretiyle, 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe koymuştur. Anayasa'nın 90.maddesine göre, uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir ve bu antlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.

⁸³ Fendoğlu, Hasan Tahsin; *Çocuk Hakları Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.41-42.

⁸⁴ Fendoğlu; a.g.e., s.39-40.

ÇHS'nin 1.maddesinde “çocuk” tanımına yer verilmiş ve bu tanımda 18 yaşın altındaki herkesin “çocuk” olduğu belirtilmiştir. Çocuğun her türlü şiddete karşı korunma hakkı, ise 19.maddede düzenlemiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre; Sözleşme'ye taraf olan devletlerin, çocuğun anne babasının, vasisinin veya bakımını üstlenen kişinin yanındayken, ırza geçme dahil her türlü istismara karşı korunması için gerek yasal gerekse toplumsal tüm önlemleri alması gerektiği hususu belirtilir iken ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada bahsedilen çocuklar vebu çocukların bakımını üstlenen şahıslar için gerekli desteğin sağlanması maksadıyla sosyal programların düzenlenmesinin sağlanması hususuna yer verilmiştir.⁸⁵

ÇHS'nin 34.maddesine göre ise; çocuğu her çeşit cinsel sömürü ve cinsel istismara karşı korumak devletlerin görevidir.

ÇHS'nin 35.maddesine göre ise; taraf devletlerin her ne sebeple ve hangi şekilde olursa olsun, çocukların satılmaları, kaçırılmaları ve fuhuşa konu olmalarını engellemek için gerek ulusal düzeyde gerekse ikili ve çok taraflı ilişkilerde gereken tüm önlemleri alacakları belirtilmiştir. Bu düzenleme ile, BM, çocuk cinsel sömürüsünün önüne geçmeye çalışarak, taraf devletlere iç hukuk düzenlemelerinde gerekli düzeltmeleri yapmaları hususunda yükümlülük getirmektedir.⁸⁶ Ayrıca, ÇHS'nin 36.maddesinde, Sözleşme metninde belirtilen sömürü türleri haricinde kalan ve ülkeler bakımından çocuk cinsel sömürüsü teşkil eden diğer eylemleri göz ardı etmemek adına bir düzenleme yapılmış ve bu düzenlemede açıkça, çocuklara zarar verebilecek her türlü sömürünün de yasak olduğu belirtilmiştir.

1.3. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyarî Protokol

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde, internet aracılığı ile çocuk pornografisiyle mücadeleye yönelik düzenlemeler, internetle ilgili gelişmelerin tarihsel olarak yeni başladığı dönem olması sebebiyle öngörülmemiştir. Günümüzde internet üzerinden çocuk pornografisi yaygınlaştığı için, bu durumun

⁸⁵ Balo, Yusuf Solmaz; *Uluslararası İlişkiler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 510.

⁸⁶ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 72.

düzenlenmemesi bir eksiklik olarak düşünülmüş ve BM Genel Kurulu, 25 Mayıs 2000 tarihinde *Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisi ile İlgili Ek Protokolü'nü* kabul ederek ÇHS'yi tamamlamıştır. Türkiye ise, bu protokolü, 28.06.2002 tarih ve 24799 sayılı Resmî Gazete'de yayımlayarak, iç hukukunda benimsemiştir.

Bu protokol; çocuk satışı, çocukların yasadışı yollarla evlat edinilmeleri, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisini engellemek amacıyla ve aynı zamanda çocuk ticaretinden ve çocuk pornografisinin ve fahişeliğinin internet üzerinden erişiminin engellenmesi maksadı ile düzenlenmiştir.⁸⁷

Protokol; giriş kısmı ve buna müteakip on yedi maddeden olmak suretiyle iki bölüm olarak düzenlenmiştir.

Protokolün 2.maddesine baktığımızda, protokolün adında geçen eylemlerin tanımlamalarının yapılmış olduğunu görmekteyiz. Bu maddeye göre; **çocuk satışı**; herhangi bir şahıs yahut bir grup şahıs tarafından, ücret yahut başka herhangi bir şey karşılığında bir çocuğun başka birine devredildiği herhangi bir eylem yahut işlem olarak; **çocuk fahişeliği**; bir çocuğun ücret veya başka herhangi bir şey karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılması olarak; **çocuk pornografisi**; çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁸

Protokolün 3.maddesinde ise; hangi yoldan olursa olsun çocuğun cinsel istismarının ve her türlü sömürsünün, protokolü kabul eden devletlerin ceza yasalarına tam anlamıyla girdiğinin garanti edilmesi hüküm altına alınmıştır. Türkiye, bu protokole taraf olmasından dolayı, 5237 sayılı TCK'da *insan ticareti, organ ve doku ticareti, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş* eylemlerini suç olarak düzenlemiş ve hatta bazı hâllerde “çocuk” söz konusu olduğunda, bu durumu suçun bir unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak hüküm altına almıştır.

⁸⁷ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 73.

⁸⁸ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 74.

1.4. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi

Avrupa Konseyi 2001 yılında, çocukların cinsel istismardan, fuhuştan, pedopornografiden korunmalarını sağlamak amacının yanında internet üzerinden işlenebilecek nitelikte olup sınır aşan konuma sahip olan birtakım suçları önlemek açısından, “Siber Suç Sözleşmesi”ni öngörmüş ve bu Sözleşmeye taraf olacak devletlerin bu suçlarla etkin mücadele etmek adına iç hukuklarında gerekli tedbirleri alıp gerekli değişiklikleri yapma yükümlülüğünde oldukları belirtilmiştir. Sözleşmede ayrıca bu suçlarla mücadele etmek adına uluslararası işbirliği hususunda tavsiye niteliğinde hükümlere de yer verilmiştir.

Sözleşme'nin “*Çocuk Pornografisi ve İlişkili Suçlar*” başlıklı 9.maddesi, cinsel istismar biçimi olarak nitelendirilebilecek çocukların internet üzerinde cinsel sömürüsü, pazarlanması, pornografik malzeme olarak kullanılması eylemlerinin yasaklanmasını ve taraf devletlerin iç hukukunda hüküm olmaması hâlinde bu fiillerin suç olarak düzenlenmesini öngörmektedir.⁸⁹

Türkiye bu sözleşmeyi 2011 yılında imzalamış ve fakat daha öncesinde ÇHS'ye taraf olmasının getirdiği yükümlülükten dolayı, 5237 sayılı TCK'nın 226.maddesi ile “müstehcenlik suçu” bünyesinde çocuk pornografisini yasaklamıştır.

1.5. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme (Lanzarote Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi, her çocuğun, ailesi, toplum ve devlet nezdinde, reşit olmamış birey konumunun gerektirdiği koruma tedbirlerinden yararlanma hakkı çerçevesinde çocukların özellikle çocuk pornografisi ve fuhuş yoluyla olmak üzere cinsel suistimali ve yurt dışında işlenen eylemler de dahil olmak üzere çocukların her türlü cinsel istismara maruz bırakılmasının, çocukların sağlığını ve psikososyal gelişimini tahrip etmesinden yola çıkarak *Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel*

⁸⁹ Mahmutoglu, a.g.e., s. 10.

İstismara Karşı Korunması'na Dair Sözleşme, diğer adıyla *Lanzarote Sözleşmesi*'ni 25.10.2007 tarihinde imzaya açmıştır.⁹⁰

Bu sözleşmede, çocukların cinsel istismarı ile mücadele konusunda oldukça kapsamlı ve koruyucu hükümlere yer verilmiştir ve sözleşmenin dayanağını, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararlarının yanı sıra uluslararası kuruluşların çocukların cinsel istismardan korunmasına yönelik karar ve sözleşmeleri oluşturmuştur.

Sözleşmeyi incelediğimiz zaman, “çocuk”, “cinsel istismar” ve “cinsel sömürü” gibi kavramların tanımlamalarının yapıldığını görmekteyiz. Örneğin; 3.maddeye göre, 18 yaşını bitirmemiş birey “çocuk”tur. 18.maddeye göre ise; cinsel istismar; *“ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak; çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:*

- *Baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,*
 - *Aile içi de dahil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite veya nüfuzun suistismal edilmesi veya,*
 - *Çocuğun, zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı durumda olması nedeniyle, özellikle zayıf durumunun suistismal edilmesi.”*
- şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin amacı çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önlemek amacıyla etkin bir biçimde mücadele etmek olduğundan dolayı mühim olan husus uluslar arası adli yardımlaşmadır. Dolayısıyla devletler, sözleşme uyarınca belirlenen suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapmak amacıyla işbirliği yapacaklardır.

2. Mukayeseli Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı

Çocukların cinsel istismarı konusu önemi itibariyle sadece uluslararası hukuk ve Türk hukukunda yerini almakla kalmamış aynı zamanda çeşitli ülkelerin

⁹⁰ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 79.

yasalarında da düzenlenmiştir. Elbette ki her ülkenin düzenlemesi birbiri ile aynı olacak durumda değildir. Örneğin; yaş küçüklüğü bazı ülkelerde suçun unsuru olarak değerlendirilirken bazı ülkelerde ise ağırlatıcı neden olarak nitelendirilmiştir. Bu ve buna benzer farklılıklar ülkelerin sosyolojik ve kültürel yapıları ile ilintilidir.

Çalışmamızın bu başlığında çeşitli ülkelerin cinsel istismar ile ilgili düzenlemelerini incelemeye çalıştık. Bu ülkeler; Fransa, İngiltere, Almanya, İsviçre ve İtalya'dır.

2.1. Fransız Ceza Hukuku'nda

Fransız Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı İşlenen Cürüm ve Cünhalar" başlıklı ikinci kitabının 2. faslında "Fiziki Bütünlüğe ve Psikolojik Bütünlüğe Saldırıları" yer almaktadır. "Cinsel saldırılar" adlı bölüm ise 3. alt başlıkta m. 222–22 ve devamında yer almıştır. Yasanın 222–22. Maddesi; şiddet, tehdit, şaşırtma, zorlama ile gerçekleştirilen tüm cinsel saldırı suçlarını belirtmektedir. Düzenlenen bu suçlardan birincisi, ırza geçme suçudur. Yeni Fransız Ceza Kanununda ırza geçme ve benzeri suçlar, "Genel Ahlâk ve Adap Aleyhine Cürümler" başlığı altında doğrudan düzenlenmeyip, "Vücut Bütünlüğüne ve Psikolojik Bütünlüğe Karşı Suçlar" başlığı altında bir alt bölüm olarak hüküm altına alınmıştır.⁹¹ Çocuğa yönelik olarak gerçekleştirilen ırza geçme eylemlerinin cezası ise yasaya göre faile ağırlatılarak verilecektir.

Çocuklara karşı herhangi bir şiddet, zorlama, tehdit veya hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel içerikli eylemler ise Fransız Ceza Kanunu'nun "Aileye ve Küçüklere Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü bölümünde, "Küçükleri Tehlikeye Koyma" başlığını taşıyan beşinci bölümde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, mağdurun yaşı bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi hususunda benzerlik göstermektedir. Mağdurun on beş ve altı için ilgili olan düzenleme Fransız CK m.227-25 ; on beş – on sekiz yaş aralığında olanlara yönelik düzenleme ise m.227-27'de belirtilmiştir. Madde 227-26'da ise ağırlatıcı nedenlere yer verilmiştir. Bunlar; mağdur üzerinde

⁹¹ Köse Şahin, Behiye; (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D.), "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı" – Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009, s. 17.

otorite gücü olması; birden fazla kişi tarafından işlenmesi; elektronik ortama taşınması ve sarhoşluk hâlleridir.⁹²

2.2. İngiliz Ceza Hukuku'nda

İngiliz yasa koyucusu, diğer ülkelerin yasa koyucularından farklı olarak çocukların cinsel istismarının bir zamanlar İngiltere'de çok yaygın olmasından dolayı, bu durumla daha etkin bir biçimde mücadele edebilmek adına cinsel suçlar ile ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. İngiltere'de cinsel suçlar İngiliz CK'da yer almayı ayrı bir yasa ile hüküm altına alınmıştır. Cinsel suçlarla ilgili yapılan bazı düzenlemelere örnek olarak; 1975 tarihli Sex Ayrımcılığı Kanunu, 1985 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu ve 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu verilebilir.⁹³

2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası üç bölümden ve 142 maddeden meydana gelmekte olup; çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar, Yasa'nın 1.bölümünde 5 – 29. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Bu maddelerde yer alan eylemler tecavüz ve cinsel saldırı olmakla birlikte; çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu, teşhircilik, müstehcenlik gibi eylemler de bu Yasa'da hüküm altına alınmıştır.

Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerde faile verilecek cezayı belirleyen faktörlerden biri, mağdur olan çocuğun yaşıdır. Örneğin; “On Üç Yaşına Kadar Olan Çocuklara Tecavüz ve Diğer Saldırıları” başlıklı bölümde yer alan 5 – 8.maddelerde faile verilecek ceza genel olarak ömür boyu hapis cezası olarak belirtilmiştir. “Çocuk Seks Suçları” başlıklı bölümde yer alan 9 ila 15.maddelerde ise on sekiz yaşında ya da bunun üzerinde bir kişinin on altı yaşın altındaki çocuklara ve on üç yaşın altındaki çocuklara yönelik eylemleri öngörülmeyle beraber ceza yaptırımı genel olarak 14 yıl olarak öngörülmüştür.⁹⁴“Güven Konumunu İstismar” başlıklı bölümde yer alan 16 – 24. maddelerde ise on sekiz yaş altı ve on üç yaş altı çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler öngörülmeyle birlikte son kısımda yer alan “Aile İçi Cinsel Suçlar” başlıklı bölümde yer alan 25 – 29. maddelerde ise şayet

⁹² Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 94.

⁹³ İngiltere'de cinsel suçlar ile ilgili yapılan tüm yasalar için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/all?title=sexual%20offences%20>, Erişim Tarihi : 20.10.2015.

⁹⁴ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 108.

çocuk 16 yaş ve üzerinde ise kendisine gerçekleştirilen cinsel eyleme rızası olduğu takdirde bu eylemin suç teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu'nun 6.maddesi; “on üç yaş altındaki çocuğa duhul yoluyla saldırı” başlığını taşımakta olup TCK'da düzenlenmiş olan cinsel istismarın nitelikli hâline karşılık gelen bu hükme göre; on üç yaşın altındaki bir çocuğun vajina veya anüsüne cinsel nitelikte sair cisim ya da vücudun bir parçasının sokulması suretiyle gerçekleşen bu eylemin de yaptırımını ömür boyu hapis cezası olarak belirtilmiştir.⁹⁵

2.3. Alman Ceza Hukuku'nda

Alman Ceza Kanunu'na baktığımızda 13. bölümünde “Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar” başlığının yer aldığını görmekteyiz.⁹⁶ “Çocukların cinsel istismarı” suçu da bu başlık altında öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, Yasanın 176. maddesinde, çocukların cinsel istismarı suçunun basit (temel) hali öngörülürken; “çocukların ağır cinsel istismarı” başlıklı 176a maddesinde ise suçun nitelikli hali ve “çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması” başlıklı176b maddesinde ise de netice sebebi ile ağırlaşmış hali hüküm altına alınmıştır.

176. maddeye göre;

(1) *Her kim on dört yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerine cinsel davranışlarda bulunulur veya bu çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışlar yaptırırsa, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Her kim, bir çocuğu başka biri üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya veya başka birinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmeye sevk ederse, aynı ceza ile cezalandırılır.*

⁹⁵ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 109.

⁹⁶Yenisey, Feridun – Plagemann, Gottfried; *15 Mayıs 1971 Tarihli Alman Ceza Kanunu*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 240. , Şarman, Ceren; “Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 15-18. (<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20cez%C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

(3) Çok ağır hallerde bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilir.

(4) Her kim,

1. bir çocuk önünde cinsel davranışlarda bulunursa,

2. bir çocuğu, fail veya üçüncü bir kişi üzerinde veya önünde cinsel davranışlarda bulunması veya failin veya bir üçüncü kişinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmesi için, yazılar (m.11 fıkra 3) vasıtası ile etkilerse veya

3. bir çocuğu, ona pornografik resim veya tasvir göstermek, pornografik ses kaydı dinletmek suretiyle veya benzer konuşmalarla etkilerse, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) Her kim 1 ila 4'üncü fıkraya giren bir fiil için bir çocuğu sunar veya bulmayı vaat ederse veya başka bir kişi ile, bu yönde bir fiil işlemek üzere anlaşır, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) 4'üncü fıkranın 3 ve 4 numaralı bentlerine 5'inci fıkraya giren fiiller dışında bu suça teşebbüs ile cezalandırılır.⁹⁷

176.maddede on dört yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçu hüküm altına alınmış ve bununlar on dört yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerde mağdurun rızasının olup olmadığına bakılmayacaktır.

Alman CK'nın 176a Maddesine göre;

(1) Fail son beş yıl içerisinde böyle bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olmuş idi ise, 176 maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkrasında düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Eğer,

1. on dokuz yaşını tamamlamış olan bir kişi, bir çocukla cinsel ilişkide bulunur veya vücuda bir şey sokulması ile bağlantılı benzer bir cinsel davranışı, çocuk üzerinde gerçekleştirir veya bunu çocuğa kendisi üzerinde yaptırırsa,

⁹⁷Yenisey - Plagemann , a.g.e, s. 244 – 245. , Şarman; a.g.e., s. 15-18.

(<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20ceza%20kanununda%20C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

2. fiil birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse,

3. fail, gerçekleştirdiği fiil ile çocuğu, sağlığının ağır bir şekilde bozulma veya bedensel veya ruhsal gelişmesini ağır bir zarar tehlikesine maruz bırakırsa, 176'ncı maddenin 1'inci ve 2'nci fıkrasına giren hallerde, çocuğun cinsel istismarı iki yıldan az olmamak üzere, hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) 176'ncı maddenin 1 ila 3'üncü fıkralarına, 4'üncü fıkrasının 1 ve 2 numaralı bentlerine veya 6'ncı fıkrasına giren hallerde, fail veya diğer suç ortağı fiili, 184b maddesinin 1 ila 3'üncü fıkralarına göre yayılmak üzere hazırlanan pornografik bir yazının (m. 11 fıkra 3) konusu yapmak maksadıyla hareket ederek işlerse, iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) 1'inci fıkranın hafif hallerinde üç aydan beş yıla kadar, 2'nci fıkranın hafif hallerinde ise, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmedilir.

(5) 176'ncı maddenin 1 ila 3'üncü fıkralarına giren hallerde, fiilin gerçekleştirilmesi sırasında çocuğa ağır bir şekilde kötü davranan veya onu ölüm tehlikesine maruz bırakan kişi, beş yıl altında olmayan hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) 1'inci fıkrada belirtilen süre hesaplanırken, failin bir makamın kararı ile bir kurumda muhafaza altında tutulduğu süre mahsup edilmez. Eğer fiil, Alman ceza hukukuna göre 176'ncı maddenin 1'inci veya 2'nci fıkrasına göre suç sayılan bir fiil ise, 1'inci fıkraya giren hallerde, hakkında yurt dışında mahkumiyet kararı verilmiş olan bir fiil, yurt içinde hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan bir fiil ile eşdeğerlidir.⁹⁸

Yasa'nın 176b maddesine göre ise;

Fail cinsel istismarın (madde 176 ve 176a) neticesi olarak, en az ağır dikkatsizlik veya ilgisizlik nedeniyle, çocuğun ölümüne sebebiyet verirse, müebbet hapis cezası veya on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.⁹⁹

⁹⁸Yenisey – Plagemann, a.g.e., s. 246 – 247., Şarman; a.g.e., s. 15-18.

(<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20cez%C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

⁹⁹Yenisey – Plagemann, a.g.e., s. 248. , Şarman; a.g.e., s. 15-18.

(<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20cez%C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

Alman CK m.176a ve 176b’de suçun nitelikli hâlleri hüküm altına alınmıştır. Madde 176a’da çocuğun ağır cinsel istismarı hususu öngörülmeyle birlikte madde 176b’de ise gerçekleştirilen cinsel istismar neticesinde mağdurun ölmesi durumu ayrıca düzenlenmiştir.

2.4. İsviçre Ceza Hukuku’nda

İsviçre Ceza Kanunu’na baktığımızda “çocukların cinsel istismarı” ile ilgili hüküm 187 -189. maddelerde düzenlenmiş ve bu hükmün de yer aldığı bölümün başlığının önce “adap aleyhine işlenen suçlar”, sonra “cinsel düzene karşı işlenen suçlar”, daha sonra “cinsel özgürlük ve onura karşı işlenen suçlar” olması düşünülmüş iken sonuç olarak “*cinsel bütünlüğe karşı suçlar*” olarak kanunda yer almasına karar verilmiştir.

Bu suçla korunmak istenen hukukî menfaat “*çocuğun cinsel gelişimi*”dir.

İsviçre Ceza Kanunu m.187’ye baktığımızda, 16 yaşından küçük çocuğa karşı cinsel eylemde bulunan ya da çocuğu bu eyleme yönlendiren veya dahil eden kişinin 5 yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılacak olduğunu görmekteyiz¹⁰⁰. Fakat, şayet fail ile mağdur arasındaki yaş farkı 3 yaştan fazla değilse yasaya göre bu suç vücut bulmayacaktır. Bir başka husus olarak; şayet fail, suçu gerçekleştirdiği sırada 20 yaşını geçmemişse ve istisnai durumlar mevcutsa veya mağdurla evliyse veya bu tür bir birlikteliği varsa mahkeme cezaya hükmetmeyecektir. Bir başka mühim düzenleme ise m.187/3’te yer almıştır.

“Çocuk aşıklar” düzenlemesi olarak da ifade edilen bu hükme göre; failin mağduru evlilik vaadi ile kandırması hâlinde evlilik gerçekleşse bile hakim faile ceza verebilecektir.¹⁰¹ Ancak, fail ile mağdur, başka ülke hukukuna göre cinsel ilişkiden

¹⁰⁰Şarman; a.g.e., s. 21-22.

(<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20cez%C3%A7%20kanununda%20C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

¹⁰¹ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 96.

önce evlenmişlerse bu durumda İsviçre makamları evliliği kabul edecekler ve fiil cezalandırılmayacaktır.¹⁰²

İsviçre Ceza Kanunu m.188'i incelediğimizde ise faille mağdur arasındaki ilişkinin dikkate alındığını görmekteyiz. Yasakoyucu tarafından, 16 yaşından büyük 18 yaşından küçük çocuğa, büyütme, bakma, çalıştırma veya başka türlü bir bağ ile bağlı olan kişi tarafından bu bağ suistimal edilerek çocukla cinsel ilişkide bulunan veya çocuğu bu cinsel ilişkiye teşvik eden kişinin, 3 yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olmakla birlikte; şayet mağdur bu kişiyle evliyse veya bu tür bir birlikteliği varsa cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir.

189. maddede de ise cebir, tehdit ve şiddet gibi hususlar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; mağduru cebir, tehdit, şiddet veya psikolojik baskı ile ya da direnmesini engelleyerek cinsel ilişkiye zorlayan kişinin, 10 yıla kadar hapis cezası ya da para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmekle birlikte; şayet fail işkence uygulayarak veya silahla ya da tehlikeli bir cisimle suçu işlerse, cezanın 3 yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁰³

2.5. İtalyan Ceza Hukuku'nda

İtalyan Ceza Kanunu'na baktığımızda cinsel suçların altı maddede düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Bu maddelerden ilki olan 609 bis maddesinde genel düzenleme olan cinsel saldırı suçu hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre; *“Her kim, cebir veya tehdit veya otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara maruz kalmaya zorlarsa 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

1) Fiil sırasında mağdurun fiziksel veya psikolojik zayıflığından yararlanarak,

¹⁰² Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 96.

¹⁰³ Şarman; a.g.e., s. 15-18.

(<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20cez%C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

2) *Failin kendisi yerine başka bir kişiymiş gibi mağduru aldatarak bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya iten kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.*

Fiilin hafifliği hâllerinde ceza üçte ikisine kadar indirilir. ¹⁰⁴

Bu maddede, çocuklarla ilgili bir düzenleme olmadığını görmekte beraber, maddenin devamı olan 609ter maddesi suçun ağırlatıcı nedenlerini çocuğun yaşına göre hüküm altına almaktadır. Düzenleme TCK m.103'teki ağırlatıcı nedenlere benzemektedir. Bu maddeye göre; "609bis maddesindeki fiiller,

1) *14 yaşını bitirmemiş kişilere karşı,*

5) *16 yaşını bitirmemiş kişilere karşı olup da üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya vasi tarafından işlendiğinde,*

5 sexes) *Fiil ağır şiddetle veya hareketlerin tekrarlanması nedeniyle fiilden dolayı küçüğe ağır bir zarar meydana gelmişse,*

hapis cezası 6 yıldan 12 yıla kadardır.

Fiil, 10 yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlenmişse ceza 7 yıldan 14 yıla kadardır. ¹⁰⁵

¹⁰⁴Art. 609-bis.Violenza sessuale.

Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Madde için bkz: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona> , Erişim Tarihi : 24.10.2015

¹⁰⁵Art. 609-ter.Circostanze aggravanti.

La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609-bis sono commessi: 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici; 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa; 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale; 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore. 5 bis) all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa. (1) 5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza; (2) 5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza (2); 5-quinquies) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; (3) 5-sexies) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave (3). La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci. Madde için bkz. <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona> , E. T. : 24.10.2015.

Çocuklara yönelik bir diğer önemli düzenleme ise 609quater maddesinde yer almıştır. Bu düzenlemeye göre; *“Her kim, 609bis maddesinde öngörülen hâller dışında,*

1) Fiil anında 14 yaşını bitirmemiş kişiyle,

2) Üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya onunla birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi olup da, 16 yaşını bitirmemiş kişiyle

cinsel davranışlarda bulunursa 609bis maddesinde belirlenen cezayla cezalandırılır.

609bis maddesinde öngörülen hâller dışında üstsoy, ebeveyn, evlat edinen, onunla birlikte yaşayan, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi pozisyonuna ilişkin yetkilerini kötüye kullanarak 16 yaşını bitirmiş küçükle cinsel davranışlarda bulursa 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

609bis maddesinde öngörülen hâller dışında 13 yaşını bitirmiş bir küçükle cinsel davranışlarda bulunan küçük; aralarındaki yaş farkı üçü aşmıyorsa cezalandırılmaz. Fiilin hafifliği hâllerinde ceza üçte ikiye kadar indirilir.

Mağdur, 10 yaşını bitirmemişse 600ter maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ceza uygulanır.”¹⁰⁶

¹⁰⁶Art. 609-quater. Atti sessuali con minorenni.

Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. ⁽¹⁾ Fuori dei casi previsti dall'articolo 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. ⁽²⁾ Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. ⁽³⁾ Si applica la pena di cui all'articolo 609-ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli

Maddeyi incelediğimizde önceki 609bis ve 609ter maddelerinden farklı olarak burada iradeyi sakatlayan herhangi bir unsur olmadan gerçekleşen cinsel eylemlerin söz konusu olduğunu görmekteyiz. TCK ile kıyasladığımızda ise, bu maddede de aile bireyleri ve çocuk üzerinde nüfuzu olabilecek bakım, gözetim yükümlülüğünü haiz olan şahıslar tarafından bu cinsel eylemlerin gerçekleştirilmesinin ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Ayrıca bu maddede mühim olan bir diğer husus ise, iki çocuğun aralarındaki yaş farkı üçü aşmadığı takdirde cezalandırılmayacağıdır.

Küçüklerin cinsel manada kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayan düzenleme ise İtalyan CK'nun 609quinquies maddesinde yer almıştır. Bu madde ise TCK m. 226'da düzenlemiş olan "müstehcenlik suçu"na kısmen benzemektedir.

3. Türk Hukukunda Çocuğun Durumu ve Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Bu başlık altında Türk anayasal düzenlemelerinde çocuğun korunması hususuna kısaca değinmekle birlikte 765 sayılı TCK'da ve 5237 sayılı TCK'da çocuğun cinsel istismarı hususunun ne derece ele alındığı ve daha sonrasında ise 5237 sayılı TCK'da yer alan "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar"ın kısaca bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

3.1. Türk Anayasal Düzenlemelerinde "Çocuğun Korunması" Hususu

Çocukların toplumun temelini oluşturması ve de kendilerini yetişkin bireylere karşı tam anlamıyla koruyamadıklarından dolayı, çocukların anayasal boyutta da korunma altına alınması gereklidir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na baktığımız zaman, 41.maddede "Ailenin Korunması" başlığının yer aldığını görmekteyiz. Ancak, çocuğun daha iyi korunması ve çocuk istismarı ile mücadele edebilmek adına 2010 yılında yapılan değişiklik ile 41.maddeye iki fıkra eklenmiş ve maddenin başlığı "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*" şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Eklenen 2 fıkra ise; "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma,*

anni dieci. Madde için bkz. <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-controla-persona> , E. T. : 24.10.2015 .

yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” şeklinde anayasamızda yerini almıştır.

1961 Anayasasına baktığımızda benzer bir düzenlemenin 35.maddede; *“Aile, Türk toplumunun temelidir.*

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” şeklinde yer aldığını görmekteyiz.

Türk Anayasal düzenlemelerini incelediğimizde, 1961 ve 1982 Anayasaları dışında diğer anayasal normlarda aile hayatını ve çocukların korunmasını anayasal güvence altına alan bir hüküm olmadığını görmekteyiz. Bunun nedeni ise, diğer anayasalarda yasama, yürütme ve yargı erklerine odaklanılmış ve kişileri ancak temel haklar düzeyinde korumanın hedeflenmiş olmasıdır.¹⁰⁷

3.2. 765 Sayılı TCK’da Cinsel Suçlar ve Çocuğun Durumu

765 sayılı TCK’ya baktığımızda “cinsel suçlar”ın, Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhine İşlenen Suçlar babında yer aldığını görmekteyiz. Irza geçme, irza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık suçları 765 sayılı TCK’da ikinci kitabın “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlıklı sekizince babının, “Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” başlıklı birinci faslında 414 – 423. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştı.¹⁰⁸ Çocuklar ile ilgili hükümlerin 414 ve 415.maddelerinde belirtilen “ırza geçme” ve “ırza tasaddi” suçları ile m.416/3’te belirtilen düzenleme 5237 sayılı TCK m.104’te belirtilen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu ile örtüşmektedir.

765 sayılı TCK’nın 414.maddesi “mefruz (varsayılan, farz edilen) cebir ile irza geçme” olarak bilinir ve bu düzenleme; *“Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir*

¹⁰⁷ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s.115.

¹⁰⁸ Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, US-A Yayıncılık, 2013, s. 155.

küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.

Eğer fiil, cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir hâlde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.” şeklinde idi. Bu madde ile yasa koyucu, 15 yaşından küçük bir çocuk cinsel ilişkiye rıza gösterse dahi, yasa koyucu bu rızayı kabul etmeyerek çocuğu koruma altına almakta idi. Anılan maddenin 2.fikrasında ise, cebir, tehdit veya hile ile ırza geçme eylemi belirtilmekte ve burada artık ifsat edilmiş (bozulmuş) bir rıza söz konusu olduğundan dolayı “ırza geçme suçu” meydana gelmiş olmakta idi.

765 sayılı TCK'nın 415.maddesine baktığımızda ise “ırz ve namusa tasaddi”nin hüküm altına alınmış olduğunu görmekteyiz. Bu maddeye göre; *“Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.”*

416. maddede ise “zorla ırza geçme ve tasaddi suçu” hüküm altına alınmış ve bu maddede, 15 yaşını bitirmiş şahıslar açısından bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre; *“15 yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir hâlde bulunan kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

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

Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Maddenin son fıkrasında reşit olmayan bir şahısla onun rızası dahilinde cinsel ilişkide bulunulsa bile faile ceza verileceği düzenlenmiştir. “Reşit olma” ifadesinden; on beş yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük kişilerin

anlaşılması gerekmektedir. On beş yaş altında olup da rıza gösteren çocuğun rızası yoklukla sakattır. On beş yaşından küçükler bakımından cebir olmasa bile mefruz cebir karinesinin varlığı kabul edilir.¹⁰⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki; 765 sayılı TCK döneminde 423.maddede yer alan “evlilik vaadi ile kızlık bozma suçu” 5237 sayılı TCK’da yer almamıştır. 423.maddeye göre; on beş yaşını doldurmuş bir kıza “seninle evleneceğim, vb...” demek suretiyle kandırıp kızlığını bozan fail; şayet mağdur ile evlenecek olursa kendisine uygulanacak olan müeyyide askıya alınacak ve beş sene sonra tüm hukuki neticeleri kendiliğinden ortadan kalkacaktı. Bu hükmün, fail için bir çeşit af niteliğinde olurken mağdur açısından da adeta ceza niteliğinde olması, mağdurun yeterince korunmaması ve de cinsel suçlarla korunmak istenen hukuki menfaatin amacına tam olarak ulaşamayacak olması sebebiyle 5237 sayılı TCK’da yer almaması isabetli olmuştur.

3.3. Genel Olarak 5237 sayılı TCK Çerçevesinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”ın Sınıflandırılması

“Cinsellik” denilen kavram, tüm canlılara bir vergidir olması hasebiyle, doğanın kanunlarına tabi olan etik bir değerdir.¹¹⁰

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların insanlık tarihinde gerçekleştirilen en eski suçlardan olduğu şüphe götürmez bir gerçektir. Bu durumun sebebi, gerek insanın içgüdüsel davranışları, gerekse savaşlarda insanların onurunu aşağılamak adına kadınların ve çocukların cinsel dokunulmazlığına zarar vermek gayesi idi. Geçmiş dönemlerde bu suçlar kimi zaman aile ve adap aleyhine işlenen suçlar olarak düzenlendiği gibi kimi zaman da özgürlükler aleyhine işlenen suçlar olarak belirtildiği görülmektedir.

¹⁰⁹ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s.118.

¹¹⁰ Hafizoğulları – Özen; a.g.e., s. 153.

“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” ile korunmak istenen hukuki menfaat; kişisel hak ve özgürlükler içinde yer alan cinsel özgürlük ve bireylerin vücut bütünlüğüdür.

Türk Ceza Hukuku sistematığına baktığımız zaman, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”ın, 5237 sayılı TCK’nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının “kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde hüküm altına alındığını görmekteyiz. “Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında ise; cinsel saldırı (TCK m.102), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanlar cinsel ilişki (TCK m.104) ve cinsel taciz (TCK m.105) suçları düzenlenmiştir.

“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” 765 sayılı TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK’da “kişilere karşı işlenen suçlar” arasında düzenlenmiştir. Bu durum, insanların cinsiyetine bakılmaksızın “birey olma” kavramına verilen önemin yasada yerini alması adına önemli bir değişimdir. Ayrıca 765 sayılı TCK’da çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel suçlar, o suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmiş iken; 5237 sayılı TCK’da konunun ehemmiyeti açısından bu durum ayrı bir suç olarak hüküm altına alınmıştır.

3.3.1. Cinsel Saldırı (TCK m.102)

“Cinsel saldırı” suçu TCK’nın 102.maddesinde¹¹¹ düzenlenmiş olan ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan bir tanesidir. Bu suçla korunan hukukî yarar “şahsın cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü”dür.

¹¹¹5237 sayılı TCK “Madde 102” – (Değişik : 18/06/2014 – 6545/58 md.)

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

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

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

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

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

Cinsel saldırı suçunu cinsel istismar suçundan farklı kılan hususlardan biri; cinsel saldırı suçunun yetişkin bireylerin cinsel özgürlüklerine karşı işlenen bir suç olmasıdır. Yani, mağdurun yaşı önemlidir.

TCK m.102’de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçunun basit hâli 102.maddenin 1.fikrasının birinci cümlesinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, basit cinsel saldırıda mağdurun vücuduna herhangi bir temas olmamakla birlikte, vücuda herhangi bir cisim yahut organ duhulü de söz konusu değildir.

6545 sayılı Yasa ile 102.maddenin ikinci cümlesinde cinsel saldırı suçunun hafif şekli olan “sarkıntılık” hususu hüküm altına alınmıştır. Sarkıntılık hususunun düzenlenmesi uygulamada sıkıntılara yol açabilecek olsa da failin mağdura karşı gerçekleştirmiş olduğu suç teşkil eden eylemin cezalandırılması noktasından önem arz etmektedir. Zira, “sarkıntılık” denilen eylem süreklilik arz etmekten çok ani hareketlerle oluşan ve cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan eylemlerdir. Örneğin; mağdurun yanağını öpmek ya da kalçasını sıkıp kaçmak “sarkıntılık” çerçevesinde değerlendirilecek ve failin cezası daha az olacaktır. Bu minvalde; eylemin yoğunluğu ve sürekliliği cinsel içerikli eylemin oluşması yönünde gelişen olaylar çerçevesinde değerlendirilerek, eylemin sarkıntılık teşkil edip etmediği belirlenecektir.¹¹²

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâli ise 102.maddenin 2.fikrasında düzenlenmiştir. Buna göre; nitelikli hâlin gerçekleşmesi için sadece temas yeterli olmayıp eylemin cinsel ilişki boyutuna ulaşması gerekmektedir. Buradaki cinsel ilişkiden kasıt; vücuda organ yahut sair bir cismin duhulüdür. Bahsi geçen cinsel ilişki, vajinal, anal yahut oral olabilecektir.

TCK m.102’de hüküm altına alınmış olan cinsel saldırı suçunun faili de mağduru da hem kadın hem de erkek olabilecektir. Cinsel saldırının eşe karşı

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

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

¹¹²Konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Taner, Fahri Gökçen; *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 155 vd.

işlenmesi durumu ise, sadece Medeni Kanun çerçevesinde karı koca olarak kabul edilen çiftler arasında gerçekleştirilebilecek fiiller olmakla beraber, kovuşturma, ancak mağdur eş şikayetçi olduğunda gündeme gelecektir. Bu minvalde, evlenme ile reşit olmuş çocukların evlilik içinde cinsel ilişkiye zorlanması hususunda hangi TCK m.102 mi yoksa m. 103'ün mü uygulanacağı doktrinde tartışmalar yaratmıştır. Konu ile ilgili açıklamalar çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylı bir biçimde ele alındığından bu hususa burada yer verilmeyecektir.

6545 sayılı Yasa'nın 58.maddesi ile yapılan değişiklik sonra TCK 102.maddeden, *“Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”* fıkrası tamamen kaldırılmıştır.

3.3.2. Çocukların Cinsel İstismarı (TCK m.103)

“Çocukların cinsel istismarı” suçu, 5237 sayılı TCK'nın 103.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Suçun mağduru 18 yaşını doldurmamış bireyler yani “çocuklar” olmalarına karşılık suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmamaktadır.

6545 sayılı ve 6763 sayılı Yasalar ile bu kanun maddesinde birtakım değişiklikler (örneğin; “sarkıntılık” hususu eklenmiştir.) yapılmıştır. Çalışmamızın konusunu bu suç oluşturduğundan dolayı daha detaylı bilgilere ilerleyen sayfalarda yer verilmiştir.

3.3.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)

“Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, 5237 sayılı TCK'nın 104.maddesinde¹¹³düzenlenmiştir. Madde 104'e göre “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu; *“Cebir,*

¹¹³**5237 Sayılı TCK “Madde 102”**

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

(2) (Yeniden düzenleme: 18/06/2014 – 6545/60.md) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”¹¹⁴

TCK m.104’ün 2.fikrasında belirtilen “*fail, mağdurdan beş yaş büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır.*” hükmü, 23.11.2005 tarihinde, Anayasa Mahkemesi tarafından, *hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırılık* nedeniyle oy çokluğu ile iptal edilmiştir.¹¹⁵ Bunun yanı sıra, 6545 sayılı Yasa’nın 60.maddesi ile birlikte TCK m.104/2’de yeniden düzenlenme yapılmış ve maddenin 2. fıkrası; “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde Yasa’da yer almıştır.

6545 sayılı Yasa’nın 60. maddesi ile 104.maddeye 3.fıkra “*Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*” şeklinde eklenmiştir.

6545 sayılı Yasa ile yapılan bu değişikliklerle birlikte; encest ilişkisi suç sayan bir düzenleme (104/2) getirilmiş ve evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi kapsamında işlenmesini suç sayan bir düzenleme (104/3) getirilmiştir.

“Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun mağduru; on beş – on sekiz yaş arası kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek kız veya erkek olan küçüklerdir.¹¹⁶

(3) (Ek: 18/06/2014 – 6545/60.md) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikayet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

¹¹⁴ 18. 06. 2014 tarihli ve 6545 sayılı Yasa’nın 60. maddesiyle, bu fıkra da yer alan “altı aydan iki” ibaresi “iki yıldan beş” şeklinde değiştirilmiştir.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.2005 tarihli ve 2005/103 E. ve 2005/89 sayılı kararı.

¹¹⁶ Toroslu, Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.70-71.

On beş – on sekiz yaş aralığında olan küçükler, Medeni Kanun’da belirlenen (örneğin; evlenme veya mahkeme kararı ile reşit olma durumu) herhangi bir şekilde rüştünü kazanmış ise, burada hukuki bir sorun olmayacaktır.

Bu suçta “rıza” kavramı önemlidir. Çünkü, mağdurun on beş – on sekiz yaş aralığında olup rızası olmadan, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir sebeple cinsel ilişki yaşamaya zorlanmaları durumunda artık TCK m.104’te yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçundan değil; TCK m.103’te yer alan “çocukların cinsel istismarı” suçundan dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Mağdurun cinsel ilişki esnasında reşit olmaması gereklidir. Cinsel ilişkiden sonra reşit olması durumu suçun oluşumunu engelleyecek bir husus değildir.

“Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun manevi unsuru genel kasttır¹¹⁷. Suçun olası kast ile işlenmesi pek mümkün değildir çünkü failin reşit olmayan biri ile cinsel ilişkiye girdiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Bu suçla korunmak istenen hukukî menfaatin “cinsel dokunulmazlık” olduğu ifade edilmekle birlikte, bu konu hakkında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu suç ile korunan hukukî menfaatin, on beş – on sekiz yaş aralığında yer alan çocukların cinsel davranışları gerçekleştirme özgürlüğü kapsamında cinsel özgürlükleri olduğunun ifade edildiği gibi; bir diğer yandan, bu suçla korunan hukukî menfaatin, on beş – on sekiz yaş aralığındaki çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beraber cinsel gelişiminin de korunduğu ifade edilmiştir.¹¹⁸ Başka bir görüşe göre ise; bu suçla korunmak istenen hukukî menfaat; cinsel dokunulmazlığın yanı sıra küçükleri zamansız cinsel deneyimlere karşı korumaktır. Bir diğer görüşe göre baktığımızda ise, toplumun genç yaşta cinselliği kabul etmemesinden dolayı kamu düzeninin de bozulabileceğinin ileri sürülmüş olduğunu görmekteyiz.¹¹⁹ Bu konu, inceleme konumuz dışında kaldığından daha detaylı ele alınmamıştır.

¹¹⁷ Toroslu; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s.71.

¹¹⁸ Özbek; Veli Özer, ‘v.d.’, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 366.

¹¹⁹ Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 256-257.

3.3.4. Cinsel Taciz (TCK m.105)

“Cinsel taciz” suçu, 5237 sayılı TCK’nın 105.maddesinde yer alan ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş olan son hükümdür. Yasa’ya göre “cinsel taciz” kavramından; *bir kimseyi cinsel olarak rahatsız veya tedirgin etmek* anlaşılmaktadır. Madde gerekçesine baktığımızda ise “cinsel taciz”den; *temas içermeyen cinsel nitelikteki davranışların anlaşılması gerektiği* belirtilmiştir. 5237 sayılı TCK’da düzenlenen “cinsel taciz”; 765 sayılı TCK’da hüküm altına alınmış olan “*söz atma ve sözle sarkıntılık*” fiillerine karşılık gelen bir eylemdir.

“Cinsel taciz” suçunun faili herkes olabilir. Mağdur konusunda ise değinilmesi gereken hususlar vardır. Bu suç bakımından mağdurun cinsiyetinin herhangi bir önemi yoktur. 6545 sayılı Yasa ile TCK m.105’te değişiklikler yapılmış ve cinsel taciz suçunun çocuğa karşı gerçekleştirilmesi, suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak hüküm altına alınmıştır.¹²⁰

TCK m.105/2’de cinsel taciz suçunda çeşitli ağırlatıcı nedenler belirtilmiştir. Önemli bir hususa değinen ikinci cümlede mağdurun cinsel taciz nedeni ile işi bırakması, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalması hâlleri hüküm altına alınmıştır. Burada okuldan ayrılmak durumunda kalan okul çağındaki çocuktan bahsedilmiştir. Dolayısıyla bu madde hükmünde mağdurun çocuk da olabileceği belirtilmiştir.

¹²⁰5237 sayılı TCK “Madde 105” – (Değişik : 18/06/2014 – 6545/58 md.)

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

(2) Suçun;

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

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

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

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

e) Teşhir suretiyle,

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

Cinsel taciz suçu, özel kast ile işlenebilen suçlardandır. Zira, yasa koyucu da madde metninde bu ifadeye yer vererek açıkça özel kast aradığını belirtmiştir.

Bu suçla korunan hukuki yarar ise “kişinin cinsel özgürlüğü ve cinsel dokunulmazlığı”dır. TCK m.103’te yer alan cinsel istismar suçu ile karşılaştırıldığında ise, kendisine yönelik cinsel eyleme rıza göstermesine sonuç bağlanmayan bir çocuğun cinsel özgürlüğünden bahsedilemeyeceği düşünülürse, çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki menfaatin “cinsel dokunulmazlık” olacağını ifade edebiliriz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, cinsel taciz suçu şikayete tabi olan suçlardandır. Çocuğun cinsel taciz suçunun mağduru olarak değerlendirildiği durumlarda şikayet şartının öngörüldüğü bir düzenleme karşısında çocuktan, veliden yahut vasiden bu şartı gerçekleştirmelerini beklemek ÇHS sistematigi ile örtüşmeyecektir. Zira, çocukların cinsel istismarı ve ülke iç hukuklarında bu nitelikte kabul edilen benzer suçların re’sen kovuşturulması gerektiği ÇHS’nin 25.maddesinde belirtilerek, taraf Devletlere yükümlülük getirmektedir.¹²¹

¹²¹ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 140.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA “ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI” SUÇU (M. 103)

“Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 103. maddesinde hüküm altına alınmıştır. 6545 sayılı (18/06/2014 kabul tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) Yasa'nın 59.maddesi ile değişik ve 6763 sayılı (24/11/2016 kabul tarihli 6763 sayılı Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) Yasa'nın 13.maddesi ile önemli değişikliklere uğramış TCK m.103 aşağıdaki gibidir.

“Madde 103-(Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)¹²²

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

¹²²Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan ‘...tamamlamamış...’ sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır. (Ancak, 24/11/2016 Tarihli 6763 Sayılı Yasa'nın 13.maddesi ile yeniden düzenlenip hüküm altına alınmıştır.)

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

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

anlaşılır.

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

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Korunan Hukukî Menfaat

Bu başlık altında 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda yer alan düzenleme ile korunan hukukî menfaate değinilecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda¹²³ yer alan düzenlemelerde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları; genel ahlâk ve aile düzeni aleyhine işlenen bir suç olarak tanımlanmıştır.¹²⁴ Yani, buna göre, 765 sayılı TCK’daki düzenlemeye göre burada korunan hukukî yarar, “genel ahlâk ve aile düzeni”dir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun cinsel dokunulmazlığa ilişkin düzenlenen suçlara bakışında; erkek, şehvi dürtülerini tatmin etmek amacıyla ırza geçer ve evlenmek maksadıyla da kaçırırdı. Evlenirse problem kalmazdı. Bir kız çocuğunu kaçırmak, onun hürriyetine karşı bir saldırı olarak değil de babasının aile değerlerine karşı bir saldırı niteliğinde sayılırdı. Cinsel saldırı suçları 765 sayılı TCK’da, “ırz”¹²⁵ ve “namus” kavramları ile genel ahlâkın ve aile düzeninin bozulması kavramları altında ele alınmıştı. Bu sebeple, 765 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile korunan hukukî menfaat mağdurun vücut dokunulmazlığı değil; genel ahlâk ve aile düzeni idi. Dolayısı ile cinsel saldırı fiili gerçekleştiğinde aile düzeninin sarsıldığı kabul edilmekte ve aile düzeni bozulduğu için de aileyi dış dünyada temsil eden ve Medenî Kanun uyarınca ailenin reisi kabul edilen koca

¹²³ 01.03.1926 tarihinde kabul edilen 765 sayılı Kanun, 13.03.1926 tarihli Resmi Gazete’de yayımlandı ve 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe girdi.

¹²⁴ Aydın, Murat; *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı), İzmir, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 18.

¹²⁵ “Irz” kavramı, doğrudan cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı karşılamamaktadır. Kadın hakları bakış açısından ise, kadına ait bir değer olmadığı, erkeğin kadına atfettiği ya da erkeğin kadına sahip olmak bakımından kendinde gördüğü bir değer olarak kabul edildiği için eleştirilmektedir.

(baba) şikayet hakkını kullanabilmekte idi. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından önemli bir değişiklik getirerek bu suçlar ile korunan hukukî menfaatin genel ahlâk ve aile düzeni olmasından ziyade, korunan hukukî menfaatin kişinin vücut yani cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir.¹²⁶

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “ırz” ve “namus” kavramlarına yer verilmemiştir ve “çocukların cinsel istismarı” suçu TCK’nın ikinci kitabının kişilere karşı suçlar içerisinde yer alan “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” başlıklı bölümünde yer almıştır. Buna göre, bu suç ile korunan hukukî menfaatin ilk olarak “*çocukların cinsel dokunulmazlığı*” olduğunu belirtmemiz gerekir.¹²⁷ Ancak, burada şunu belirtmek gerekir ki; bu başlık altında düzenlenen cinsel suçlar ile korunan hukukî menfaatin cinsel dokunulmazlıktan ziyade cinsel özgürlük yani cinsel hayatı şekillendiren özgürlüğün olduğu ifade edilmektedir.¹²⁸

Bir diğer açıdan; doktrinde çocukların cinsel istismarı ile korunan hukukî menfaatin “*çocukların cinsel istismara uğramama hakkı*” olarak ifade eden görüşün¹²⁹ yanı sıra başka bir görüş¹³⁰ çocukların cinsel dokunulmazlığı ile birlikte “*ruh ve beden bütünlüğü*”nün de koruma altına alındığını belirtmektedir. Diğer bir görüşe göre ise; çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukukî menfaat; mağdurun cinsel deneyimini erken ve sağlıksız bir biçimde yaşamaması ve böylelikle çocuğun cinsel gelişimini bedensel ve ruhsal açıdan sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesi olarak belirtilmektedir.¹³¹ Doktrinde, çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukukî yararın cinsel özgürlük olduğunu ifade eden görüş; “*çocuğun*

¹²⁶ Akçin, İhsan; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak – Nisan, 2006, s.100. (Fakat burada şunu da belirtmek gerekir ki; bu anlayış 6545 sayılı Kanun ile kısmen terk edilmiş; cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması halinde şikayet hakkı çocuğun veli veya vasisine tanınmıştır.)

¹²⁷ Taner, Fahri Gökçen; *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2013, s. 267-268.

¹²⁸ Taner, a.g.e., s. 46-50. Dülger, İbrahim; “Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlarda Irza Geçme Suçu” (yayımlanmamış doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1998, s. 87.

¹²⁹ Özbek, Veli Özer, ‘v.d’, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 346..

¹³⁰ Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, Caner; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2013, s. 304.

¹³¹ Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Önok, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 394.

cinsel gelişimini dış müdahalelere maruz kalmaksızın tamamlamasının cinsel özgürlük kavramı içinde değerlendirilmesi için, çocuğun bu özgürlük üzerinde tasarruf etme imkanına sahip olmasının zorunlu olmadığı” şeklinde açıklayarak kanun koyucunun bu özgürlüğü on beş yaşına kadar sınırladığını ifade etmektedir.¹³²

Kanaatimize göre, çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlenmesindeki maksat; kendisini koruma kabiliyeti olmayan, bakımı ve her türlü gelişimi ailesi ya da velisi/vasisi tarafından karşılanabilecek durumda olan çocukların cinsel gelişimlerini sağlıklı bir biçimde tamamlayabilmeleridir. Buradaki en önemli husus; çocukların ruhsal ve bedensel olarak henüz hazır olmadıkları bir durum ile karşılaşmalarının önlenmesidir. Bu bakımdan, bu suç ile korunan hukukî menfaatin cinsel dokunulmazlık ya da cinsel özgürlük mü olacağına netice üzerinde yaratacağı etki bakımından değerlendirilmesi ve bu bağlamda hangi menfaat üstün gelirse o menfaatin benimsenmesi gerekir. Çünkü burada önemli olan etkin korumadır. Burada şunu belirtmek gerekir ki; bu suçla korunan hukukî yarar olarak “*cinsel özgürlük*” benimsenir ise hiç şüphesiz daha özgürlükçü bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır. Fakat çocuğun üzerinde tasarruf edemeyeceği bir özgürlüğün, korunan hukukî menfaat yönünden sırf daha özgürlükçü ve daha geniş bir çerçeve ile yaklaşılması ile tercih edilmesi bu düzenlemenin özü ile bağdaşmayacaktır. Bu yüzden, bizce de, bu suç ile korunan hukukî menfaatin öncelikli olarak, çocuğun ruh ve beden gelişimi ile cinsel dokunulmazlığı olarak belirtilmesi gerekir.

2. Fail

Suç, dediğimiz kavram, hukuk devletine hâkim olan hukukî değerleri ihlâl eden insan eylemleridir. Faillik ise her bir suça ilişkin olarak kanunun tanımladığı haksız fiilin gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu olmaktadır. Fail, ceza hukukunda suç tarifine uygun vakıaların aslî karakterlerindedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun faili olabilecek şahıslar açısından kanunda herhangi bir özellik aranmadığından dolayı bu suçun faili cinsiyet ayırımı

¹³² Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 269.

yapılmaksızın kadın veya erkek herkes olabilir. Bunun yanında fail ve mağdur aynı cinsiyetten olabileceği gibi farklı cinsiyetlerden de olabilirler. Hatta bir çocuk bile bu suçun faili olabilir. Ancak çocuğun fail olduğu durumda çocuğun sorumluluğu TCK m.31 kapsamında belirlenecektir. Failin yaşının ise genel hükümler dışında bir önemi yoktur.¹³³

6545 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeden önce, “cinsel istismar” suçu bakımından mağdurun yaşı hususunda düzenleme bulunmakla beraber, bu suçun failinin yaşı noktasında kanunda özel bir düzenleme yer almamıştı. Bu duruma ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Aydın’a göre; erken yaştaki birtakım cinsel davranışların çocuklar arasında bir oyun olarak ortaya çıkması durumunda suçun mağduru ile faili kolay kolay ayırt edilememektedir. Örneğin; 13 yaşındaki bir erkek çocuğu ile 14 yaşındaki bir kız çocuğunun öpüşmeleri durumunda her ikisi de TCK m.103/1’e göre, “cinsel istismar suçu”nun hem faili hem de mağduru olabilmektedir.¹³⁴ Bu minvalde, her iki çocuğu da bu madde uyarınca hem cezalandırmak hem de mağdur olarak kabul etmek gerekecektir ki; bu durum hem ceza hukukunun genel ilkelerine hem de çocukların korunması esaslarına aykırılık teşkil eder.¹³⁵

Buradaki önemli husus; on beş yaşını doldurmamış bir çocuk ile yine on beş yaşını doldurmamış bir çocuk arasında rızaya dayalı olarak gerçekleşmiş olan cinsel ilişki fiilinin ya da cinsel amaçlı birbirlerini ellemeleri yahut on beş yaş - on sekiz yaş arasında olan çocukla, on beş yaşından daha küçük bir çocuğun cinsel münasebeti söz konusu olduğunda bunun suç oluşturup oluşturmayacağı ve şayet suç oluşturacak ise somut olayda failin ve mağdurun kim olacağının tespit edilmesidir. Kanımızca burada bir suçun varlığından bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira, çocukluktan ergenliğe geçiş döneminde olan çocukların cinselliği keşfetmek amacı ile birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri dokunuşlarda suç işleme kastı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca burada, cinsiyet ayırmacılığı yaparak fizikî açıdan duhul eylemini gerçekleştirmeye uygun olan erkek çocuğunu fail olarak kabul etmek adalet ve hakkaniyet kavramlarına aykırılık teşkil edecek olmakla birlikte, maddî hakikatin

¹³³ Artuç, Mustafa; *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınları, 2008, s. 639.

¹³⁴ Aydın, a.g.e., s. 20.

¹³⁵ Aydın, a.g.e., s. 20.

de ortaya çıkarılması mümkün kılınmayacaktır. Bahsedilen bu hususlara dair şu şekilde görüşler mevcuttur. Bu sorunu “isnat problemi” yoluyla çözümlenmeye çalışan görüşe göre somut olay, TCK m.31’de belirtilen yaş gruplarına göre çözümlenmeye çalışılmalıdır.¹³⁶ Ancak, bir diğer görüşe göre, şayet problem bu şekilde çözülmeye çalışılırsa, burada da eylemin kim tarafından başlatıldığı sorunu gündeme getirilebilecek ve yaşları birbirine yakın ve fakat TCK m.31 kapsamında 12-15 yaş aralığında bulunan çocukla 12 yaşını doldurmamış olan çocuğun durumu yine tartışmalı olarak kalacaktır.¹³⁷

Bir diğer görüşe göre, her iki çocuğun hem fail hem de mağdur olmasından mütevellit, ikna eden tarafın fail olacağıdır. Ancak bu görüşe göre dikkat edilmesi gereken husus, buradaki “ikna” fiilinin iradeyi etkileyen sebep şeklinde değil de basit bir teklif niteliğinde olması gerektiğidir.¹³⁸ Ancak, kanımızca, şayet bu görüş benimsenecek olursa çocukların ifadeleri yanıltıcı olabileceği için adaletsiz sonuçlarla karşı karşıya kalınabilecektir.

Bu problemi gidermek için kanaatimizce, TCK m.103’e küçükler arası cinsel davranışları düzenleyen özel bir hüküm getirilmelidir. Nitekim doktrinde Özgenç, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından çocuklar arasında meydana gelen cinsel davranışları değerlendirirken faili ve mağduru belli olmayan bir suçun olamayacağını ve çocuklar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışların cezalandırılmadığını belirterek bunun aile ve toplum disiplini kapsamında çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³⁹ Çocukların salt meraktan dolayı ya da oyun amaçlı birbirlerine yönelttiği cinsel eylemlerden dolayı cezalandırılması ceza hukukunun genel ilkelerine, adalet ve hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği gibi TCK m.103’te korunmak istenen hukukî menfaat ile de bağdaşmayacaktır. Dolayısı ile bu duruma açıklık getirilmesi amacı ile TCK m.103’e ek bir hüküm getirilmelidir.

¹³⁶ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 290.

¹³⁷ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 157.

¹³⁸ Malkoç, İsmail; *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2005, s. 156.

¹³⁹ Özgenç, İzzet; *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2006, s. 806.

Yukarıda bahsettiğimiz sorunsala açıklık getiren bir madde olarak İsviçre Ceza Kanunu'nun 187.maddesini örnek olarak gösterebiliriz. Bu hükümde, on altı yaşından küçükler için cinsel istismarı öngören 1.fikradan sonra düzenlenmiş olan 2.fikrada, bunlar arasında yani on altı yaşından küçükler arasında gerçekleşen cinsel davranışların yaşları arasında üç seneyi geçmeyen fark olması hâlinde cezalandırılmayacağı belirtilmiştir.¹⁴⁰ Benzer bir şekilde TCK'nın 104. maddesinin 104/2. fıkrasının ilk halinde yer alan yaş farkı hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi, ana fikir olarak yaş farkının beş olarak belirlenmesinin haklı bir nedeni olmadığını ortaya koymuştur.¹⁴¹ Bu nedenle ilk olarak bakılması gereken nokta; hem faili hem de mağduru çocuk olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, fail ile mağdur arasında bir yaş farkının düzenlenip düzenlenmeyeceği, düzenlenecek ise bu yaş farkının kaç yaş olması gerektiğinin bilimsel olarak belirlenmesi olacaktır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçun failinin çocuk olması durumunda, mağdur ile fail arasında bir yaş farkı benimsenmesinin gerekli olduğu, bu yaş farkının da üç olması gerektiği fikrindeyiz. Zira; 18 yaşını doldurmamış olan şahıslar çocuk olarak kabul edilmekle beraber çocukluk çağı denilen dönem farklı gelişim dönemlerinden meydana gelmektedir. Çocukluğu farklı dönemlerde ele alma gerekliliği, çocukların farklı yaş dönemlerinde farklı gelişimsel özellikler sergilemelerinden kaynaklanır. Genellikle bebeklikten ergenliğe kadar olan dönemler arasında 3 yaş vardır. Örneğin; doğumdan itibaren ilk 1 yıl bebeklik dönemi, 1-3 yaş özerklik dönemi, 3-6 yaş oyun çağı, 6-10 yaş okul çağı olarak adlandırılmakta; 10-11 yaşlarında başlayan ergenlik döneminin ise 20'li yaşların başına kadar sürdüğü belirtilmektedir. Bu durumun yanında ceza kanununun sistematığına baktığımızda örneğin; “yaş küçüklüğü” ve “sağır ve dilsizlik” ile ilgili TCK m.31. ve 33'e baktığımızda “3 yaş” farkının olduğunu görmekteyiz. Dolayısı ile burada da “3 yaş fark”ın getirilmesi isabetli olacaktır.

¹⁴⁰Küçüklerin gelişimini tehlikeye atmak/çocuklarla cinsel davranışlar başlıklı madde 187 .

1. **16 yaşından küçük bir çocuk ile** cinsel davranışta bulunan kişi, bu yaşta bir çocuğu cinsel davranışta bulunmaya yönlendiren kişi, bu yaşta bir çocuğu cinsel davranışın içine sokan kişi en fazla beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

2. eğer **cinsel davranışta bulunanlar arasındaki yaş farkı üç yaşı geçmiyor** ise davranış cezalandırılmaz.

3. Eğer davranış sırasında fail 20 yaştan küçük ise ve özel şartlar mevcut ise veya **mağdur fail ile evlendi veya yasal partnerlik kurdu** ise yetkili makam kovuşturmadan vazgeçebilir, davayı mahkeme önüne taşımaktan veya para cezası vermektan vazgeçebilir.

4. Eğer fail gerekli özeni gösterse kaçınabilecek iken hata ile mağdurun en azından 16 yaşında olduğunu düşünerek hareket etmiş ise en fazla üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 23/11/2005 gün, 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar sayılı hükmü. RG. 25/02/2006, Sayı 26091.

Son husus olarak, “dolaylı faillik” noktasına da değinmek gerekir. “Dolaylı faillik”; şahsın, bir başka şahsı araç olarak kullanma yoluyla suç işlemesidir. Dolaylı fail dediğimiz şahıs, suçun icrai hareketlerine katılmamakta ve fakat suçun icra hareketlerini gerçekleştiren şahsın üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Bu nedenle; başka bir kişi ve onun hareketinin üzerinde hakimiyet kurulması hasebiyle, şahsın cezai sorumluluğu TCK m.37/2’de belirtildiği gibi asıl fail gibi olmaktadır. Ayrıca TCK m.37/2’ye göre; kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda ise araç olarak kullanan kişinin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki; cinsel istismarın söz konusu olabilmesi için, failin kendisinin doğrudan doğruya çocuğun vücudu üzerinde cinsel davranışları gerçekleştirmesine gerek yoktur. Çocuğa, kendisine yönelik cinsel davranışta bulunduran kişi de “cinsel istismar”ı gerçekleştirmiştir.¹⁴² Benzer şekilde, çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan şahsın fiili de “cinsel istismar” suçunu oluşturacaktır.¹⁴³ Örneğin; internette kamera üzerinden konuşmakta olan failin, çocuk olan mağdurdan parmağını vajinasına sokmasını istemesi ve bu konuda diretmesi üzerine mağdur olan çocuk bu hareketi gerçekleştirdiği takdirde, burada dolaylı faillikten bahsedilecektir.

3. Mağdur

TCK m.103’te yer alan “*çocuğun cinsel istismarı suçu*”nun gerek başlığında gerekse içeriğinden anlaşılacağı üzere mağduru ancak bir “*çocuk*”tur. Burada belirtmek gerekir ki, kanunda mağdurun cinsiyetinin önemi yoktur. Yani mağdur, kız ya da erkek çocuğu olabilir.

“Çocuk” ile ilgili düzenlemelere baktığımızda, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 1.maddesine göre, daha erken bir yaşta reşit olma hâli dışında , on sekiz yaşını doldurmamış olan her bir birey“çocuk” sayılır. Bu

¹⁴² Koca, Mahmut – Üzülmmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 315.

¹⁴³ Koca – Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 315.

hükümden açıkça anlaşılmaktadır ki, on sekiz yaşını doldurmamış bir kişinin reşit olması hâlinde bu kişi çocukluktan çıkacaktır.

Uluslararası düzenlemelerden sonra Türk hukukundaki düzenlemeye yani Türk Ceza Kanununa ve Çocuk Koruma Kanununa baktığımızda, çocukları koruma açısından daha üst seviyede bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6/1-c maddesindeki tanıma göre, “*on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur.*” “Çocuk” kavramına yönelik bir diğer düzenleme ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3/1-a maddesinde yer almıştır. Buna göre, “*daha erken yaşta ergin olmuş olsa dahi, on sekiz yaşını tamamlamamış olan kişi çocuktur.*” 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu erken yaşta ergin olma hâllerini düzenlemiştir. TMK.m. 11’de erginlik yaşı “on sekiz” olarak belirtilmiştir. TMK. m. 12’de ise, on beş yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızasının yanında mahkeme onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş; ayrıca on altı yaşını doldurmuş olan kişinin hakim kararı ile on yedi yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği kabul edilerek evlenme yolu ile erginlik durumu sözkonusu olacak olsa da TCK ve ÇKK’ya göre bu şahıslar çocuk olarak değerlendirilecektir.

3.1. On Beş Yaşından Küçük veya Büyük Olma Hâli

Çocuklara yönelik cinsel istismar fiillerinde “on beş yaş” suçun nitelendirilmesi bakımından önemli bir yaşır. Dolayısı ile bu başlık altında yeri gelince TCK m.104’te yer alan “*reşit olmayanla cinsel istismar*” suçuna değinilecektir.

Cinsel istismara uğrayan mağdur çocuk on beş yaşını doldurmamış yahut on beş yaşını doldurmuş olmakla beraber fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan bu çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel istismar eyleminin failinin kaç yaşında olduğuna, bu eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine, failin, mağdurun vücuduna organ yahut sair bir cisim dahil ettirip ettirmediğine bakılmaksızın fail için ceza öngörülmüştür.

Cinsel istismara uğrayan mağdur çocuk 15 yaşını tamamlamadığı hâlde, fail tarafından cebre veya tehdide maruz kalmış ise veya fail, mağdurun vücuduna organ yahut sair bir cisim duhul ettirmiş ise failin yukarıdaki duruma göre daha ağır cezalandırılması öngörülmüştür.

Cinsel istismara eylemine maruz kalan mağdur çocuk 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış ise ve cinsel eylem onun rızası dışında gerçekleşmiş ise yani fail, mağdura cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka neden uygulamış ise, bu durumda failin eylemi TCK m.103'te yer alan "*çocuğun cinsel istismarı*" olarak nitelendirilmekte ve bu kanun hükmü uyarınca cezalandırılmaktadır.

Mağdur, 15 yaşından büyük ve fakat 18 yaşından küçük ise ve fail, mağdurun vücuduna organ yahut sair bir cismi onun rızası ile duhul ettirmiş ise, bu durumda fiil TCK m.103'te yer alan "*çocuğun cinsel istismarı*" olarak değil; TCK m.104'te hüküm altına alınmış olan "*reşit olmayanla cinsel ilişki*" olarak nitelendirilecektir.

3.2. Evlilik İle Reşit Olmuş Çocukların Durumu

Türk Medeni Kanununun (TMK) "*erginlik*" başlığını taşıyan 11.maddesine göre; "*Erginlik on sekiz yaşın doldurulması ile başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.*" Yine TMK'nın "*ergin kılınma*" başlığını taşıyan 12.maddesine göre; "*On beş yaşını tamamlayan küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.*" Burada özellikle evlilik ile reşit olmuş fakat on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun mağduriyet durumu tartışılmıştır. Bu başlık altında iki problem ele alınacaktır. İlk olarak, evlilik birliği içinde eş tarafında gerçekleştirilen cinsel eylemlerin nitelendirilmesi; ikinci olarak ise, üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemlerin nitelendirilmesi.

Bir çocuk her ne kadar mahkeme kararı ile reşit olmuş olsa da hem TCK hem de ÇKK'ya göre on sekiz yaşından küçük olmasından dolayı "*çocuk*" sıfatını haizdir. Dolayısıyla mağdur çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel içerikli eylemin niteliği "*cinsel istismar*" olacaktır. Burada tartışmalı olan konulardan ilki, evlilik

birliği içinde meydana gelen cinsel istismar fiilinde mağdur çocuğun hangi hüküm kapsamında korunacağıdır. Çünkü bir yandan cinsel saldırıyı düzenleyen TCK m.102 kapsamında eşler arası meydana gelen cinsel saldırı hüküm altına alınmışken bir diğer yandan da TMK m.124'e göre evlilik ile reşit olan küçüğün hukukî statüsündeki bu değişimin meydana gelen suçun tasnifini etkileyip etkilemeyeceği sorunu önemlidir.¹⁴⁴

On beş yaşını tamamlamış küçüğün evlilik ile reşit olduğu durumda evlilik birliği içinde eşi tarafından cinsel istismara uğraması hâlinde bu duruma TCK'da yer alan hükümlerden hangisinin uygulanacağı konusunda gerek uygulamada gerekse doktrinde çeşitli tartışmalar olmuştur. Ergin kılınmanın ceza hukuku açısından değil de medenî hukuk açısından mühim olduğunu belirten Yalçın Sancar, Horozgil ve Taner'in görüşüne göre; eylem bakımından çocuğun yaşının mühim olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁵ Taner'e göre; yasa koyucunun evlilik birliği içinde gerçekleşmiş olan cinsel istismarı hüküm altına alırken korumak istediği hukukî yararlardan biri de "aile birliğini korumak" olduğu için, evlilik ile reşit olmuş 18 yaşını doldurmamış mağdur küçük bakımından TCK m.102/2'nin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴⁶ Yine Taner'e ve Savaşçı'ya göre; cinsel davranışlar, 18 yaşından küçük olup da evlilik ile reşit olmuş şahsa karşı eş tarafından gerçekleştirilirse TCK m.102/2; üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilirse TCK m.103 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; bununla beraber bu yorumun suçun basit hali bakımından söz konusu olabileceğini belirten görüş; nitelikli cinsel istismar söz konusu olduğunda artık burada TCK m.103 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁷

18 yaşını tamamlamadan hakimın kararı yahut velisinin izni ile evlenen bir çocuğa karşı eşinin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi durumunda somut olaya hangi hükmün

¹⁴⁴ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 146.

¹⁴⁵ Yalçın Sancar, Türkan; "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler", **AÜHFD**, C: 51, S. 3, Y: 2002, sh. 8 .Horozgil, Denizhan; "Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli", **TBB Dergisi**, Y: 2011, S. 93, sh. 116 ; Taner; *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 161.

¹⁴⁶ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 161.

¹⁴⁷ Savaşçı, Bilgehan; *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara, Legal Yayıncılık, 2012, s. 69-70. Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.161-162.

uygulanacağı gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışılmıştır. Soyaslan'a göre; evlilik ile kişi ergin sayılacağından evlilik birliği içinde çocuğa karşı eşi tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırı niteliğindeki davranışlar TCK m.102 hükmüne çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁴⁸

Başka bir görüşe göre ise, evlenme durumu şahsı reşit kılmış olmakla beraber onun yaşını değiştirmemektedir. TCK m.103'te yer alan hükümde esas olan mağdurun yaşı olduğuna göre, 18 yaşını doldurmamış ve evli olan şahsa, eşi tarafından rızası dışında gerçekleştirilen cinsel davranışlar TCK m.103 hükmüne değerlendirilmelidir.¹⁴⁹

Bir diğer görüşe göre ise, kişiler Medeni Kanunda belirtilen kurallara uyarak evlendiğinde "eş" sıfatını haiz olur. Yasa koyucu, TCK m.102 ve 103'teki hükümleri düzenlerken hem yaş hem de eş kavramlarına yer vermiş olup, eş kavramı yaş kavramını da kapsadığından dolayı daha öncelikli olarak uygulanması gereken bir ölçüt olduğundan tartışma konusu durum meydana geldiğinde, fiil, TCK m.102 kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵⁰

Doktrindeki bu tartışmalar ve kanunlarımızda yer alan hükümler kapsamında şunu diyebiliriz ki; TCK'da esas olan konu "yaş"tır. Dolayısı ile failin, 18 yaşından küçük olan eşine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel davranışlar TCK m.103'te yer alan "çocuğun cinsel istismarı" suçuna mahal verecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yasa koyucu, ceza hukukunda "rüşt" kavramına yer vermeyip¹⁵¹; fail ve mağdurun "yaş"ını esas aldığından bu durum, fail ve mağdur herhangi bir yolla daha erken bir yaşta ergin olsalar bile 18 yaşını doldurmamayan kişilerin çocuk sayılacağına dair ÇKK hükümleri ile de paraleldir.

¹⁴⁸Soyaslan, Doğan,; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 252.

¹⁴⁹ Yaşar, Osman – Gökçan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa; *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 'y.y', Adalet Yayınevi, 2010, s. 3327.

¹⁵⁰Özbek, Veli Özer, v.d., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s.348-349.

¹⁵¹ İstisna; TCK.m.104.

5237 sayılı TCK'ya göre evli olmak, e e karşı cinsel saldırı boyutundaki davranışları gerçekleştirme hakkını şahıslara tanımayıp, bu durumu m.102'de düzenlemiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; TCK m. 102/2'de yer alan düzenlemenin benzerinin TCK m.103'te yer almaması eylemin cezasız kalmasına engel değildir. Fail e in,  ocuk yaştaki eşine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden kullanarak cinsel ilişki seviyesine varmayan istismar eylemini ger ekle tirmesinin TCK m.103/1'de düzenlenen suça mahal vereceğini d  nmekteyiz. Aksi takdirde,  ocuk yaşta evlilik ger ekle tirmi  olan kişi, e i tarafından zorla gerçekleştirilen ve fakat cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan ve bu şekilde cinsel dokunulmazlığına karşı gerçekleştirilen saldırılara karşı savunmasız bırakılacaktır.

3.3. Fiilin Hukukî Anlam ve Sonuçlarını Kavrayamayacak Durumda Olan  ocuk

Yasa koyucu, “*cinsel davranış*”ın anlamını ve beraberinde getireceği sorun ve sonuçları, fiziksel ve psikolojik anlamda belirli bir olgunluğa eri ememi  olduklarından dolayı kavrayamayacak durumda olan çocukların cinsel ilişkiye yönelik rızalarını kabul etmemiş ve bu durumu suç olarak düzenlemiştir. Yasa koyucunun düzenlediği gibi, kanunda cinsel ilişkiye gösterilecek rıza için belirtilen yaş aralığı 15-18'dir. Fakat, belirtilen bu yaş aralığında olup da eylemin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak hâlde olan çocuğun durumu tıpkı 15 yaşından k  k  ocuk gibi değerlendirilecek ve fiilin işlenmesi yönünde rızası olsa bile bu rıza kabul edilmeyerek, fiil TCK m.103'te yer alan basit cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka neden olması durumunda suçun nitelikli hâli söz konusu olacak, akli melekeleri geli mi  15-18 yaş aralığındaki çocuklarda unsur olarak kabul edilen hâller, bu nitelikleri geli memi  çocuklara yönelik olduğunda suçun nitelikli hâlleri olarak kabul edilecektir.¹⁵²

“*Fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olmak*” ibaresi yasa metninde birliği sağlamak ve ilgili maddelerde yer alan isnat yeteneğini

¹⁵² Kartal Memiş, *TCK'da  ocukların Cinsel İstismarı*, s.149.

etkileyen hâllere değinmek amacıyla belirtilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 31.maddesinde yer alan “yaş küçüklüğü”, 32.maddesinde yer alan “akıl hastalığı”, 33.maddesinde yer alan “sağır ve dilsizlik” ve 34.maddesinde yer alan “geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma” hükümlerine baktığımızda “fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan” ifadesinin mevcut olduğunu görmekteyiz. Burada belirtmek gerekir ki Demirbaş'a göre, mağdurun, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olmasından, “temyiz kudreti bulunmaması” anlaşılmaktadır.¹⁵³ 765 sayılı mülga TCK'da yaş küçüklüğünü düzenleyen m.54/2'de “fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş olmaları” ifadesine yer verilerek, fiilin haksız ve kınanacak bir fiil olduğunun bilincinde olmak aranmakta idi.¹⁵⁴ İki kanunu kıyasladığımız zaman yasa koyucunun yeni kanunda kavramın ifade biçimini değiştirmiş ve fakat anlamını değiştirmemiş olduğunu görmekteyiz.

Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay kararlarında özellikle çocuğun cinsel istismarı konusunda eylemin anlam ve sonuçlarını anlayıp kavrayabilme yeteneğinin tespiti hususu atlanılmadan yapılmaktadır. Çünkü mahkemeler özellikle bu suç konusunda maddî hakikatin ortaya çıkarılması için bu tespitin gerçekleştirilmesini adeta bir kural hâline getirmişlerdir. Belirtmek gerekir ki, mahkemeler sadece bu konuda değil; “yaş tespiti” hususunda da hassas bir yaklaşım sergilemektedir.

3.4. Yaş Tespiti Problemi

Çocukların cinsel istismarında “yaş tespiti” hususu suçun niteliğinin belirlenmesi noktasında çok mühimdir. Mağdurun yaşı gerek unsur olarak gerekse de uygulanacak kanun maddesine etkili olduğundan Nüfus Müdürlüğünden onaylı nüfus kaydı getirilmeli, mağdurun yaşı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği ile ilgili araştırma yapılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; “yaş” hususunun tespiti noktasında, mağdurun dış dünyaya yansıyan fizikî görünümü ve nüfus kaydı gibi unsurlar bir fikir oluştursa da maddî hakikati

¹⁵³ Demirbaş, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s.346-350. , Toroslu, Nevzat –Toroslu, Haluk; *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 409 – 411.

¹⁵⁴ Centel, Nur - Zafer, Hamide – Yenerer Çakmut, Özlem; *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 2011, s.359-360.

ortaya çıkarmaya çalışan yargı mercii açısından yeterli değildir. Keza, Yargıtay kararlarında “yaş” hususu konusunda hassas bir yaklaşımın sergilendiğini ve dolayısı ile uygulamada mutlak surette bilimsel verilerden faydalanılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Ülkemizde nüfus kayıtları ile ilgili sorunlar tamamen giderilmediğinden ve doğumların kaydı sağlıklı yapılmadığından yaşın doğru olarak tespiti ile ilgili birtakım problemler gündeme gelmektedir. Bu nedenle yaş kayıtlarına genellikle itiraz edilmektedir.¹⁵⁵ Yaş tespiti esnasında fiziki muayene ile birlikte radyolojik muayenede yapılmalı ve raporlarda radyoloji uzmanı mutlaka yer almalıdır. Mahkemeler bu tespit esnasında bir radyoloji uzmanı yer almadığında yeniden inceleme talep etmekte ya da verilen karar Yargıtay tarafından bozulmaktadır.¹⁵⁶ bu durumların geçerli nedeni ise; yaş tespitinde çeşitli durumlardan dolayı zorluk çekilen mağdurun gerçek yaşının belirlenmesi için gerekli kemik ölçümlerinin ancak radyoloji bilimi ile gerçekleştirilebilecek olmasıdır.

Mağdurun yaşının belirlenmesi için öncelik olarak Nüfus Müdürlüğü'nden onaylı nüfus kaydı istenmektedir. Mağdur nüfusa kayıtlı bulunmamakta ise, ilk önce bilimsel olarak yaşı tespit edilmeli ve daha sonra da tespit edilen bu yaşın nüfusa tescili sağlanmalıdır. Gelen nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı beyan edilmişse yahut nüfus kaydı ile mağdurun vücut yapısının birbirini tutmadığını mahkeme re'sen tespit ederse mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “*Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi*” başlığını taşıyan 218. maddesi uyarınca mağdurun yaşını düzeltilebilir. CMK m. 218/2'ye göre; “*kovuşturma aşamasında mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması*

¹⁵⁵ www.kazanci.com.tr, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2009/5448 esas, 2009/7297 karar sayılı, 15.06.2009 tarihli kararında, “...yaşın, suçun oluşumuna ve niteliğini belirlemeye etkisi nedeniyle, sanık ve müdafii tarafından mağdurenin yaşının tespit edilmesini istemeleri karşısında, doğum tutanağı getirilerek resmi kurumda doğup doğmadığının ve katılan vekilinin temyiz dilekçesine eklediği doğum raporunun doğru olup olmadığının araştırılması, resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması durumunda, yaş tespitine esas film ve grafileri çektilererek Sağlık Kurulu'ndan rapor ve gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu'ndan mütalaa alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel biçimde belirlenmesinden sonra hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,...” Erişim Tarihi : 24.04.2016.

¹⁵⁶ www.karararacom, Yargıtay 5.CD'nin 28.10.2008 tarih ve 2008/11080 E. , 2008/8970 K. sayılı kararında radyoloji uzmanının gerekliliği önemle belirtilmiştir. Konu ile alakalı bir diğer karar ise ; Yargıtay 5.CD'nin 27.04.2009 tarih ve 2009/2473 E. , 2009/4881 K. sayılı kararı. Erişim Tarihi : 24.04.2016.

durumunda; mahkeme, ilgili kanunda belirtilen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.” Bu bağlamda mahkeme, mağdurun doğumunun resmî bir sağlık kurumunda değil de evde ya da bir başka yerde gerçekleşmiş ve mağdurun yaşı belirlenemiyorsa, bu takdirde, Adli Tıp Kurumunun konu ile ilgili ihtisas dairesinden yaş tespiti talep eder.¹⁵⁷

Mağdurun yaşı daha önceden mahkeme kararıyla düzeltilmiş ise, yeniden kayıtlarda düzeltme mümkün olmayacak, ancak yine de mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenerek, nüfus kaydı düzeltilmeden de doğru uygulama yapılabilecektir.¹⁵⁸

Ayrıca belirtmek gerekir ki; mağdurun doğduğu yıl belli ancak ay ve gün belli değilse, Nüfus Kanunu'nun 59. maddesine göre mağdurun o yılın 1 Temmuz günü doğduğu kabul edilmektedir.

Yaş tespiti hususu “*çocukların cinsel istismarı*” suçunun tespiti ve nitelendirilmesi açısından büyük önem taşır. Gerçek yaşın belirlenmesi atılı suçun tasnifini sağlayarak maddî hakikatin ortaya çıkarılmasını sağlayacaktır.

4. Suçun Unsurları

4.1. Maddî Unsur

Suçun maddî unsuru, çocuğun cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi yani kısaca “*cinsel istismar*”dır. Cinsel istismar kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK m.103'te belirtilmiştir. Buna göre, TCK m.103'te cinsel istismarın iki türü yer almaktadır. Bunlardan birincisi, TCK m.103/1'de düzenlenen basit cinsel istismar; ikincisi ise, TCK m.103/2'de düzenlenen nitelikli cinsel istismardır.

¹⁵⁷Horozgil, a.g.e., s. 119.

¹⁵⁸Horozgil, a.g.e., s. 119. ; Taner, a.g.e. , s.276.

TCK m.103'e göre "*cinsel istismar*" deyiminden¹⁵⁹;

a) *On beş yaşını doldurmamış yahut doldurmuş olmakla beraber fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü davranış,*

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

TCK m.103'e göre; ilk olarak, on beş yaşını doldurmamış yahut doldurmuş olmakla beraber maruz kaldığı eylemin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen her çeşit cinsel davranış, cinsel istismar suçunun maddî unsurunu oluşturacaktır. Bu durumdaki çocuklara karşı işlenen suçlarda failin cebir, şiddet, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenden yararlanması gerekmez. Mağdur hem burada belirtilen durumda ise ve hem de fail cebir, şiddet, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenden yararlanır ise suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâli oluşmuş olur.¹⁶⁰

İkinci olarak, on beş yaşını doldurmuş ve kendisine karşı işlenen fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, bu fiillerin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenden yararlanılarak işlenmiş ise cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Yasada bu biçimde bir ayırım yapılmasının doğru olmadığı öğretide Yücel tarafından ileri sürülmüştür.¹⁶¹ Yücel'in ifadesine göre, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin üç farklı maddesinde çocukların her açıdan cinsel istismara karşı korunması gerektiğinden bahsedilmiş ve "*çocuktan, 18 yaşını doldurmamış herkes anlaşılır.*" denmiş olmasına rağmen, TCK'da yaşa göre ayrıma gidilmesi doğru değildir.¹⁶²

¹⁵⁹Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan '*...tamamlanmamış...*' sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁰ Aydın, a.g.e., s. 28.

¹⁶¹ Yücel, Özkan; Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara, s. 155.

¹⁶² Yücel; .a.g.e., s. 155 vd.

Kanaatimizce, yasada bu şekilde bir ayırım yapılmış olması sebebinin, yasanın sistematığı ve de genel mantığı kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Zira, TCK m.31'e bakıldığında, 12 yaşını tamamlamamış çocukların cezaî sorumluluklarının olmadığı kabul edildiğini görmekteyiz. Yücel'in görüşü, çocukların korunması açısından doğru olarak nitelendirilebilecek bir görüş olarak değerlendirilebilse de mevcut olan düzenlemenin TCK'nın genel mantığı ve sistematığı ile daha uyumlu olduğu söylenebilir.

Diğer açıdan, bu görüş benimsenir ise, 16 yahut 17 yaşında olup da ailesinin rızası yahut mahkeme kararı ile de olsa evlenmelerine izin verilen çocukların durumlarını açıklamak da zorlaşacaktır. Dolayısıyla, TCK m.103'te belirtilen yaş sınırlamasının TCK'nın genel mantığı ve sistematığıyla ters düşmediği kanısındayız.

Bir diğer husus olarak, TCK m.103'e bakacak olursak, maddede belirtilen "*her türlü cinsel davranış*" ifadesi, suçun sınırlarını belirsiz hâle getirdiği gibi, TCK m.105'te yer alan "cinsel taciz" suçu ile aralarındaki ayrımı da anlaşılmaz hâle getirmektedir.¹⁶³ Çünkü "*her türlü cinsel davranış*" ifadesi belirsiz ve genişletilmeye müsait bir kavramdır. Bu da failin davranışını nitelendirirken adaletsiz ve haksız sonuçlara sebebiyet verebilecektir.

"*Cinsel davranış*" kavramı, belirsizliği ve tanımlanamaması nedeniyle doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Doktrinde en ayrıntılı açıklama Taner tarafından yapılmış ve cinsel davranışı objektif ve sübjektif teoriler olmak üzere ikili bir ayırım içerisinde değerlendirerek kavramın objektif teori çerçevesinde ele alınıp sübjektif teori ile tamamlanması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁴ Cinsel davranış, Taner'in ortaya koyduğu objektif ve sübjektif görüşler içerisinde kısaca açıklanacak olursa, objektif teorinin İtalyan ceza hukukunda baskın olduğu görülmekte ve bu teorinin de kendi içinde üçe ayrılmakta olduğu belirtilmektedir. Bu ayrımlar da; ilk olarak "*doğalcı anlayış*" olarak ifade edilen *cinsel davranışın tıp (anatomi) ve antropoloji bilimlerinin esaslarına göre belirlenmesini savunan görüş*¹⁶⁵; ikinci olarak *cinsel davranışın gelişen olayların oluşum süreci içerisinde bir bütün olarak*

¹⁶³ Aydın, a.g.e., s. 28.

¹⁶⁴ Taner, a.g.e., s. 92-112.

¹⁶⁵ Taner, a.g.e., s. 96-98.

değerlendirilmesi sonucunda belirlenmesi gerektiğini savunan görüş¹⁶⁶ ve son olarak da cinsel davranışın kişilerarası (süjelerarası) hukuka aykırı bir ilişki olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş¹⁶⁷ şeklinde yapılmıştır. Tüm bu görüşler, cinsel davranışı objektif kıstaslarla açıklamaya çalışarak belirsizliği gidermeye çalışmışlardır.

Cinsel davranışı faildeki cinsel duyguları tatmin amacına yönelik hareketler olarak kabul eden ve kavramı failden yola çıkarak açıkladığı ifade edilen subjektif görüş olarak nitelendirilen görüşe göre ise, “failin davranışlarını gerçekleştirmesinde cinsel davranışta bulunma kastı aranır”¹⁶⁸. Faildeki şehvî hisleri giderme amacı ile davranışın cinsel olup olmadığını tespit etmeye çalışan bu görüş davranışı ahlâk temelli bir ölçüte dayandırmaya çalıştığı ve subjektif değerlendirmelere açık olduğu ve bunlara ek olarak cinsel davranış tanımını vermekteki yetersizliği sebepleriyle eleştirilmiştir.¹⁶⁹

Yargıtay, TCK m.103’ün geniş ve sınırsız yorumlanmasını engelleyip hakkaniyete uygun davranmak ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “suç ve cezada kanunilik” ilkesini hayata geçirmek için maddeyi dar yorumlamış ve “temas”, “dokunma” esasını getirmiştir.¹⁷⁰

Bu görüş uyarınca, failin mağdura yönelik olarak yaptığı cinsel davranış, mağdura dokunmayı yahut temas etmeyi içermiyor ise, fiil TCK’nın 105.maddesinde

¹⁶⁶ Taner, a.g.e., s. 98-99.

¹⁶⁷ Taner, a.g.e., s. 99-101.

¹⁶⁸ Taner, a.g.e., s. 103.

¹⁶⁹ Taner, a.g.e., s. 105.

¹⁷⁰ TCK’nın 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde değişiklik yapan 6545 sayılı Kanunun hükümet tasarısının gerekçesinde; “Türk Ceza Kanunu’nun 102 ve 103. maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105. maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü fiziksel temastır. 105. maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması hâlinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 ve 103. maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır.” denilerek Yargıtay’ın görüşü paylaşılmıştır.

“Mağdureler Melek ve Beyhan’ın samimi iddiaları, tarafsız tanık Ahmet’in anlatımı, tüm dosya içeriği ve mahkemenin kabulüne göre; sanığın, parkın içindeki kulübenin kapısında durarak öğrenci olan mağdureler geçerken pantolonunu indirip, eliyle ‘gel gel’ işareti yapmak suretiyle cinsel organını onlara göstermekten ibaret eyleminin, **bedensel temas içermemesi** sebebi ile cinsel taciz suçunu oluşturduğu hâlde suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocukların basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması... (Yargıtay’ın 03/07/2007 tarih ve 2007/4986 – 2007/5621 sayılı kararı).”

düzenlenmiş olan cinsel taciz suçu olarak; teması içeriyor ise cinsel istismar suçu olarak nitelendirilmiştir.¹⁷¹ Buna göre; “uzaktan cinsel içerikli laf atmak”, “cinsel organını göstermek”, “cinsel içerikli şarkı söylemek”, “mağdurun karşısına geçip kendini tatmin etmek”, “mağdura dokunmadan ondan soyunmasını isteyip, soyunan mağduru seyretmek” gibi eylemler temas içermediğinden TCK m.103’te düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.

Aydın’a göre; temas içeren fiilin, sadece failin mağdurun vücuduna temas edilmesi olarak algılanması da yerinde olmayacaktır. Fail, kendi vücuduna mağdurun temas etmesini sağlayarak da cinsel istismarda bulunabilir.¹⁷² Örneğin, failin kendi cinsel organını mağdura elletmesi de bir cinsel istismar eylemidir. Yine Aydın’a göre; temas içeren fiilin mağdurun veya failin cinsel organlarına yönelik olması gerekli değildir. Failin cinsel arzularını tatmine yönelik olan ve genital olmayan bölgelere yönelik temaslar da bu suçun oluşumu için yeterlidir.¹⁷³ Örneğin, failin mağduru yanağından öpmesi, ellerini okşaması gibi fiiller bu suçun unsurunu oluşturabilecektir. Burada önemli olan husus, Aydın’ın da belirttiği gibi failin gerçekleştirdiği bu eylemleri başka bir amaçla değil; şehvî duygularını tatmin etmek amacıyla yapmış olmasıdır.

¹⁷¹ Aydın,a.g.e., s. 28. , “Sanığın, mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin yanına çağırarak cinsel organını gösterdiği olayda, bedensel temas içermeyen eyleminin TCK’nın 105/1.maddesinde öngörülen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında TCK’nın 103/1.maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırıdır. (Y. 14.CD. 08/05/2013 tarih ve 2013/509 – 2013/5632 sayılı kararı).” “Tüm dosya içeriğine göre sanığın mağdureye cinsel organını gösterdikten sonra kolundan tutarak çekmesi şeklindeki bedensel temas içeren eylemlerinin bir bütün olarak TCK’nın 103/1-a maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu anlaşıldığı hâlde mahkûmiyeti yerine isabetsiz gerekçe ile beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırıdır. (Y. 14. CD. 04/02/2013 tarih ve 2012/15010 – 2013/1029 sayılı kararı).” “Suç tarihinde 16 yıl 11 aylık olan mağdure, arkadaşı tanık S. İle birlikte sokakta yürümekteyken arkasından gelen sanığın, elini mağdurenin bacaklarının arasından uzatıp cinsel organını sıktığı, oluşa uygun olarak kabul edildiği hâlde, sanığın eyleminin TCK’nın 103/1.maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu niteliğinde olduğu gözetilmeyerek, aynı Kanununun 102/1.maddesi ile cezalandırılmasına karar verilmesi Kanuna aykırıdır. (Y. 14. CD. 26/11/2013 tarih ve 2011/22710 – 2013/12167 sayılı kararı).” “Sanığın 18 yaşını bitirmediği anlaşılan mağdureye karşı işlediği iddia edilen ve bedensel temas içeren ‘karın bölgesini, bacak arasını ve cinsel organını elleme ve sıkma eylemlerinin’ 5237 sayılı TCK’nın 103/1.maddesine uyan çocuğa karşı basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı gözetilmeden 105.maddeyle uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir. (Y. 5.CD. 15/12/2008 tarih ve 2008/8246 – 2008/10932 sayılı kararı).”

¹⁷² Aydın, a.g.e., s. 29.

¹⁷³ Aydın,a.g.e., s. 29.

6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki döneme ilişkin suçlarda Yargıtay, mağdura karşı gerçekleştirilen her cinsel amaçlı temasın cinsel istismar suçunu oluşturacağı görüşündeydi.¹⁷⁴

6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, yasa koyucu “*cinsel istismar*” suçunu yeniden düzenledi. Gerçekleştirilen bu düzenlemeye göre; cinsel istismar olarak tanımlanan ve temas içeren eylem, “*sarkıntılık*” düzeyinde kalmış ise, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile görmekteyiz ki, cinsel istismar suçu; “*cinsel istismarın temel şekli*”, “*sarkıntılık şeklinde işlenmesi ile ortaya çıkan daha az cezayı gerektiren nitelikli hâli*” ve “*organ veya sair cisim sokulması yoluyla işlenmesi ile ortaya çıkan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli*” olarak üçe ayrılmıştır.

6545 sayılı Yasa’nın hükümet tasarısının gerekçesinde; “*Tasarıyla, bu iki maddede (TCK m.102 ve m.103) tanımlanan suçların temel şeklerinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayların özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla ‘sarkıntılık’ ibaresinin yerine ‘suçun ani hareketle işlenmesi’ ibaresi tercih edilmiştir.*” ifadesi yer almıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki; gerekçede bu şekilde bir açıklama yapılmış olmasına rağmen, tasarının kanunlaşması aşamasında madde değiştirilmiş ve “*suçun ani hareketle işlenmesi*” ibaresi yerine “*sarkıntılık düzeyinde kalması*” ibaresi yasalaşmıştır.

Yapılan bu düzenlemeden sonra “sarkıntılık” ifadesine değinmekte fayda görmekteyiz. Öğretide ‘sarkıntılık’; “*bir kişiye karşı onun rızası dışındaona karşı,*

¹⁷⁴“Sanığın mağdurenin yanağından ve boynundan öptüğünün iddia edilmesi karşısında eyleminin bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 103/1.maddesine uyan suç oluşturabileceği ve bu suçtan dolayı yargılama yaparak delillerin değerlendirilmesi ve suç vasfının tayini görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu dikkate alınarak 5235 sayılı Yasanın 11, geçici 1 ve CMK’nın 4.maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin düşünülmesi. (Y. 5. CD., 30/03/2010 tarih ve 2010/1479 – 2010/2547 sayılı kararı.)”. “Sanığın mağdureD.G.’in göğüslerini elleyip bir iki gün sonra da ‘Gel seninle kucaklaşalım, yoksa üzerin kirli mi?’ şeklinde sözler söylediği anlaşılmaqla, bedensel temas içeren eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 103/1.maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırıdır. (Y. 5. CD., 13/03/2007 tarih ve 2007/714 – 2007/1887 sayılı kararı.)”.

şehvet amacıyla söz ve eylemleri, edep ve iffete tecavüz oluşturacak şekilde ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzler”¹⁷⁵ olarak; Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında ise, “belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce hareketler” olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı mülga TCK’ya göre ise sarkıntılık suçu, söz atma ile ırza tasaddi suçları arasında bulunmakta idi. Söz atma suçunu aşan ve fakat tasaddi suçuna ulaşmayan eylemler bu suçu oluşturmaktaydı. Örneğin, mağduru izleyip daha sonra önünü keserek omuz atmak, telefonla kısa aralıklarla rahatsız etmek, pencere camını tıkırdatıp “gel seni öpeyim” demek ve buna benzer hareketler sarkıntılık suçunun oluşumuna mahal verecekti.¹⁷⁶ Ancak 5237 sayılı TCK’ya göre; sarkıntılıktan bahsedebilmek için fiziksel bir temas gereklidir. Dolayısı ile, bir şahsa karşı “gel seni öpeyim” demek 5237 sayılı TCK’ya göre sarkıntılık kapsamına girmeyecektir.

Sarkıntılık, mülga TCK’nın 421.maddesinde suç olarak düzenlenmişti. Ancak 5237 sayılı TCK’da bu suç yer almamıştı. 6545 sayılı Yasa ile yapılan düzenlenme sonucunda ise TCK m.103’te bu suça yer verilmiştir. Yasa koyucunun yaklaşımına göre, sarkıntılık, kişinin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Cinsel davranışların anlık olması hâlinde “cinsel istismar”ın sarkıntılık düzeyinde kalması söz konusu olacak ve bu durumda 103/1’e göre cezanın azaltılması yoluna gidilecektir.¹⁷⁷ Sarkıntılık, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmeye oranla daha hafif bir eylemdir ancak bu durum, sarkıntılık fiilinin bir saldırı olması gerçeğini değiştirmemektedir.

Uygulamada davranışların ne zaman sarkıntılık olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde tartışmalar sürmektedir. Eylemin ani/kesik/devamlılık içermeyen hareketler şeklinde işlenmesi hâlinde sarkıntılık suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiği ve eylemin bu niteliğinin mağdureden sorularak tespit edilmesi gerektiği; şüphe bulunması hâlinde ise “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin gözetilmesi

¹⁷⁵ Dönmezer, Sulhi; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1983, s. 190.

¹⁷⁶ Bakıcı, Sedat; *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1994, s. 232-233.

¹⁷⁷ Toroslu, Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 68.

gerektiği; eylemin niteliği bakımından hareketin yapıldığı vücut bölgesinin bir öneminin bulunmadığı belirtilmektedir.¹⁷⁸

Genel olarak “sarkıntılık” suçunun unsurlarının; fiziksel temas, cinsel amaç, aniden gerçekleşme ve eylemde kesintililik niteliğinin olduğunu söylemek mümkündür.¹⁷⁹ Bu minvalde belirtmek gerekir ki; Artuk – Alşahin de benzer biçimde 6763 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası tasnifle; mağdurun vücuduna temas içeren ve ani hareketlerle gerçekleşen cinsel davranışların “sarkıntılık”; mağdurun vücuduna temas içeren ve sınırsız hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışların “basit cinsel saldırı” ya da “basit cinsel istismar” ; mağdurun vücuduna temas içermeyen yazılı, sözlü ya da işaretlerle gerçekleştirilen cinsel davranışların ise “cinsel taciz” suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁸⁰

Sarkıntılık fiili cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlendiği için, sarkıntılık ile korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlıktır.¹⁸¹

Sarkıntılıkta, cinsel dokunulmazlık mağdurun vücuduna temas içeren cinsel davranışlarla ihlal edilmektedir. Bu itibarla korunan hukuki değer öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸² Aynı zamanda sarkıntılık fiili ile bireyin özgürce ve bizzat cinsel tercihlerini belirleme hakkı korunmaya çalışılmaktadır.¹⁸³ Bunun yanında mağdurun vücuduna temas içermesi dolayısıyla sarkıntılık eylemi ile, mağdurun fiziksel ve ruhsal bütünlüğü de korunmaktadır.¹⁸⁴

¹⁷⁸Yeldan, Ali – Taneri, Gökhan; *Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut*, Adana, Karahan Kitabevi, 2017, s.140.

¹⁷⁹Yeldan – Taneri; a.g.e., s.141.

¹⁸⁰Artuk, Mehmet Emin – Alşahin, Mehmet Emin; “Sarkıntılık Fiili”, in: **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 2016, S: 65/4, s. 3254. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018.

¹⁸¹Artuk – Alşahin; a.g.e., s. 3252. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018

¹⁸²Artuk – Alşahin; a.g.e., s. 3252. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018

¹⁸³Artuk – Alşahin; a.g.e., s. 3252. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018.

¹⁸⁴ Güven, Gülşah; “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikaları”, in: **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, S: 3, Y: 2014, s. 405.

Bir diğ er olarak burada özellikle, on beş yaş ını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğ i geliş memiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış ” cinsel istismar kabul edildiğ i için, bu yaş grubundaki mağ durlara karşı vücuda temas iç ermeyen fiillerin sarkıntılık mı yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı konusuna da temas etmek gerekir. 6545 sayılı Kanunla yapılan değ iş iklik ö ncesinde Yargıtay vücuda temas iç ermeyen davranış ların cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğ ine karar vermekteydi.¹⁸⁵ 6545 sayılı Kanun ile 105 inci maddede yapılan değ iş iklikle madde, “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağ durun ř ikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlı para cezasına fiilin çocuğ a karşı iş lenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” ř eklini almış tır. Bu değ iş ikliğ in ardından, cinsel taciz suçunun mağ durunun çocuk olması hali daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiğ i için, on beş yaş ını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğ i geliş memiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen vücuda temas iç ermeyen davranış ların cinsel taciz suçunu oluşturacağı konusundaki tereddütler ortadan kalkmış tır.¹⁸⁶

Sarkıntılıktan söz edilebilmesi için, failin hareketinin mutlaka mağ durun vücutuna temas iç ermesi gerekir. Bu nedenle failin mağ dura cinsel organını göstermesi, cinsel iç erikli resim göstermesi sarkıntılık suçunu değ il, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.¹⁸⁷

¹⁸⁵ “...Sanığ ın, olay günü apartmanın önünde oynayan mağ dureleri yanına çağ ırdığ ı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dış arıdaki, mağ durelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiğ i, bedensel temasın söz konusu olmadığı dikkate alındığ ında, eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille iş lenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nın 105/1 ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken suç niteliğ inde yanılığ ıya düş ülerek çocuğ un basit cinsel istismarı suçundan yazılı ř ekilde hükm e varılması...” (Y.5.CD’nin 06.05.2009 Tarih ve 5763/5363 sayılı kararı)

¹⁸⁶ Artuk – Alş ahin; a.g.e., s. 3254. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Eriş im Tarihi : 28.08.2018.

¹⁸⁷ “...somut olayda ise sanığ ın, mağ dureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağ dureye ait resimler bulunduğ unu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğ inden bahisle mağ dureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüş me yaptığ ı mağ durenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel iç erikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğ u gözetilmeden, suç vasfında yanılığ ıya düş ülerek, çocuğ un basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” (Y. 14.CD’nin 22.03.2016 Tarih ve 2014/3380 E. ve 2016/2793 K. sayılı kararı)

Ayrıca Artuç/Alşahin'e göre, failin, mağdurun vücuduna temas etmeksizin mağdurun vücuduna meni boşaltması hâli somut olayın özelliklerine göre sarkıntılık olarak değerlendirilmelidir.¹⁸⁸

Bir diğer yandan, mülga TCK'da sarkıntılık 421.maddede düzenlendiğinde, ceza hukukunda “*cinsel taciz*” suçu ayrı bir suç olarak hüküm altına alınmamıştı. 5237 sayılı yeni TCK'nın 105.maddesinde ise bu suça yer verildi. Böylelikle cinsel suçlar sistematüğinde suçlar ağırdan hafife doğru; *ırza geçme – ırza tasaddi – cinsel taciz* şeklinde yer almakta idi.¹⁸⁹Yapılan son değişiklik ile birlikte; ırza tasaddi ile cinsel taciz suçu arasına sarkıntılık suçu dahil edilmiş oldu. Dolayısı ile bu suçları ağırdan hafife doğru şu şekilde sıralayabiliriz: *Irza geçme – ırza tasaddi – sarkıntılık – cinsel taciz*.¹⁹⁰

Kanaatimizce, Türk uygulaması, 5237 sayılı yeni TCK'nın 103.maddesinde 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra, çocuk istismarı kavramını oturtmaya zorlanırken, bunun yanında araya bir de sarkıntılık kavramının dahil edilmesi, yargılama esnasında eylemlerin nitelendirilmesinde zorlukların çıkmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durumda ise, gerçekleşen eylemleri *çocuk istismarı – çocuğa sarkıntılık – cinsel taciz* üçgeni kapsamında nitelendirmek kolay olmayacaktır.

4.2. Suçun Cebir, Tehdit, Hile Veya İradeyi Etkileyen Başka Bir Nedene Dayalı Olarak İşlenmesi

Cinsel istismarın hareket kısmı olarak ifade edilen cinsel davranışların “*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka sebeplerle*” işlenmesi durumunda, belirtilen bu eylemler TCK'nın m.103/1-b uyarınca suçun unsuru olarak kabul edilmektedir.

Suçun unsuru olarak kabul edilen cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen nedenler doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalardan birincisi, bu

¹⁸⁸Artuk – Alşahin; a.g.e., s. 3255. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018.

¹⁸⁹Yurtcan, Erdener; *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 2.Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2015, s. 72.

¹⁹⁰Yurtcan, a.g.e., s. 72.

sebeplerin varlığının cinsel istismarın oluşumu açısından zorunlu olup olmadığı¹⁹¹; ikincisi ise, yasada yer alan “*iradeyi etkileyen diğer nedenler*” ifadesinin belirsizliğidir. Bir diğer tartışma noktası ise, on beş yaş – on sekiz yaş aralığında olup eylemin hukukî anlam ve neticelerini kavrayabilecek durumda olan çocukların iradelerinin belirtilen sebepler dışında rızalarının yokluğuna sonuç bağlanmamış olmasının mühim bir noksanlık olduğuna yöneliktir.¹⁹² Duruma baktığımız zaman gerçekten de, on beş - on sekiz yaş aralığında olup da eyleme rıza göstermeyen çocuklar bakımından unsur olarak kabul edilen bu hâller gerekli olmakla birlikte mağdurun rıza göstermeyişinin dikkate alınmaması noksanlık teşkil etmektedir.¹⁹³ Bununla beraber, Taner tarafından, belirtilen noksanlığın giderilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir.¹⁹⁴

Belirtmek gerekir ki, mağdurun rızasının olmaması suçun oluşması için yeterlidir. Çocuğun rızasızlığının yanı sıra cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler cinsel istismar suçunun gerçekleşmesini kolaylaştıran nedenlerdir. Aşağıda ise tek tek bu nedenlere değinmek istemekteyiz.

4.2.1. Cebir

5237 sayılı TCK'nın 28.maddesine baktığımızda “cebir” ve “tehdit” kavramlarının yer aldığını görürüz. Söz konusu maddeye göre “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehditi kullanan kişi suçun faili sayılır.” Maddede belirtilen zorlama şekilleri; fiziki cebir, psikolojik cebir, korkutma ve tehdittir.¹⁹⁵

“*Cebir*”, kelime anlamı itibariyle “*zor kullanma*” demektir. Cebir, bir şiddet biçimi olarak mağdurun psikolojisi, iradesi üzerinde baskı yaratan ve fail tarafından

¹⁹¹ Aydın, Öykü Didem; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, in **TBBD**, Y: 2004, S. 53, s. 159. , Taner, a.g.e, s. 112 vd.

¹⁹² Taner, a.g.e., s. 115 vd. .Ersan, Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1 (m.1-140)*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2006, s. 377.

¹⁹³ Şen, a.g.e., s.393.

¹⁹⁴ Taner, a.g.e., s. 117.

¹⁹⁵ Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 444.

gerçekleştirilecek eylemi kolaylaştıran bir fiildir.¹⁹⁶ Bir başka tanıma göre ise cebir; mağdurun direncini önemli ölçüde kıran ve bunun yanında failin arzu ve istekleri doğrultusunda mağdurun hareket etmesine sebebiyet veren fizikî güçtür. Cebrin, tehditten farkı; mağdurun düşünme ve hareket hürriyetini manevî olarak ortadan kaldırmasının yanı sıra mağdur üzerinde uygulanan zor kullanma, hatta şiddet hareketleridir.¹⁹⁷ Eylemin cebir olabilmesi için mağdurda fiziksel bir acı olmalıdır ve bunun ne şekilde gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur.¹⁹⁸ Cebir, failin mağdura tokat atması şeklinde olabileceği gibi saçlarını çekmesi şeklinde de olabilir. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, cinsel istismar fiilinin mağdurun ağzı kapatılarak işlenmesini cebir saymıştır.¹⁹⁹ Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki; eğer cebir, mağdurun direncinin kırılmasının daha da ötesine geçip aşmış ise buradaki eylem ayrıca suç teşkil edecektir.

Failin, cebre, mağdurun direncini kırma amacı için başvurmuş olması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken iki durum vardır. İlk olarak, cebrin, cinsel istismar fiilinin devamı boyunca sürdürülmesine gerek olmayıp, mağdurun başlangıçtaki direncinin kırılmasına yetecek ölçüde olması ve bu ölçüde kullanılması yeterlidir.²⁰⁰ İkinci olarak, bir aşamaya kadar cinsel eyleme rıza gösterilmesinden sonra, şayet fail bu rızanın sınırını geçmek için zor kullanırsa, bu durumda da suç cebir kullanılarak işlenmiş sayılacaktır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, somut olayda mağdurun kendisine karşı uygulanan cebre karşı koyma durumunun bulunup bulunmadığı irdelenmeli ve bu konuda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Cebrin objektif niteliği yanında mağdurun sübjektif durumu ve cebir karşısındaki tutumu da esas alınmalıdır. Mağdurun cebre karşı olan tutumunda ondan olağanüstü bir direniş sergilemesi beklenilemez. Tıpkı Önder'in de belirttiği gibi, ırza geçme suçlarında failin kullandığı cebrin gerçekten varolduğunun kabul edilebilmesi için, hukuk kimsenin kahramanca mücadele etmesini bekleyemez.²⁰¹

¹⁹⁶ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s.168.

¹⁹⁷ Kartal Memiş, Pınar; "Türk Ceza Hukuku'nda Cebir Suçu", in: Galatasaray **Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Köksal Bayraktar Armağanı, Yıl: 2010, s.1035-1036. (s.1035-1049).

¹⁹⁸ Kartal Memiş, "Türk Ceza Hukuku'nda Cebir Suçu", s. 1039-1040.

¹⁹⁹ Y.5. CD. 18/01/2010 tarih ve 2009/12606 – 2010/93 sayılı kararı.

²⁰⁰ Aydın, a.g.e., s. 33.

²⁰¹ Önder, Ayhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.449-450.

Cebir, doğrudan mağdura uygulanmalıdır. Cebir, mağdurun kendisine değil de bir yakınına yönelik olarak yapılmış ve bunun sonucunda rıza elde edilmiş ise suç cebren değil, tehdit ile işlenmiş sayılmalıdır. Cebir, mağduru kurtarmaya gelen üçüncü kişiye yönelmiş ise suç yine cebren işlenmiş sayılmalıdır.²⁰²

Failin, cebre, suçu işleyebilmek amacıyla başvurmuş olması gerekmektedir. Failin, eylemi gerçekleştirmediğinden dolayı duyduğu öfke ve kızgınlığın etkisi ile mağdura cebir uygulamışsa bu eyleminden dolayı ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. TCK m.103/5'e göre, cinsel istismar için başvuru yapılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır sonuçlarına sebebiyet vermesi durumunda, mağdur üzerinde kullanılan cebrin basit tıbbî müdahale ile giderilemeyecek yaralamayı aşan hâlinde, ayrıca TCK 87.madde uyarınca da fail cezalandırılacaktır. Bu nedenle, 15 – 18 yaş grubu arasındaki çocuklara yönelik gerçekleştirilecek cebir, kasten yaralama suçunun basit şeklini aşmamalı yahut basit tıbbî müdahaleyle tedavi edilebilir boyutta olmalıdır. Aksi takdirde, daha ağır yaralamaların meydana gelmesi durumunda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

4.2.2. Tehdit

Tehdit, “*manevî cebir*” olarak kabul edilir ve mağdurun iradesini etkileyen bir diğer eylemdir. Doktrindeki bir ifadeye göre tehdit, mağdurun iç huzurunun bozulmasını, serbestçe karar vermesini yahut verdiği kararlar doğrultusunda hareket edebilme kabiliyetini engelleyen; bir başka anlatımla, mağdurun karar veya hareket hürriyetini tehlikeye sokan bir eylemdir.²⁰³ 5237 sayılı TCK'nın 106. maddesinde yer alan tehdit suçunun söz konusu olabilmesi için maddenin gerekçesinde, objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi, sarf edilen sözler ile gerçekleştirilen davranışların mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratma bakımından netice almaya elverişli ve yeterli olması gerektiği belirtilmiştir.

Doktrinde Aydın'ın görüşüne göre, cinsel istismarda unsur olarak öngörülen tehdidin varlığı için, failin yapacağı kötülüğün cinsel istismardan daha ağır bir

²⁰² Aydın, a.g.e., s. 33.

²⁰³ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 170.

neticeye sebep olması gereklidir.²⁰⁴ Yargıtay'ın görüşünün de bu minvalde olduğu belirtilmiştir. Şöyle ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında bu hususu, ırza geçme fiilinden daha ağır sonuçlar doğuracak nitelikte olması, mağdurun tehdit konusu fiile göre daha hafif mahiyette olan ırza geçme fiilini kabul etmek zorunda kalması olarak ifade etmiştir.²⁰⁵ Ancak bizim de katıldığımız görüş olan Kartal Memiş'in görüşüne göre, bu görüşe katılabilmek pek mümkün değildir. Çünkü, hayata dair hiçbir tecrübesi olmayan bir çocuğun hukukî değerler arasında bir tercih yapmasını beklemek, cinsel istismar suçu ile korunmak istenen hukukî menfaati yok etmek anlamına gelmektedir. Her ne kadar 15 – 18 yaş aralığında yer alan çocukların rızaları kabul edilse de tehdiye maruz kaldıkları anda kendilerinden menfaat dengesi kurlmaları beklenemez.²⁰⁶ Nitekim doktrinde Öykü Didem Aydın'ın görüşüne göre de, TCK m.102'de hüküm altına alınmış olan cinsel saldırı suçu bakımından öngörülen iradeyi etkileyen hâller iradeyi ortadan kaldırırken, cinsel istismar suçu bakımından mağdurun iradesinin etkilenmesi yeterlidir denmiştir.²⁰⁷

4.2.3. Hile

Hile de, cinsel istismar suçunda bir başka iradeyi etkileyen hâldir. Bir diğer anlatıma göre hile kavramı, mağdurun cinsel eylemlere karşı vereceği rızayı sağlamak maksadıyla, mağdurun iradesini yönlendirmek için kullanılan elverişli vasıtalar dır. Hile ile fail, mağdurun iradesini kırarak nitelikte aldatici söz ve davranışlarda bulunarak irade zayıflığı oluşturup mağdurun görünüşte rızasını almaktadır. Halbuki bu durumda, mağdurun faile verdiği görülen rıza, iradesi sakatlanmış olduğundan dolayı onun asıl/gerçek iradesi değildir.

“*Hile*”nin kavram olarak ne şekilde anlaşılması ve hangi hareketlerin hile olduğunun tespiti önemlidir. Dolayısıyla hile olarak değerlendirilebilecek söz ve davranışların tespitinde dikkatli olunması gerekmektedir. Burada önemli olan husus, çocuklara yönelik hileli söz ve davranışların değerlendirilmesi hususudur. Örneğin, evlenme vaadini ele alırsak, failin mağdura evlenme sözünde bulunması ve bu sözü

²⁰⁴ Aydın, a.g.e., s. 34.

²⁰⁵ YCGK. 26/10/1999 tarih ve 5-248/240 sayılı kararı.

²⁰⁶ Kartal Memiş, TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı, s.170.

²⁰⁷ Aydın, Öykü Didem; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, s. 159.

neticesinde cinsel fiilleri için mağdurun rızasını alması hâlinde suçun oluşup oluşmayacağına somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.²⁰⁸ Bir görüşe göre, 15-18 yaş aralığında olan bir küçüğü evlenme vaadi ile kandırıp ona istismarda bulunmak hile olarak değerlendirilebilmelidir.²⁰⁹ Keza, bizim de katıldığımız görüşe göre, benzer şekilde, mağdura kendisini farklı bir şekilde tanıtır ve doktor olduğunu ve genel sağlık taraması yaptığını belirten bir şahsın hileli hareket ettiğini söyleyebilmek mümkündür.²¹⁰ Burada, yetişkin bir kişi ile bir çocuğun karşısındaki kişinin davranışını sorgulama durumu farklılık gösterebilmektedir. Nitekim, yetişkin bir kişinin karşısındaki kişinin davranışını sorgulaması gerektiği ondan beklenebilecekken; bir çocuğun bunu sorgulaması çocuğun kişiliğine ve mental yapısına bakılarak ondan beklenemeyecek boyutta olabilecektir. Ancak burada, çocuğun saflığı ve tecrübesizliği nedeni ile bir yetişkine bakarak daha kolay kandırılabilmesi hususu göz ardı edilmemelidir.

4.2.4. İradeyi Etkileyen Başka Sebepler

İradeyi etkileyen başka sebeplerin ne olduğu konusunda açıkça belirtilmemekle birlikte doktrinde bu konu hakkında tartışmalar yer almaktadır. İradeye etki eden başka bir neden ifadesinin madde gerekçesinin şu şekilde belirtildiğini görmekteyiz : *15 yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır.*²¹¹ Bu gerekçe ile, cinsel saldırı

²⁰⁸ Aydın, a.g.e., s. 34.

²⁰⁹ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 172.

²¹⁰ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s.172.

²¹¹ Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet– Yenidünya, Caner; *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Ankara, Turhan Yayınevi, 2012, s. 35. ; www.ceza-bb.adalet.gov.tr Erişim Tarihi : 22.02.2017.

açısından öngörülmeven durumların cinsel istismar suçu bakımından aranıyor olmasındaki çelişki giderilmek istenmiştir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, “*iradeyi etkileyen bir başka neden*”den idrak edilmesi gereken TCK m.33’te yer alan “*sağır, dilsizlik*” ile m.34’te yer alan “*geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma*”dır.²¹² Bu hallerde, mağdurun iradesi sakatlanmakta ve şayet bilinci yerinde olsa idi vermeyeceği bir kararı vermektedir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, mağdurun alkolü veya uyuşturucuyu kendisinin almasının bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Nitekim, mağdurun bu maddeleri kendi isteği ile alıp sonrasında sarhoş olması, onun sarhoş olduğunda kendisine yönelik her türlü cinsel davranışa baştan rızasının olduğu şeklinde yorumlanamaz.

Yürürlükteki bu madde ile 765 sayılı eski TCK’nın 414.maddesinin 2.fikrasına değinmek gerekmektedir. Eski TCK m.414/2’ye göre, “*Şayet fiil cebir ve şiddet yahut tehdit kullanılmak suretiyle yahut akıl veya beden sağlığından veya failin eyleminden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir hâlde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.*”Bu hükümden anlaşılacağı üzere, çocuğun iradesine etki eden başka bir neden, akıl veya beden sağlığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı yani alkol ve uyuşturucu olarak anlaşılacaktır. Eski ve yeni hükmü karşılaştırmamızdaki amaç, “*iradeye etki eden başka bir neden*” kavramının çok geniş bir biçimde yorumlanmasına mahal vermemektir. Dolayısıyla, konuyu sınırlandırmak bakımından mülga hüküm ile birlikte eski Yargıtay kararları göz önünde bulundurulmalıdır.

4.3. Manevi Unsur

Çocukların cinsel istismarı suçu, genel kast ile işlenebilen bir suç türüdür. Kast; 5237 sayılı TCK’nın 21.maddesinde, “*suçun kanunî tanımındaki unsurların*

²¹²Horozgil, a.g.e., s.126. ; www.ceza-bb.adalet.gov.tr Erişim Tarihi : 22.02.2017.

bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır. Yani kastta, “*bilme*” ve “*isteme*” unsurları önem arz etmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçu, manevi unsur bakımından doktrinde tartışmalı bir suç türüdür.²¹³ Doktrindeki görüşlerden bazılarına göre, suçun niteliğinin tespiti açısından manevi unsur kapsamında “*failin saiki*” hususuna önem verilmelidir; aksi takdirde bu suçun, vücut bütünlüğünü ihlâl eden suçlarla karıştırılma ihtimali ortaya çıkabilir. Bu tartışmalardan bahsetmeden önce “*saik*” kavramına kısaca değinmek gerekir.

“*Saik*”; faili suç işlemeye yönelten neden veya nedenlerdir. Fail, cinsel istismar suçunu, şehevî duygularını tatmin etmek maksadı ile gerçekleştirebileceği gibi; mağdurdan veya mağdurun yakınlarından intikam almak amacıyla veya sırf sahip olma arzusuyla veya kıskançlık dürtüsü ile hareket edip bu eylemi gerçekleştirebilir. Örneğin; fail, hasmı olarak gördüğü bir şahsın on üç yaşındaki kızının genital bölgesine organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunması durumunda, buradaki saik şehevî duyguların tatmininden ziyade hasmını ve hasmının kızını toplum içinde rencide ederek onlara acı çektirmektir. İşte bu ve buna benzer durumlar söz konusu olduğunda failin işlediği suçun cinsel istismar olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre; failin gerçekleştirmiş olduğu eyleminin objektif olarak cinsel anlam taşıması yeterli olup, buna ek olarak şehevî arzuların tatmininin amaçlanması gerekli değildir.²¹⁴ Bu görüşe göre, failin saikinin bir önemi yoktur. Burada önemli olan, failin dış dünyaya yansıyan eylemleri cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun kanunda belirtilen unsurlarını içeriyorsa bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir.²¹⁵

Diğer bir görüşe göre ise, failin saikine önem verilmelidir. Zira, mağdura veya onun ailesine kızgın olan ya da mağduru kıskandığı için şehevi arzularından uzak

²¹³ Sevik Yokuş, Handan; “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, in: **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Ceza Hukuku Reformu, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005, s.286-287.

²¹⁴ Özbek, v.d.,a.g.e., s. 373.

²¹⁵ Akçin, a.g.e., s. 112.

salt ona zarar vermek, onu yaralamak maksadı ile eylemini gerçekleştirmesi durumunda, failin gerçekleştirdiği bu suçun cinsel istismar olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür.²¹⁶

Bu noktada bizim de katıldığımız görüş ilk görüştür. Suçun manevi unsuru değerlendirilirken failin saikinin bir önemi yoktur. Şayet, failin saikine önem atfeder ve manevi unsur yönünden özel kastın aranmasının gerektiğini belirtir ise bu takdirde korunmak istenen hukuki menfaatin gerektiği ölçüde korunamayacağı bir gerçektir.

Suçun manevi unsuru açısından doktrinde bir başka tartışma ise “*olası kast*” hususundadır. Bir görüşe göre; cinsel istismar suçu kasten işlenebildiği gibi olası kast ile de işlenebilir.²¹⁷

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Zira İçel’in de belirttiği gibi; *adam öldürme, yaralama gibi bazı suçlarda ortaya çıkabilecek olası kast kavramının tüm sonuçları kapsayacak şekilde kabul edilmesi kast karinesi yaratılması gibi kusurluluk ilkesi yönünden son derece tehlikeli durumlara sebebiyet verebilecektir.*²¹⁸ Sonuç olarak, cinsel istismar suçunun olası kast ile işlenebileceği kabul edilirse örneğin otobüse binen bir şahsın kolunun yanlışlıkla bir çocuğun göğsüne temas etmesi durumunda o şahsın cezalandırılması gerekecektir. Bu durumda ise adalate ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar ile karşı karşıya gelenebilecektir.

Son olarak, bu suç sadece “*kasten*” işlenebilir. Taksirle işlenebileceği yasa metninde yer almamıştır.

²¹⁶ Arslan, Çetin - Azizağaoğlu, Bahattin; *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 462. Yaşar, Osman – Gökçan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa; *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3237.

²¹⁷ Artuç, a.g.e., s. 658. Arslantürk, Mustafa; *Türk Ceza Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 311.

²¹⁸ İçel, Kayıhan; *İçel Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 434.

4.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

“Hukuka aykırılık” deyimini, gerçekleştirilen fiilin hukuk aleminde kabul edilmediğinin ifade ediliş biçimidir. Diğer bir deyiş ile hukuka aykırılık, belirli bir yasada belirtilmiş olan emir ve yasağa uygun davranılması kaidesine aykırılıktır. Failin tipikliğe uygun fiili gerçekleştirmesi yeterli olmayıp, cezalandırılabilmesi için tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde hareket etmesi gerekir.²¹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir fiilin hukuka aykırı olması, onun tüm hukuk sistemine aykırı olması anlamına gelir.²²⁰

Hukuka aykırılık kavramı, ister suç oluştursun ister oluşturmasın, eylemin bir vasfı iken, haksızlık, hukuk dünyasına aykırı olan eylemin bizatihi kendisini ifade eder. Hukuka aykırılık dediğimiz kavram, suçu meydana getiren eylemin sıfatıdır.²²¹

Belirtmek gerekir ki; “hukuka aykırılık” ve “haksızlık” ifadelerini birbirinden ayırmak ve bu iki kavramı birbiriyle karıştırmamak gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, “hukuka aykırılık”, ister suç oluştursun ister oluşturması, eylemin bir vasfıdır.²²² “Haksızlık” ise, hukuka aykırı olan fiilin bizatihi kendisini ifade etmektedir.²²³ Bir başka ifade ile, “hukuka aykırı oluş”, değerlendirmeye tabi tutulan bir fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediğinin tespitinden başka bir şey ifade etmemekte olduğundan dolayı “hukuka aykırılık”ın bir derecelendirmeye tabi tutulması pek mümkün değildir.²²⁴ Bu minvalde, örnek verecek olursak, basit bir yaralama fiili, ağır bir yaralamaya göre “daha az” hukuka aykırıdır denilemeyecektir.²²⁵

Hukuka uygunluk nedenleri ise TCK’nın 24 ve devam eden maddelerinde, Kanunun birinci kitabının ikinci bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya*

²¹⁹Hakeri, Hakan; *Ceza Hukuku*, 12.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 239..

²²⁰Özgenç, İzzet; *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 13. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 294.

²²¹ Özgenç, a.g.e., s. 298.

²²² Özgenç, a.g.e., s. 298.

²²³ Özgenç, a.g.e., s. 298.

²²⁴ Özgenç, a.g.e., s. 298.

²²⁵ Benzer yönde değerlendirmeler için, bkz. Keçelioğlu, Elvan; “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, in: **TBB Dergisi**, S: 87, Mart-Nisan, 2010, s. 302.

Azaltan Nedenler” başlığı altında yer almıştır. Kanunda belirtilen bu nedenler, eylemin hukuka aykırı olmasını engeller ve onun meşru veya hukuka uygun bir eylem olarak ortaya çıkmasını sağlar.²²⁶ Toroslu’ya göre hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir eylemin, bu eylemin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeni ile suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanabilir.²²⁷

Kanunda hukuka uygunluk nedenleri; “*Kanunun Hükmü ve Amirin Emri*” (TCK m.24), “*Meşru Savunma ve Zorunluluk Hâli*” (TCK m.25), “*Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası*” (TCK m.26) olarak yer almıştır.

Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin işlenen tek bir suçta bulunması çoğu zaman mümkün değildir. Konumuz olan, cinsel istismar suçu açısından, bu hukuka uygunluk nedenlerinden ancak kanunun hükmü ve ilgilinin rızası tartışma konusu olabilecektir. Bu suçta meşru müdafaa ya da zorunluluk hâliinden bahsedilemeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu durum suçun faili bakımından geçerlidir. Bir diğer deyişle, suçun mağduru açısından meşru müdafaa ve zorunluluk hâli somut olaya göre gündeme gelebilecektir.²²⁸

Aşağıda iki ayrı başlık altında, çocukların cinsel istismarı suçunda hukuka uygunluk nedenlerinden, kanunun hükmünü yerine getirme ve ilgilinin rızası ele alınacaktır.

4.4.1. Cinsel İstismar Suçunda “Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi”

TCK m. 24/1’de kanunun hükmünün yerine getirilmesi hâli; “*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde yer almıştır. Bu başlık altında ele alınması gereken iki husus vardır. Bunlardan biri, CMK m. 75 ve 76’da yer alan “*beden muayenesi*”; diğeri ise “*şüphelinin üst araması*”dır.

²²⁶ Toroslu, Nevzat –Toroslu, Haluk; *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 156.

²²⁷ Toroslu, Nevzat –Toroslu, Haluk; *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 157.

²²⁸ Özen, Muharrem; *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995, s. 127 vd.

CMK m.75/3 ve m.76'da delil elde etmek maksadıyla kişilerin vücudu üzerinde iç ve dış beden muayenesinin yapılabilmesi belirtilmiştir. Kanunda bedeninin iç ve dış muayenesinin hakim kararıyla ancak hekim veya sağlık mensubu olan bir kişi tarafından yapılabilmesi düzenlenmiştir. İç ve dış beden muayenesi bu şekilde gerçekleştirildiğinde fiil hukuka uygun olacak ve dolayısıyla cinsel istismar suçu gerçekleşmeyecektir. Ancak, muayeneyi gerçekleştiren hekim veya sağlık mensubu olan kişi, muayene esnasında muayene amacını aşmış cinsel maksatlı eylemler gerçekleştirecek olursa burada artık hukuka uygunluk söz konusu olmayacak ve kişi, gerçekleştirdiği cinsel içerikli eylemlerinden sorumlu olacaktır.

Diğer bir husus olarak, bir kolluk görevlisinin, şüphelinin üst araması esnasında "arama" amacını aşmış, şahsın vücudunun dokunulmaması gereken özel noktalarına dokunması hâlinde artık hukuka uygunluktan bahsedilmeyip cinsel istismar suçundan bahsedilecektir. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği'nin 28.maddesinin 9.fikrasının "b,c,d" bentlerinde üstü aranan kişiye özenli davranılması gerektiğinin belirtildiğini görmekteyiz. Özellikle "d" bendinde, üstü aranan kişinin bedenine dokunulmaması için gereken özenin gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²²⁹Üst araması, CMK m. 119, Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği ve PVSK hükümlerince gerçekleştirileceğinden, bunlar amir hüküm olup²³⁰, hükümlerde ifade edilen kurallar dışında gerçekleştirilecek olan aramalar hukuka aykırılık teşkil etmiş olacak ve eğer cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilecek bir fiil oluşmuşsa üst aramasını yapan kolluk görevlisi bu fiilinden dolayı sorumlu tutulacaktır.

²²⁹Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği, m. 28/9-b) Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedeninin üst kısmındaki giysiler çıkartılır; bedeninin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

²³⁰Özbek, Veli Özer; *TCK İzmir Şerhi : Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 632.

4.4.2. Cinsel İstismar Suçunda “Rıza” Kavramı

“Rıza”, kişinin bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen bir fiili kabul ettiğini açıklamasıdır.²³¹ Ancak “rıza” ile birlikte, kişi, hukuksal değerini ihlal eden veya onu tehlikeye düşüren bir fiilin gerçekleşmesini kabul ettiğini açıklayarak, o hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçtiğini de açıklamış olur.²³²

Hukuka uygunluk nedenlerinden “rıza” kavramı TCK m. 26/2’de düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ise “rıza” hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde, bu suçta rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan görüş, rızanın eylemi hukuka uygun duruma getirdiğini²³³ dile getirmekte iken; bir diğer görüş, rızanın eylemi ortadan kaldırdığını ve bu sebepten dolayı da suçun unsuru olduğunu belirtmektedir.²³⁴

Çocuk 15 yaşını doldurmuş ya da doldurmuş olmakla birlikte işlenen eylemin anlam ve sonuçlarını algılamayacak hâlde ise, kendisine yönelik gerçekleştirilen her çeşit cinsel davranış cinsel istismar sayılmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucu 0-15 yaş aralığında olan küçüklerin ve on beş – on sekiz yaş aralığında olmakla birlikte fiilin anlam ve neticelerini algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların eyleme rızalarına bir değer atfetmemiştir.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu, cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşında kademeli bir sistem benimsemiş, 15 yaşın altındaki çocuklar için rızayı her halde yok sayarken, 15-18 yaş arasındaki çocuklar için rızaya belli ölçüde müsaade etmiş, bu hali ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Rızanın geçerli kabul edildiği, 15-18 yaş aralığı dahilindeki çocuklar açısından fiil; cebir, şiddet, hile veya iradeyi etkileyen bir diğer neden olmaksızın gerçekleştiği takdirde, ortada TCK m.103 kapsamına

²³¹Markus, Jochen; *Die Einwilligungsfähigkeit im amerikanischen Recht- Mit einem einleitenden Überblick über den deutschen Diskussionsstand*, Frankfurt am Main, 1995, b.a. , Ekici Şahin, Meral; “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D. , Doktora Tezi, Ankara, 2010 ,s. 5.

²³²Ekici Şahin, Meral; “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D. , Doktora Tezi, Ankara, 2010,s. 5.

²³³Sevük Yokuş, Handan; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, in: **TBB Dergisi**, Sayı: 57, Yıl: 2005, sh. 249.

²³⁴Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 162 vd.

giren bir suç oluşmayacaktır. Burada artık TCK m.104'te yer alan “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçundan bahsedilecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasına kısmen itibar edilmiş, bu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlanmıştır. Şikayet olmadığı takdirde “*rıza*”, eylemi hukuka uygun hâle getirecektir.

5. Suça Etki Eden Sebepler

5237 sayılı TCK m.103'te cinsel istismar suçu bakımından çeşitli ağırlaştırıcı sebepler ve netice sebebiyle ağırlanmış hâller yer almıştır. Şimdi bunları inceleyelim.

5.1. Ağırlatıcı Sebepler

Cinsel istismar suçunun ağırlatıcı sebepleri TCK m.103'ün 2., 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. bu ağırlatıcı sebepleri konuyu daha iyi kavramak açısından “şahsi ağırlatıcı sebepler” ve “fiili ağırlatıcı sebepler” olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

5.1.1. Şahsi Ağırlatıcı Sebepler

Şahsî ağırlatıcı sebepler, TCK m.103/3'te hüküm altına alınmıştır. Bu sebepler; cinsel istismarın üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hımsı, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından; vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından; kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesidir.

5.1.1.1. Cinsel İstismarın Üçüncü Dereceye Kadar Kan veya Kayın Hımsı, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi (TCK m.103/3-c)

Cinsel istismar suçu; mağdurunun “çocuk” olması hasebi ile diğer suçlara nazaran kolay işlenebilen bir suç türüdür. Çünkü bir çocuğun yetişkin bir bireye

nazaran kandırılması, onun üzerinde bir baskı kurulması ve ona karşı bir suç işlenmesi daha kolaydır. 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da da suçun işlenmesini daha kolay hâle getirebilecek sebepler düşünülerek hüküm altına alınmıştır. Suçun işlenmesini kolaylaştıran sebeplerden biri de bu suçun üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısmı, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi hâlidir. Çünkü mağdur olan çocuk bahsedilen bu şahıslara aralarındaki ilişkiden dolayı daha fazla güvenmektedir.

Belirtmek gerekir ki; 5237 sayılı TCK m.103'te 6545 sayılı Yasa ile değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikten sonra m.103/3-c Kanunda; *“suçun; üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* şeklinde yer almıştır.²³⁵

5237 sayılı TCK m.103/3-c'de yer alan ağırlatıcı sebebin faile uygulanabilmesi için kendisi ve mağdur arasında kan bağı olması şart olmamakla birlikte akrabalık bağının olması yeterlidir. Failin bu sıfatları haiz olup olmadığının tayini Medeni Kanun'a göre olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu şahısların aynı evde yaşıyor olmaları gerekmemektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 17/1' göre; *“Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur.”* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise; *“Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy – altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.”* Bu maddeye göre, baba-kız, baba- oğul, anne-oğul, anne-kız ilişkisi üstsoy – altsoy ilişkisi olacakken; babanın kız kardeşinin eşi ile olan ilişkisi kayın hısımlığı olacaktır. Bir başka ifade ile, mağdurun anne ve babası yani üstsoyu mağdurun birinci derece kan hısmı iken; mağdurun kardeşleri ikinci derece kan hısımları; mağdurun teyzesi, amcası, dayısı, halası ise üçüncü derece kan hısımlarıdır. Bu şahısların mağdur çocuğa karşı gerçekleştirdikleri istismar eyleminin yaptırımını TCK m.103/3'e göre artırılarak uygulanacaktır. Değinmek gerekir ki; yasada alt soy için

²³⁵ 6545 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önce TCK m.103'ün ilgili kısmı; *“cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hımsı, üvey baba, evlat edinen ...tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* şeklinde idi.

ağırlatıcı bir hâl öngörülmemiştir. Çünkü mağdur çocuğun bu nitelikte bir fiili işleyebilecek alt soya (çocuk veya toruna) sahip olması olasılığı söz konusu değildir.

Medeni Kanun'un 18.maddesi; “(1) Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olurlar.

(2) Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden mağdurun eşinin üçüncü dereceye kadar kan hısımlarının (annesi, babası, büyük annesi, büyük babası, torunu, kardeşleri, teyzesi, amcası, halası, dayısı) mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısımları olacağı ve mağdur ile eşi arasındaki evlilik birliği sona erse bile kayın hısımlığının sona ermeyeceğini anlamaktayız. Dolayısı ile, şayet evlilik birliği sona erse bile kayın hısımlığı sona ermeyeceğinden, işlenen suç yine cinsel istismarın nitelikli hâlinin oluşmasına sebebiyet verecektir. Evlilik birliğinin mutlak butlan ile sakat olması hasebiyle sona ermesi durumunda ise, kayın hısımlığı hiç oluşmamış sayılmalıdır.²³⁶

6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce “kayın hısımlığı” ağırlatıcı bir sebep olarak m.103'te yer almıyor ve bu durum eleştirilere maruz kalıyordu. 6545 sayılı Yasa ile “kayın hısımlığı” kavramı cinsel istismarın şahsi ağırlatıcı nedenlerinden biri olarak belirtilmiş ve böylelikle bu konu hakkında yapılan eleştirilere son verilmiştir.

“Kayın hısımlığı” hususunda olduğu gibi “üvey anne” hususunda da 6545 sayılı Yasa'dan önce doktrinde tartışmalar ve konuya yönelik eleştiriler mevcuttu. TCK m.103'te suçu ağırlatıcı neden olarak failin “üvey baba” olması hususu düzenlenmiş ve fakat “üvey anne” hususuna yer verilmemişti. Bu suçu işleyebilecek kişiler sadece erkek değildir dolayısı ile “üvey anne” kavramına da bu bağlamda yer verilmesi gerekmekte idi. 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası 103.maddede “üvey baba” kavramının yanı sıra “üvey anne” ve “üvey kardeş” kavramlarına yer verilmesi konu ile ilgili tartışmaların son bulması açısından isabetli olmuştur. Şimdi kısaca bu kavramlara değinelim.

²³⁶ Aydın, a.g.e., s. 39.

“Üvey baba”; mağdurun annesinin kendi öz babasından sonra evlendiği erkektir. “Üvey anne”; mağdurun babasının kendi öz annesinden sonra evlendiği kadındır. “Üvey kardeş”; mağdurun annesinin veya babasının, sonradan evlendiği kadın yahut erkekten olan çocuklarıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, mağdurun annesinin yahut babasının, sonradan evlendiği kadın yahut erkeğin önceki beraberliklerinden olan çocukları ile mağdur arasında bir “üvey kardeş”lik ilişkisi sözkonusu değildir. Burada belirtilmesi gereken bir başka husus ise, “üvey anne” sıfatını haiz olabilmek için mağdurun öz babasının mağdurun öz annesi dışında bir kadınla evlenmesi; “üvey baba” sıfatını haiz olabilmek için ise, mağdurun öz annesinin mağdurun öz babası dışında bir erkekler evlenmesi gerekmektedir. Yani, aralarında evlilik akdi olmayıp birlikte yaşayan çiftler bu sığata sahip değillerdir.

Failin TCK m.103/3-c’den dolayı sorumlu tutulabilmesi için üvey baba yahut üvey annenin mağdurun öz babası yahut öz annesi veya kendisi ile aynı çatı altında yaşama zorunluluğu yoktur.

TCK m.103/3-c’ye göre, “evlat edinen”in evlat edindiği çocuğa karşı cinsel istismarda bulunması hâli ağırlatıcı sebeplerden biridir. Burada da belirtmek gerekir ki, evlat edinen ile evlat edinilenin aynı evde yaşamıyor olması bu suçun nitelikli hâlinin işlenmesine engel değildir.

5.1.1.2. Cinsel İstismarın Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğu Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi (TCK m.103/3-d)

TCK m.103/3-d hükmünde cinsel istismar suçunun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğu bulunan kişiler tarafından işlenmesi ağırlatıcı neden olarak yer almıştır. Yasa koyucunun bu durumu ağırlatıcı sebep olarak öngörmesinin nedeni, belirtilen bu şahısların çocukla yakın temasta olmaları ve dolayısı ile çocuk üzerinde hakimiyet kurabilecek durumda olmalarıdır.²³⁷

²³⁷ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 191.

5.1.1.2.1. Vasi

“Vasi” tayini Medeni Kanun hükümleri çerçevesine göre belirlenir. Buna göre, TMK’nın 404 ve devam eden hükümleri uyarınca velayet altında bulunmayan her çocuk vesayet altına alınmak suretiyle kendisine bir vasi tayin edilir. Bunun yanında, TMK’ya göre, akıl hastalığı yahut akıl zayıflığı hasebi ile işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım yapılması gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan erginler ile, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya mal varlığını kötü yönetmesi hasebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden erginler hakkında kısıtlama (vesayet) kararı verilebilir.²³⁸ Buna ek olarak TMK’da belirtildiği gibi haklarında 1 yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verilen erginler hakkında da kısıtlama kararı verilebileceğini belirtmek gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, velayet altında bulunmayan çocuk vesayet altına alınarak kendisine mahkemece vasi tayin edilir. “Vasilik” kavramına yüklenen anlam ve önemden dolayı, kendisine vasi olarak tayin edilen kadın veya erkek vasi ile çocuk arasındaki ilişkinin cinsel istismar boyutuna varması hâlinde, TCK’ya göre vasiye verilecek ceza artırılarak verilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için mağdur çocuk ile vasinin aynı çatı altında yaşamasına gerek yoktur.

5.1.1.2.2. Eğitici, Öğretici, Bakıcı

TCK m.103/3-d’de belirtilen ağırlatıcı nedenlerden birisi de cinsel istismar suçunun “eğitici, öğretici, bakıcı” tarafından işlenmesidir. Bu şahısların bu suçu işlediklerinde kendilerine verilecek olan cezanın artırılma sebebi çocuklarla arasında olan özel ilişki ve yakın temas hâlinde olma durumudur.

²³⁸ Aydın, a.g.e., s. 40.

“Eğitici, öğretici” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği madde gerekçesinde özel olarak belirtilmemiştir. Yasadaki düzenlemeye göre, failin “eğitici, öğretici, bakıcı” sıfatlarını fiilen haiz olup bu sıfatların kazanılmasının belirli bir şekil şartı yoktur. Doktrinde ise bu kavramlara şu şekilde yer verilmiştir. “Eğitici” kavramından, çocuğun eğitim gördüğü okul öğretmeni haricinde diğer faaliyetlerin eğitimini (örneğin; müzik, dans, spor, ...) belirli bir ücret karşılığında ya da ücretsiz olarak veren şahısların anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.²³⁹ Keza, “öğretici” kavramından da okul dersleri ile ilgili şahısların anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.²⁴⁰ Öğretici, kamu veya özel kurumlarda çalışabileceği gibi evde özel ders vermesi de söz konusu olabilmektedir. Yani eğitici ve öğreticinin resmî olarak bu sıfatlara sahip olma zorunlulukları yoktur. Burada mühim olan eğitici yahut öğreticinin eğitim veya öğretim faaliyetini fiilen gerçekleştiriyor olmalarıdır. “Bakıcı” kavramından ise; çocukla birebir ilgilenip onun bakımını yapan, çocuğun beslenmesi, uyku düzeni, giyimi ve saire ihtiyaçlarının giderilmesi faaliyetlerini gerçekleştiren şahsın anlaşılması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde cinsel istismar suçunun eğitici, öğretici veya bakıcı bu faaliyetlerine devam ederken gerçekleşmesi gerektiği; aksi durumda, eski öğrencisine yahut bakıcısı olduğu eski çocuğa karşı cinsel istismar eylemini gerçekleştiren eğitici, öğretici veya bakıcı hakkında bu ağırlatıcı neden uygulama alanı bulamayacağı belirtilmektedir.²⁴¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre ise; cinsel istismar eyleminin eğiticilik, öğreticilik yahut bakıcılık faaliyetlerinin yapıldığı sırada ya da bu faaliyetlerin yapıldığı zaman dışında bir zamanda olmasının bir ehemmiyeti yoktur.²⁴² Burada önemli olan husus; fail olan eğitici, öğretici ya da bakıcının bu konumunun yarattığı yakınlıktan ve kendisine duyulan güvenden faydalanmış olmasıdır. Bu suçla korunmak istenen hukukî menfaatin tam olarak maksadına ulaşması için bu görüşe katılmaktayız.

²³⁹ Tuğrul, a.g.e., s. 281.

²⁴⁰ Tuğrul, a.g.e., s. 281.

²⁴¹ Dönmezer, Sulhi; *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 110.

²⁴² Aydın, a.g.e., s. 41.

5.1.1.2.3. Koruyucu Aile

“Koruyucu aile” kavramından; çeşitli nedenlerle öz ailesi yanında bakımları bir süre için sağlanamayan çocukların kendi aile ortamlarında eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu kısa veya uzun süreli olarak, ücretli veya gönüllü statüde devlet denetiminde paylaşılan, hissettikleri toplumsal sorumluluğu gösterebilen uygun aile ya da kişiler anlaşılmaktadır.

“Koruyucu aile” müessesesi, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesi ile 12.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan Koruyucu Aile Yönetmeliği’nde yer almıştır. Korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını gerektiren süre içinde aile ortamında yetiştirilmesine yönelik koruyucu aile hizmetlerinin uygulama esaslarını, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile koruyucu ailenin yetki ve sorumluluklarının kapsamını belirlemek ve hizmetin amaçlanan gayeye tam anlamıyla erişebilmesi için *Koruyucu Aile Yönetmeliği* kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Kanun ve Yönetmeliği birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Yönetmeliğin 4. maddesinde “tanımlar” a yer verilmiştir. Bu maddede koruyucu aile tasnifleri yapılmıştır. Yönetmeliğin 4/1-a maddesinde *Akraba veya Yakın Çevre Koruyucu Aile Modeli*’ne; 4/1-e maddesinde *Geçici Koruyucu Aile Modeli*’ne; 4/1-r maddesinde *Süreli Koruyucu Aile Modeli*’ne; 4/1-ş maddesinde *Uzmanlaşmış Koruyucu Aile Modeli*’ne yer verilmiştir.

Belirtilen tüm bu koruyucu aile modelleri uyarınca, bir çocuğa koruyucu aile sıfatıyla atanan şahıs veya şahısların; bu çocuğa karşı gerçekleştirmiş oldukları cinsel istismar eyleminin cezası TCK m.103/3-d’ye göre artırılarak verilecektir.

5.1.1.2.4. Sağlık Hizmeti Veren

Sağlık hizmeti veren kişilerin kim olduğu yasada belirtilmemiştir. Özel, devlet ya da üniversite hastanelerinde, klinik, sağlık ocağı, muayenehane ya da bu sayılanların hiçbirine gerek olmaksızın şahsın sağlık mensubu olması durumunda TCK m.103/3-d’de belirtilen ağırlatıcı hüküm uygulanacaktır. Yasada “sağlık hizmeti veren/ sağlık mensubu” kavramı ile ilgili herhangi bir açıklama olmadığı için

kanunen sağlık hizmeti vermeye hak kazanmış kişilerin sağlık mensubu oldukları kabul edilecektir. Dolayısı ile; hekimler, hemşireler, ebeler, eczacılar, laborantlar, sağlık memurları ve hasta bakıcılar bu tanım içinde yer alacaklardır.

Sağlık hizmeti veren şahısların TCK 103/3-d’de yer alan bu ağırlatıcı sebepten dolayı yargılanabilmesi için mağdur çocuk üzerinde sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan bir hakimiyet kurması gerekmektedir. Yani sağlık hizmeti veren bu şahısların mesleklerinin kendilerine sağladığı güven duygusunun getirdiği kolaylıktan faydalanarak mağdur çocuk ile yakınlaşmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, örneğin bir hekimin bir oyun parkında çocuğu istismar etmesi durumunda, salt hekim sıfatını haiz olmasından dolayı bu ağırlatıcı nedenden dolayı cezalandırılmayacaktır. Mühim olan husus, hekimin bu suçu mağdura yönelik sağlık hizmeti verdiği esnada veya bu sağlık hizmetini vermesinin sağladığı güven ilişkisinden yararlanarak işlemesi gerektiğidir.²⁴³

5.1.1.2.5. Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğu Bulunan

6545 sayılı Yasa ile birlikte TCK m.103/3-d’ye “bakım” yükümlülüğu bulunan kişiler de eklenmiştir. Konunun önemi açısından “koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğu bulunan” kişi veya kişilerin kimler olacağı hususuna yer vermemiz gerekmektedir.

Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğu kanundan yahut sözleşmeden doğan bir yükümlülük türüdür. Bazen bu yükümlülüğu taraflara kanun yüklemektedir. Örneğin, TMK m.185’e göre; eşlerin çocuklarına bakma yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda da bu yükümlülük tarafların hazırladığı sözleşme ile doğar. Örneğin, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile taraflardan biri bu yükümlülüğe tabi olur. Bu şekillerde koruma, bakım ve gözetim sorumluluğu altına giren şahısların sorumluluklarını aldıkları çocuklara karşı cinsel istismar suçunu gerçekleştirmeleri hâlinde TCK m.103/3-d’ye göre cezalarında artışa gidilecektir.

²⁴³ Aydın, a.g.e., s. 43.

Uygulamaya baktığımız zaman; koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü konusunda, mağdur çocuğun anne/babası ile aralarında evlilik birliği bulunmaksızın birlikte yaşayan erkeğin/kadının, mağdur çocuk üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hakkında tartışmalar olduğunu görmekteyiz. Belirtmek gerekir ki bu durumlarda, failin, mağdurun üvey babası/ üvey annesi konumunda bulunmadığı yahut mağdur ile aralarında bir ikinci veya üçüncü dereceden kan yahut kayın hısımlığı ilişkisi, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı veya sağlık hizmeti veren ilişkisi olmadığı da aşikârdır. Bunun yanında, Medenî Kanun'a göre, aile birliğinin sağlanması Medenî Kanun'da belirtilen hükümlere uyularak gerçekleştirilen evlenme sureti ile olur. Aile birliğinin sağlanmasının sonucu olarak da TMK m.185/2'ye göre; *eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen göstermekle yükümlüdürler*. Burada belirtilen “yükümlülük”ten bahsedebilmek için evlilik birliğinin resmi evlilik şeklinde yani kanunun belirlediği ilkelere uyularak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile, aralarında resmi evlilik ilişkisi olmayan ve fakat birlikte yaşayan şahısların böyle bir yükümlülük altında olacaklarını savunmak hukuka aykırı bir düşünce tarzı olacaktır. Ayrıca failin hukuken yükümlü olmadığı bir hususta bu yükümlülüğü yerine getirmediğinden dolayı cezasının artırılmak sureti ile hukuki bir müeyyideye çarptırılması “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.²⁴⁴

Bizim de katıldığımız görüşe göre; bir erkeğin aralarında resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşadığı kadının çocuklarına karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu dair herhangi bir kanun maddesi bulunmamaktadır. TMK'nın resmi nikâhla sağlanmış evlilik birlikleri için düzenlediği 185/2 maddesi hükmünün, birlikte yaşayan kişiler için de geçerli olduğunu söyleyerek failin bu yükümlülüğü ihlal ettiğinden bahisle cezasında artışa gidilmesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan “kıyas yasağı”na ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılık teşkil edecektir.²⁴⁵

²⁴⁴ Aydın, a.g.e., s. 45.

²⁴⁵ Aydın, a.g.e., s. 45.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse; Yargıtay'ın vermiş olduğu karara²⁴⁶ karşı failin birlikte yaşadığı kadının çocuklarına karşı kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunmadığı hâlde, sırf örf ve âdet kuraları gereği kendisi böyle bir yükümlülüğe maruz bırakılarak, bu yükümlülüğe uymadığından dolayı kendisine verilecek cezanın artırılarak uygulanması durumu yerinde olmayacaktır. Ancak, kadın birlikte yaşadığı erkeğe “benimle birlikte sen de bu çocukları koruyup gözeticek ve bakımlarından sorumlu olacaksın.” der ve erkek de bunu kabul ederse bu takdir de durum değişebilecektir. Fakat bu durumda bir karışıklığın yaşanmaması için TCK m.103'te gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin İsviçre Ceza Kanunu'nda bu durum daha geniş bir biçimde ele alınmıştır. Düzenlemeye göre; “*Cinsel davranışların eğitim, güven veya iş ya da herhangi bir türde bağımlılık ilişkisinden istifade ederek gerçekleştirilmesi durumunda üç seneden aşağı olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası ile cezalandırılır.*”²⁴⁷ TCK m.103/3-d hükmü de bu şekilde veya buna benzer şekilde düzenlenirse karışıklıkların giderilmesinde etkili olacaktır.

5.1.1.3. Cinsel İstismarın Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (m.103/3-e)

6545 sayılı Yasa'da ile yapılan değişiklikten önce TCK m.103'te “kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” ibaresi cinsel istismar suçunun ağırlatıcı bir nedeni olarak belirtilmemişti. Ve fakat 6545 sayılı Yasa ile bu kavram da maddeye dahil edilmiş ve sonuç olarak cinsel istismarın “*kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle*” işlenmesi ağırlatıcı neden olarak TCK'da yer almıştır. Yani cinsel istismar suçu kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlendiği takdirde faile verilecek ceza artırılarak uygulanacaktır.

“Nüfuzun kötüye kullanılması” ibaresinden “*bir kişinin diğeri karşısında üstün konumda bulunmasının verdiği güçle konumunu kötüye kullanması*” anlaşılmalıdır. Nüfuzun varlığı için bir kişinin diğerine nazaran daha etkin ve iş

²⁴⁶ Y. 5. CD. ; 17.01.2011 Tarih ve 2010/6869 – 2011/ 47 Sayılı Kararı.

²⁴⁷ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 194.

bağlamında üstün olması gerektiği Yargıtay'ın “*özel bir şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun söz konusu olamayacağı gözetilmeyerek TCK 103/1 olarak tayin olunan cezanın TCK 103/3.maddesiyle artırılması ...*”²⁴⁸ kararı ile dile getirilmiştir.

Hizmet ilişkisinin kamu yahut özel bir kuruma bağlı olarak icra edilmesinin bir önemi olmadığı gibi, ücretli yahut ücretsiz, geçici yahut süreklilik arz ediyor olması da mühim değildir. Mühim olan husus, fail ve mağdur arasında hizmet ilişkisinden doğan bir bağımlılık ilişkisinin söz konusu olması ve failin de bu ilişkinin oluşturduğu kolaylıktan yararlanarak suçu işlemiş olmasıdır. Bu konuya örnek olarak; çocuğu okula yahut kreşe götürmek konusunda çocuğun ebeveynleri ile anlaşmış olan servis şoförü gösterilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; aynı işyerinde çalışıp eşit konumda bulunan ya da birbiri üzerinde herhangi bir tasarruf ve otoritesi olmayanlar yönünden bu nitelikli hâl uygulanmaz.

Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay kararlarında hizmet ilişkisinin cinsel istismar esnasında sürmesinin arandığını görmekteyiz.²⁴⁹ Ancak doktrinde bu husus ile alakalı tartışmalar mevcuttur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, kamu görevinin ve hizmet ilişkisinin sürmesinin gerekip gerekmediğinin somut olaya göre tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda; şayet kamu görevi veya hizmet ilişkisinden doğmuş olan saygı ve çekinme hâlinin, kamu görevi veya hizmet ilişkisi sona erdikten sonra da devam ettiği tespit edilirse burada ağırlatıcı nedenin uygulanacağı belirtilmiştir.²⁵⁰ Diğer bir görüşe göre ise; bu tarz bir düşünce hükmün geniş yorumlanmasına sebebiyet vereceğinden Yargıtay'ın uygulamadaki kararları göz önüne alınmalıdır.²⁵¹

²⁴⁸ Baytemir, Erdal; *Açıklamalı – İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 309.

²⁴⁹ “... Sanığın dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından ...” (Yargıtay'ın 2007/7481 Esas ve 2007/6548 Karar sayılı Kararı)

²⁵⁰ Tezcan - Erdem – Önok, a.g.e., s. 376-377.

²⁵¹ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 196.

5.1.2. Fiili Ağrılatici Sebepler

Cinsel istismar suçunda fiili ağrılatici sebepler; suçun organ veya sair cisim duhul edilmesi suretiyle işlenmesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun toplu yaşama zorunluluğu olan ortamların sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi, suçun cebir, tehdit veya silah kullanılmak suretiyle işlenmesi olarak TCK m.103'te yerini almıştır.

5.1.2.1. Suçun Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi

TCK m.103/2'ye göre; cinsel istismar suçunun vücuda organ yahut sair bir cisim duhul edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ceza, suçun temel şekline nazaran daha ağırlatılmış oranda uygulanacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; maddede direkt olarak “cinsel organ” ibaresi yer almamaktadır. Dolayısı ile bu ağrılatici nedenin faile uygulanması için organ veya sair bir cismin mağdurun vücuduna illa failin cinsel organı ile duhul edilmesi şart değildir. Örneğin mağdurun vajinasına parmak sokulması da cinsel istismar olarak değerlendirilecektir. Bunun yanında, vücuda penis duhulünün yanı sıra cop, şişe, kalem ve sair cisimlerin anal, oral veya vajinal yoldan sokulması da bu suç kapsamında sayılacaktır. Bir başka deyişle söyleyecek olursak; cinsel istismar suçunun maddi unsuru genişletilerek, vücuda vajinal veya anal yoldan organ veya sair cismin sokulmasının yanında oral yoldan organ sokulması da suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilecektir. Burada akla gelen soru ise, mağdurun burun ve kulağına bir cisim sokulmasında ya da mağdurun ağızına failin dilini sokmasında bu suçun söz konusu olup olmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki; vücutta bulunan kulak, burun boşlukları gibi yerler her ne kadar organ yahut sair cisim duhul etme eylemine uygun olsa da bu fiile “cinsel davranış” niteliği kazandırmaya elverişli değildir. Ayrıca, doktrindeki bir görüşe göre, duhul edilmek istenen sair cisim yahut organ ile vücut noktası arasında cinsel bir bağ yahut ilişki bulunması gerekmektedir.²⁵² İfade edilen bu “bağ” organ, sair cisim yahut mağdurun vücut bölgesinin cinsel anlam teşkil etmesinden

²⁵²Özbek, Veli Özer; *İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Açıklamalı-Gereğçeli-İçtihatlı, Cilt 2, Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 616 – 617. , Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer; *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1652.

kaynaklanabileceği gibi hareketlerin bir bütün olarak cinsel bütünlüğünden yahut anlamından da kaynaklanabilir. Örnek verecek olursak, failin parmağının çocuğun vajinasına duhul edilmesi durumunda failin parmağıyla mağdur olan çocuğun vajinası arasında “cinsel bir bağ” söz konusudur. Bu örnekteki parmak cinsel organ olmasa dahi içine duhul edilmek istenen organın cinsel organ olmasından dolayı cinsel ehemmiyeti olması hasebiyle bir bağ kurulabilmektedir. Benzer olarak; bir erkek çocuğun anüsüne bir kadın failin sair bir cisim sokması durumunda da hâl bu şekildedir. Mağdurun cinsel organlarına ulaşmayan eylemler de bu nitelikte olabilir. Örnek verecek olursak; failin penisini kadının ağzına yahut kulağına duhul etmeye çalışması gibi. Fakat belirtmek gerekir ki; failin eylemiyle mağdurun maruz kaldığı davranış arasında bu minvalde bir cinsel bir bağ düşünülmiyorsa, bu takdirde nitelikli halin oluştuğundan söz edilemez. Örnek verecek olursak; failin mağduru öperken dilini ağzına sokması yahut parmağını mağdurun kulağına sokması şeklindeki eylemler vücuda organ yahut sair bir cisim duhul etme olarak nitelendirilemez.²⁵³ Yargıtay’ın da kararları bu yöndedir.²⁵⁴

Kanımızca cinsel istismar eylemini icra eden failin, bu eylemi hangi saiklerle gerçekleştirdiğini irdelemeye gerek yoktur. Failin bu eylemi, tıp ve psikoloji bilimleri çerçevesinde objektif olarak cinsel içerikli davranışlar olarak kabul edilebiliyorsa hangi saikle icra edildiğinin ehemmiyeti olmaksızın suçun meydana geldiği kabul edilmelidir. Ayrıca, failin parmağını mağdurun ağzına duhul etmesi yahut failin mağdurun ağzına cop, şişe, cetvel ve benzeri cisimleri sokması örneklerinde de, bu eylemi cinsel davranış olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü bu tarz eylemler objektif olarak cinsel içerikli davranışlar olarak değerlendirilmeye uygun değildir.

103.maddenin 2. fıkrasında suçun organ yahut sair bir cisim sokulması suretiyle işlenebilmesi öngörüldüğünden bir kadının da bu suçu diğer bir kadına ya

²⁵³ Özbek, a.g.e., s. 616 – 617.

²⁵⁴ “... mağdurenin ağzına zorla dilini sokması eyleminin TCK’nın 103/2 maddesinde yer alan nitelikli cinsel istismar suçunu değil Failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde ise de ağza parmak sokulması veya somut olayda olduğu gibi öperken ‘dilini ağza sokulması’ vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilmeyecektir...” (YCGK’nun 17.12.2013 Tarih ve 2013/294 E. ve 2013/615 K. sayılı kararı) , “... ağza parmak veya dilin sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle ...” (Y. 14. CD’nin 20.02.2018 Tarih ve 2017/8397 E. ve 2018/1186 K. sayılı kararı)

da erkeğe karşı işlemesi söz konusu olabilecektir. Yani organ sokma, aynı cinsiyet – iki erkek- veya –iki kadın- arasında olabileceği gibi farklı cinsiyetler arasında da olabilir.²⁵⁵

Belirtmek gerekir ki; faile verilecek cezanın artırılarak uygulanabilmesi için, uygulanabilmesi için organ yahut sair cismin kısmen dahi olsa mağdurun vücuduna duhul etmiş olması gerekmektedir. Mağdurun failin eylemlerine karşı gösterdiği direnime sonucu yahut başka bir nedenle minimum düzeyde de olsa vücuda girme olmadıysa, TCK m.103/2’den dolayı faile cezanın ağırlaştırılmış hâlinin uygulanması söz konusu olamaz.

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki; on beş yaşından küçük olan bir çocuğa veya on beş yaşını doldurmuş olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılama yeteneği gelişmemiş bir küçüğe ya da on beş yaşından büyük olup fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılama yeteneği gelişmiş bir küçüğe, cebir, tehdit, hile yahut iradeyi etkileyen başkaca bir vasıta kullanarak failin kendi vücuduna organ yahut sair cisim duhul ettirmesi durumunda , “cinsel istismar”ın basit şekli söz konusu olacaktır.²⁵⁶ Zira, cinsel istismarın nitelikli şeklini oluşturan tipik bir hareketin varlığı, çocuğun vücuduna organ veya cisim sokulmasına bağlıdır.²⁵⁷ Dolayısı ile, Yargıtay’ın da kararında ifade ettiği gibi vücuda organ veya sair cisim sokma biçiminde bir eylemde bulunulmadığı sürece, çocuğun fail tarafından kendine yönelik cisim veya organ sokmada kullanıldığı durumlarda, “cinsel istismar” suçunun temel şeklinden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁵⁸ Bu minvalde; bir kadının on dört yaşındaki bir çocuğu ikna etmek suretiyle vücuduna organ veya sair bir cisim duhul ettirmesi hâlinde, kadının bu eylemi cinsel istismar suçunun temel şeklini oluşturacaktır.

²⁵⁵ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 236.

²⁵⁶ Koca – Üzülmez; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 321.

²⁵⁷ Koca – Üzülmez; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 321.

²⁵⁸ “... Suçun mağduru Hasan’a organ sokulmadığı, sanığın kendiliğinden mağdurun cinsel organını ağzına aldığı ve mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu hâlde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması...” (Y. 5.CD’nin 21.12.2010 Tarih ve 8989/9881 sayılı kararı)

5.1.2.2. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Cinsel istismar suçunun *birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi* durumu, fiili ağırlatıcı sebep olarak TCK m.103/3-a'da belirtilmiştir. Kimi zaman yetişkin bireylerin bile birbirlerine karşı direnç göstermeleri zor iken, söz konusu çocuk ise onun fail karşısındaki çaresizliği göz önünde bulundurulduğunda yasada bu düzenlemenin hüküm altına alınması isabetlidir. Ancak belirtmek gerekir ki TCK m.103'ün ilk halinde, cinsel istismar suçunun birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesi hâli ağırlatıcı neden olarak öngörülmemiştir. Bu artırım nedeni 29.06.2005 tarihinde 5377 sayılı Kanunla maddede yapılan değişiklikle maddeye eklenmiştir. Bu minvalde, yasanın yayımlandığı 08.07.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda suçun birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesi halinde 5237 sayılı TCK m.103/3'e göre bu nedenle cezada artış yapılmayacaktır. Bu düzenlemeye yer verirken yasa koyucunun amacı, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından aynı zamanda ve yerde birlikte işlenmesi hâlinde mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler ve fail sayısının mağdurda meydana getireceği korku ile suçun işlenmesinde sağlanacak kolaylıktan yararlanmanın önüne geçilip cezalandırılmasıdır.

TCK m.103/3-a'da yer alan "*birlikte işlenmesi*" ibaresinin bir neticesi olarak; suçu TCK m.37/1'e göre doğrudan doğruya birlikte icra eden kişi sayısının en az iki olması gerekmektedir.²⁵⁹ Yani burada faillerin birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Şayet, faillerden biri azmettiren ya da yardım eden konumunda ise, burada müşterek faillik durumu söz konusu olmadığından TCK 103/3-a'daki ağırlatıcı neden uygulanmayacaktır. Fakat, birden fazla failin var olduğu durumlarda olayda bir de ayrıca azmettiren var ise, bu durumda diğer faillere uygulanan ağırlatıcı sebep azmettirenine de uygulanacaktır.²⁶⁰ Bu durum, ağırlatıcı sebebin sirayetidir.²⁶¹

Uygulamada Yargıtay'ın kararlarında belirtildiği gibi, suçu işleyen faillerin her birinin cinsel istismar eylemini ayrı ayrı gerçekleştirmeleri şart değildir. Başka bir ifade ile; bir fail mağdur üzerinde cebir, tehdit veya hile eylemlerini gerçekleştirirken diğer fail ise cinsel istismar eylemini gerçekleştirmiş ise suç birden

²⁵⁹ Aydın, a.g.e., s. 47.

²⁶⁰ Tezcan - Erdem - Önok; a.g.e., s. 379.

²⁶¹ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 197.

fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olur. Örneğin; faillerden birinin mağduru tutup diğerinin cinsel istismar eyleminde bulunması durumunda ikisi de müşterek fail olarak kabul edilecektir. Çünkü her iki failin davranışı, eylemin gerçekleşmesine eşit oranda katkıda bulunmaktadır. Yargıtay'ın uygulaması da bu doğrultudadır.²⁶²

Son olarak belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın kararlarında²⁶³ da görüldüğü üzere, cinsel istismar suçunu birlikte işleyen failer, aynı zamanda birbirlerinin suçuna katıldıklarından mütevellit, gerçekleştirmiş oldukları eylemleri hasebiyle hem suçun nitelikli hâlini düzenleyen TCK m.103/3-a uyarınca hem de suçun zincirleme olarak işlenmesi nedeniyle TCK m.43/1 hükmü uyarınca ceza artışına tabi tutulacaklardır.²⁶⁴

5.1.2.3. Suçun Toplu Yaşama Zorunluluğu Olan Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Yararlanarak İşlenmesi

6545 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme sonrasında TCK m.103/3-b'de bu ağırlatıcı sebep hüküm altına alınmıştır. Bu hükmü göre şayet fail, cinsel istismar suçunu, *insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle* gerçekleştirir ise, kendisine verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Maddenin Hükümet tasarısının gerekçesinde insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yerlere “*kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler*” örnek olarak verilmiştir.²⁶⁵ Yasa hükmü ve gerekçe birlikte değerlendirildiğinde; insanların geçici olarak toplandıkları örneğin, metro durakları, miting meydanları, toplu taşıma araçları, sinema salonları ve benzeri

²⁶² “Her iki sanığın mağdureyi gece sayılan zamanda arabayla تنها bir sokakta bulunan inşaatın önüne getirip durduktan sonra, diğer sanığın aracın arka koltuğuna geçerek mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sırada ön koltukta oturup gözcülük yapan ve eylem süresince yanlarında bulunmak suretiyle suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kuran sanık Yakup'un TCK'nın 37.maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması ve bunun sonucu olarak da suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinden dolayı her iki sanık hakkında aynı Kanun'un 103/3.maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ...” (Y. 5. CD. 01.02.2010 Tarih, 2009/13569 E. ve 2010/487 K. sayılı Kararı.)

²⁶³ Y. 5. CD., 04.03.2009 Tarih; 2008/16058 E. ve 2009/2686 K. sayılı Kararı.)

²⁶⁴ Aydın, a.g.e., s. 48.

²⁶⁵ Aydın, a.g.e., s. 48.

yerlerde bu suçun gerçekleştirilmesi ağırlatıcı neden sayılmayacaktır. Çünkü burada mühim olan, toplu olarak bir arada bulunma durumu değil; toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğudur.²⁶⁶ Yasa koyucunun vurguladığı husus budur. Bunun yanında, failin bu ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulabilmesi için, bu toplu yaşama zorunluluğunun yarattığı kolaylıktan faydalanması gerekmektedir.

5.1.2.4. Suçun Cebir, Tehdit veya Silah Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçunun cebir veya tehditle işlenmesi durumuna 6545 sayılı Yasa ile "silahla işlenme" durumu da eklenmiştir. Yapılan bu ekleme ile neticesinde TCK m.103/4; "*Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Burada belirtilen "cebir" veya "tehdit" TCK m.103/1-b'den farklı olarak suçun unsuru değil; ağırlatıcı nedeni olarak yer almıştır. Ancak madde metninde "cebir", "tehdit" ve 6545 sayılı ile Yasa ile getirilen "silah"a yer verilip "hile" kavramına yer verilmemiş olması eleştirilere yol açmıştır.²⁶⁷

TCK m.103/4'te belirtilen cebir ve tehdit kavramlarının tanımları, suçun unsuru olarak belirtilen cebir ve tehdite bakarak bir farklılık göstermemektedir. Faile, cebir, tehdit ve silahın ağırlatıcı neden olarak uygulanabilmesi için, cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek maksadıyla bunlara başvurmuş olması gerekmektedir. Şayet cinsel istismar eylemi gerçekleştikten sonra fail bu yollara başvurur ise burada artık bağımsız bir suçtan bahsedilecektir. Belirtmek gerekir ki; buradaki cebrin ölçüsü TCK m.103/5'e göre kasten yaralamanın ağır neticeleri ile sınırlıdır.

Tehdidin ise mağdurun iradesini önemli ölçüde etkileyecek nitelikte olması gerekmektedir. Burada somut olaya göre, tehdidin mağdurun iradesini etkileyip etkilemediği irdelenecektir. Bu tespit yapılırken mağdurun yetişkin bir birey değil;

²⁶⁶ Aydın, a.g.e., s. 49.

²⁶⁷ Çalışkan, Suat; *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 128.

henüz çocuk olduğu göz ardı edilmemelidir. Nitekim uygulamaya baktığımızda Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bu durumu göze aldığı görülmektedir.²⁶⁸

Cinsel istismar suçunda şayet cebir ve tehdit birlikte bulunuyorsa Yargıtay'ın kararlarında da gördüğümüz gibi bu durumda TCK m.103/4'te yer alan ağırlatıcı neden iki kere uygulanmayacaktır.²⁶⁹ Ancak, elbetteki diğer ağırlatıcı nedenler var ise, bu durumda tüm ağırlatıcı nedenler eklenmek suretiyle ceza tayin edilecektir.

“Silah” kavramı ise TCK m.6/1-f'de düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen eşyalar silah olarak kullanılmış ve cinsel istismar suçunun işlenmesi silahın insanda yarattığı korkunun sağladığı kolaylık ile gerçekleştirilmiş ise bu durumda failin cezasında TCK m.103/4'e göre artırımı gidilecektir.

5.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlanmış Hâlleri

5.2.1. Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

TCK m.103/5'e göre, cinsel istismar suçunun, 15 yaşını doldurmuş olan kişilere karşı cebir şiddet kullanılarak yahut 15 yaşını doldurmamış ya da doldurmuş olmakla beraber algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir ve şiddet uygulanarak gerçekleştirilmesi neticesinde TCK m.86'da düzenlenmiş olan yaralama suçunun temel şeklini aşip m.87'de belirtilmiş olan yaralama suçunun ağır sonuçlarına neden olması durumunda ayrıca 87. maddeden dolayı da ceza verilir. Belirtmek gerekir ki, 86. madde kapsamına giren yaralamadan dolayı ayrıca yaralama suçundan da ceza verilmez.

²⁶⁸ “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık ... Mağdurun olaydan sonra Cumhuriyet Savcılığında alınan samimi beyanlarında sanığın kendisini kucaklayarak zorla olay yerine götürdükten sonra “döverim” diyerek tehdit edip ona karşı cinsel istismarda bulunduğu anlaşılması karşısında sanık hakkında 103/4.maddenin uygulanmaması ...” (Y. 5.CD.'nin 21.01.2010 Tarih; 2009/ 12605 E. ve 2010/ 243 K. sayılı Kararı.)

²⁶⁹ “Mağdureyi ölümle tehdit ederek ailesine anlatmamasını sağlayan ve inşaatın ikinci katına çıkartırken elini sıkı tutup kaçmasına engel olan sanığın suçunu 5237 sayılı Yasanın 103/4.maddesinde belirtilen maddi cebirle gerçekleştirdiği anlaşıldığından ... BOZULMASINA”, şeklinde hükmün iki kere uygulanmadığı görülmektedir. (Y. 5.CD.'nin 06.05.2008 Tarih; 2008/ 1822 E. ve 2008/3999 K. sayılı Kararı.)

Burada mühim olan husus, failde bulunan kastın cinsel istismar suçunu işlemeye yönelik olmasının gerekmekte olmasıdır. Failin ayrıca yaralama kastı da varsa, netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleri uygulanmayacaktır.

5.2.2. Cinsel İstismar Eylemi Sonucu Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması

TCK m.103'te 6545 sayılı Yasa ile yapılan önemli değişiklikler sonrası, cinsel istismar eylemi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasını durumunu hüküm altına almış olan 6.fikra yürürlükten kaldırılmış ve böylelikle cinsel istismar eylemi sonucu mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesini hüküm altına almış olan 7.fikra 6.fikra olarak yerini almıştır. Esasen bu konuya yer vermememiz gerekirdi ve fakat her ne kadar TCK m.102/5 ve m.103/6 fıkralarındaki beden ve ruh sağlığına yer veren hükümler yapılan değişiklik ile madde metninden çıkarılmış olsa da henüz sonuçlanmamış davalar yönünden sanık/sanıklar lehine uygulamalar için ve yine Yargıtay aşamasında olan dosyalar açısından ve/veya onaylanıp kesinleşen dosyalar açısından sanık lehine uyarlamalar noktasında her bir somut olay karşısında eski yasa – yeni yasa yaptırımlarının göz önüne alınması gerekeceğinden ve dolayısıyla bu konunun bir süre daha önemini koruyacağından mütevellit bu hususa değinmek istedik.

5.2.2.1. “Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması” Kavramının Türk Ceza Kanununda Yerini Alma Süreci

5.2.2.1.1. 765 Sayılı TCK'da

765 Sayılı mülga ceza yasasında, “*beden ve ruh sağlığının korunması*” ibaresi açık bir şekilde yer almamıştır. Ancak 765 sayılı yasanın 418.maddesinde “ırza geçme” eylemleri neticesinde mağdurun ölümü söz konusu oldu ise bu durumda faile daha fazla ceza verileceği yer almıştır.²⁷⁰ Yine aynı maddenin

²⁷⁰765 Sayılı Mülga TCK m.418 :

(1) Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler (ırza geçme fiilleri) mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.

2.fikrasında ise; failin gerçekleştirdiği eylemler neticesinde “bir marazın sirayeti” veya “mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını” veya mağdurun “maluliyetinin” veya mağdurun “mayubiyetinin” meydana gelmesi hâlinde cezanın arttırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz 418.maddenin 2.fikrasında geçen kavramlara kısaca değinilmelidir.

İlk olarak, “*maluliyeti müstelzim bulunma*” ifadesi ile; failin eylemi neticesinde mağdurun bir organının işlevini yitirmesi yani sakat kalması durumu anlatılmak istenmiştir.

İkinci olarak, “*mayubiyeti müstelzim bulunma*” ifadesi ile ise; failin eylemi sonucunda mağdurun herhangi bir uzvunun işlevini yitirmesi söz konusu olmadan bu organın estetiğinin veya şeklinin bozulması yani ayıplı hâle gelmesi durumu belirtilmek istenmiştir.²⁷¹Ne gibi hallerin mayubiyet sayılacağı Kanun’da gösterilmemekle birlikte, Yargıtay kararlarında kızlık zarının yırtılması mayubiyet sayılarak cezanın ağırlaştırılması gerektiğine işaret edilmekteydi. Bu uygulama, kızlık niteliğinin şeref ve haysiyet sembolü olduğu, evlenebilme şansını etkilediği şeklindeki toplumsal değer yargıları dolayısıyla haklı görülmekteydi.

Son olarak, “*bir marazın sirayeti*” ifadesi ile ise; failin mağdura karşı gerçekleştirmiş olduğu eylem neticesinde mağdura bir hastalığın bulaşması belirtilmek istenmiştir. Ancak burada önemli bir hususa değinmek gerekir ki; söz konusu hastalığın mağdurun sağlığını ciddi bir biçimde etkilememesi gerekmektedir. Mağdurun sağlığı bu hastalıktan dolayı ciddi bir ölçüde zarar görmüş ise bu durumda fail, “*mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını*” sebep olmuş sayılacaktır. 765 sayılı mülga TCK hükümlerinin uygulandığı dönemde, mağdurun akıl hastası olması, ağır ve önemli derecede ruh sağlığının bozulması, AIDS, verem, frengi,

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

²⁷¹ Aydın, a.g.e., s. 50.

Hepatit C gibi ağır hastalıklara tutulması hâlleri bu kapsamda değerlendirilmekteydi.²⁷²

Sonuç olarak, 765 sayılı mülga TCK'da “*mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması*” kavramına doğrudan yer verilmediğini ve fakat “*mağdurun beden ve ruh sağlığının ağır, geri dönülemez bir şekilde bozulmasını*”n m.418/2’de belirtilen “*mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını neden olma*” kavramı içinde değerlendirildiğini görmekteyiz.

5.2.2.1.2. 5237 Sayılı TCK’da

6545 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikten önce 5237 sayılı TCK’nın 102ve 103.maddelerinde “beden ve ruh sağlığının bozulması” kavramına yer verilmiş ve fakat bu kavramlar ile ne denilmek istendiğinin üzerinde durulmamıştı. TCK m.103’ün gerekçesine baktığımızda tıpkı TCK m.102’nin gerekçesinde olduğu gibi “... söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması cezalandırmayı gerektirmektedir.” ifadesine yer verildiğini yani maddede belirtilen “ruh ve beden sağlığı” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmediğini görmekteyiz.²⁷³ Yapılan değişiklik ile bu kavram mevcut TCK düzenlemesinden çıkarılmıştır.

5.2.2.2. “Beden ve Ruh Sağlığı Bozulması” Kavramının Anlamı

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, failin gerçekleştirdiği hareketler, mağdurun beden veya ruh sağlığında birtakım zararlara yol açar. Ancak elbette bu zararlar her mağdurda aynı boyutta değildir.

Failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığı yasada belirtilen suçun temel şeklinde kabul edilenden daha ağır bir zarara uğramış ise bu durumda suçun nitelikli hâli oluşmuştur. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre; cinsel saldırı ve cinsel istismar eylemlerinin neticesinde meydana gelen

²⁷² Aydın, a.g.e., s. 51.

²⁷³ *Gereğeli Ceza Kanunu Gereğesi*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2004.

her “beden sağlığı bozulması” (örneğin; mağdurun bedeninde yaraların, ekimozların, çiziklerin görülmesi gibi) veya ruh sağlığında oluşan her hasar (örneğin; korku, endişe, konuşmada zorluk yaşandığının görülmesi gibi) TCK m.102/5’te veya TCK m.103/6’da (6545 sayılı Yasanın getirdiği değişiklikten önce) yer alan “beden veya ruh sağlığı bozulması” olarak değerlendirilmemelidir.²⁷⁴

Belirtmek gerekir ki, 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki TCK m.103/2’deki ceza ile TCK m.103/6’da belirtilen ceza arasında oldukça büyük bir fark vardır. Buradan da yukarıda belirtilen görüşe ulaşmak mümkündür. Dolayısı ile, “beden veya ruh sağlığının bozulması” kavramından, failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığında *ağır, kalıcı, geri dönüşümü mümkün olmayan* bir biçimde ortaya çıkan bozulmaların anlaşılması gerekmektedir. Failin TCK’nın 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki 103/1 maddesi kapsamında kalan eylemi neticesinde, mağdurun ruh sağlığının TCK’nın 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki 103/6 maddesi kapsamında bozulduğunun söylenmesi çoğu kez mümkün olmayacaktır.²⁷⁵

5237 sayılı TCK’ya baktığımızda “kızlık zarı” yahut “mayubiyet” kavramlarına yer verilmediğini görmekteyiz. Cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun kızlık zarının bozulması mülga TCK döneminde “mayubiyet” kavramı kapsamında ele alınırken, 5237 sayılı TCK döneminde ruh sağlığını etkileyen bir faktör olarak değerlendirilmektedir. Kızlık zarının bozulması beden sağlığının bozulması kapsamında ele alınmalıdır diye düşünülse de kanımızca toplumsal değerler göz önüne alındığında genç bir kızın bekaretinin bozulması onun ruh sağlığında kalıcı hasarlara neden olabilecektir. Nitekim uygulamada Yargıtay da bu konuda hassas davranıp kızlık zarının bozulması dolayısıyla mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığının araştırılmasını istemektedir.²⁷⁶

²⁷⁴ Aydın, a.g.e., s. 53.

²⁷⁵ Aydın, a.g.e., s. 53.

²⁷⁶ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 204.

5.2.2.3. Beden ve Ruh Sağlığının Bozulduğunun Tespiti

Failin gerçekleştirdiği cinsel saldırı veya cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının, uygulanacak olan yaptırımın belirlenmesi açısından tespiti son derece önemlidir. Mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususu hukukî değil tıbbî bir konu olduğundan dolayı bu durumun tespiti uzmanlığı gerektirdiğinden dolayı bu konuda bilirkişi görüşüne başvurulup bilirkişi raporu alınması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, mahkeme bu bilirkişi raporunu yetersiz görür ise Adli Tıp Kurumu'ndan da rapor isteyebilir.

Her cinsel saldırı veya cinsel istismar eylemi, mağdurun ruh sağlığını etkiler. Ancak, elbette bu etkilenmenin boyutu her mağdurda aynı olmayabilir. Mağdurun içinde bulunduğu durumun, failin eyleminden kaynaklanan bir etkilenme hâli mi yoksa Kanunda belirtilen bir durum mu olduğunun tespiti gerekmektedir.²⁷⁷

Beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığının, bozulduysa bunu hasarın ne derecede olduğunun tespiti bu konuda uzman olan hekimlerce yapılmalıdır.²⁷⁸

Son zamanlarda Adli Tıp Kurumu'ndaki uygulamaya baktığımızda adli tıp uzmanlarının, mağdurun ruh sağlığının bozulmasının failin eyleminden kaynaklanan geçici etkilenme ile asıl anlamda TCK'da belirtilen "ruh sağlığının bozulması" durumunun birbirinden ayırt edilebilmesi için eylemin gerçekleşmiş olduğu tarihten itibaren altı ay geçmeden rapor düzenleyemeyeceklerine dair beyanda bulduklarını görmekteyiz. Nitekim, Yargıtay da bu görüştedir.²⁷⁹ Fakat buradaki süre kesin bir süre değildir. Yani, somut olaya göre bu süre uzatılabilmektedir. Bu süre içinde mağdurun durumu inceleme altında tutulmakta, gereken tedaviler yapılmakta ve yapılan bu tedavilere cevap verip vermediği değerlendirilmektedir.

Bilirkişi yahut Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenecek olan raporda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulma sebebinin ne olduğunun açıkça

²⁷⁷ Aydın,a.g.e., s. 59.

²⁷⁸ Y. 14. CD. , 23/05/2013 Tarih; 2011/ 11062 E. ve 2013/ 643 K. no'lu kararı.

²⁷⁹ Y. 14. CD. , 21/11/2013 Tarih; 2013/ 7933 E. ve 2013/ 11983 K. no'lu kararı.

belirtilmesi ve fakat bu tespit yapılamıyorsa bunun neden veya nedenlerinin ne olduğu açıkça yer almalıdır. Raporla bu hususların açık şekilde belirtilmesi özellikle birden fazla failin söz konusu olduğu suçlarda cezaların şahsiliği bakımından önem teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, failin gerçekleştirdiği eylemden dolayı mağdurun beden sağlığının bozulduğunun tespiti ruh sağlığının bozulduğunun tespitinden çok daha kolay ve mümkündür. Fakat ruh sağlığının bozulduğunun tespiti bazı durumlarda çok zordur. Bu durum mağdurun karakteri ile ilgilidir. Bazen basit bir etkilenme gibi görünen durumların zaman geçtikçe ruh sağlığında ne büyük bir bozulma olduğu görülmektedir. Bazen bu durumun tam tersi de söz konusu olabilmektedir.

“Ruh sağlığı” ve “ruh sağlığında bozulma” kavramlarının TCK’da yer alması mağdura defalarca aynı acıları yaşatıp onun ruhunda daha fazla hasarlara neden olmakla beraber, bu kavram yargılama sürecinin de uzamasına neden olmaktadır. Cinsel saldırı ve cinsel istismara maruz kalan mağdurların ruh sağlıklarının bozulup bozulmadığına ilişkin tespitler uzun ve tekrar eden incelemeler gerektirmektedir. Bu incelemeler sonucunda mahkeme, sunulan raporları eksik görürse yeniden incelemeler yapılması gerekmektedir. Bu durumda ise Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu’na dosya ve mağdur gönderilmekte ve durum giderek içinden çıkılmaz bir hâle bürünmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik neticesinde “beden ve ruh sağlığının bozulması” kavramının TCK’dan çıkarılması isabetli olmuştur. Hükümet tasarısının aynı kavramı içeren 102.maddeye ilişkin gerekçesi şöyledir : *“Maddenin beşinci fıkrasında yer alan ‘suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı’na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli, bu suçun mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, burada müşahadeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklik söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların arttırılması*

öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğurmaması amaçlanmaktadır.”²⁸⁰

Kanımızca, 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında “beden ve ruh sağlığının bozulması” ibaresinin yasa metninden çıkarılması yerinde olmuştur. Çünkü cinsel istismar sonucu mağdurun ruh sağlığının bozulmadığından bahsetmek abesle iştir. Bu ibarenin çıkarılması, korunmak istenen hukukî menfaatin tam olarak sağlanmasına da imkan verecektir.

5.2.2.4. “Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması” İle İlgili Tıbbî Sorunlar

Çocukların cinsel istismarı ile ilgili yazın tarandığında, cinsel istismarın çocuğun hayatında yıkıcı etkilere sahip olduğu görünmektedir. Mağdur olan çocuğun yaşı, olgunluk düzeyi, failin yakın çevreden olması, cinsel istismarın süresi gibi unsurlar çocuğun beden ve ruh sağlığının bozulmasının şiddetini etkileyecek olan faktörlerdendir.

Cinsel istismar mağduru olan çocuklarda öncelikle hekim tarafından fiziksel bir muayene yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, mağdurun bedeninde hekimin dikkatini çeken bazı bulgular saptanmaktadır. Bunlara örnek olarak; genital bölgedeki sıyrıklar, kaşınma, ağrı, yırtılmış himen, vajen veya makat kanaması, perine yırtığı ya da ekimozları, yürüme ve oturmadaki güçlükler verilebilir.²⁸¹ Ayrıca çocuk ve ergenlerde cinsel yolla bulaşan hastalıklar, tekrarlayan idrar yolu enfeksiyonları, penis iltihabı veya vajinal akıntı durumları da görülebilmektedir.²⁸² Bunların dışında, istismar mağdurlarında açıklanamayan pelvik ağrılar, huzursuz bağırsak sendromu, ektopik gebelik, endometriozis, pamukçuk, kandida, serviks kanseri de görülebilmektedir.²⁸³

²⁸⁰ Aydın, a.g.e., s. 62.

²⁸¹ Alparslan, Ahmet Hamdi; “Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar”, **Kocatepe Tıp Dergisi**, Yıl: 2014, S: 15(2), s. 198.

²⁸² Alparslan, Ahmet Hamdi, a.g.e., s. 198.

²⁸³ <https://www.advaytayoga.com/2015/08/04/cocukluk-cinsel-istismarinin-etkisi/> ; Erişim Tarihi: 15.03.2018.

Cinsel istismara uğrayan çocuğun ruh sağlığı bozukluklarına baktığımızda ise durumun daha ciddi olduğunu görmekteyiz. Zira, beden sağlığı ruh sağlığına nazaran daha kolay iyileştirilmekte iken; cinsel istismara uğrayan bir çocuğun ruh sağlığının iyileştirilmesi yıllar sürebilmektedir. İstismara uğrayan mağdurun ruh sağlığının ne derece bozulduğunda mağdurun yaşı ve yaşam tarzının, kendisine fail tarafından şiddet uygulanıp uygulanmadığının, fail ve mağdur arasındaki yakınlık derecesinin önemli etkileri olmaktadır. Örneğin; hayatında cinselliğe dair hiçbir şey yaşamayan 10 yaşında bir çocuğun çok yakın bir aile üyesi tarafından cebir ve tehdit kullanılmak suretiyle cinsel istismara maruz kalması durumunda ruh sağlığının ne kadar büyük bir yıkıma uğrayacağı ortadadır.

Cinsel istismara uğrayan mağdurun yaşına göre istismar sonucu verdiği tepkilerin değiştiği gözlenmiştir. Buna göre örneğin; mağdur 10 yaş ve altında ise istismar sonrasında verdiği tepkiler;

- *Kendi yaş ve gelişim düzeyine uygun olmayan cinsel bilgiye sahip olması,*
- *Resimlerinde, oyunlarında ve davranışlarında cinsel içerikli temaların olması,*
- *Sık ve ortalık yerde yapılan aşırı mastürbasyon,*
- *Konuşmasında cinsel içerikli sözcüklerin sık kullanılması,*
- *Yalnız kalmak istememe, uyku sorunları, enürezis, enkoprezis ve diğer regresif belirtiler,*
- *Kendini yaralayıcı ya da risk alıcı davranışlar, dürtüsellik, dikkat dağınıklığı, konsantrasyon güçlüğü,*
- *Fobik kaçınmalar (örn. İstismarcı ile aynı cinsiyetteki tanıdıklarından korku),*
- *Özellikle erkek çocuklarda daha sık olarak yangın çıkarma davranışı,*
- *Ailede rol değişimi, erken olgunlaşma,*
- *Okul ve arkadaş ilişkilerinde sorunlar yaşama,*
- *Ani davranış değişiklikleri²⁸⁴ olarak gözlenmiştir.*

Şayet mağdur 10 yaş üstünde ise istismar sonrasında verdiği tepkiler;

- *Rastgele cinsel ilişkiye girme davranışı,*

²⁸⁴ Alparslan, Ahmet Hamdi;a.g.e., s. 197.

- *Yeme bozuklukları,*
- *Kendini yaralayıcı davranışlar, intihar girişimleri,*
- *Depresyon, sosyal geri çekilme,*
- *Suçta yönelme,*
- *Ailede rol değişimi, erken olgunlaşma,*
- *Okul ve arkadaş ilişkilerinde sorunlar yaşama,*
- *Ani davranış değişiklikleri*²⁸⁵ olarak gözlenmiştir.

Tıp literatürüne baktığımızda, cinsel istismara özgü tek bir belirtinin olmayıp, belirtilerin çocuktan çocuğa değişirken aynı çocukta gelişim ile birlikte zaman içinde de değişimler olabileceğini görmekteyiz. İstismara uğrayan çocukların yaklaşık 1/3'ü akut dönemde herhangi bir belirti vermeyebildiği ve fakat, olası riskler düşünülerek düzenli takip altında bulundurulmalarının son derece önemli olduğu belirtilmektedir.²⁸⁶ Bunun yanında, cinsel istismara uğramış çocukların hepsinde psikiyatrik belirti görülecek diye bir genelleme yapılmasının doğru olmayacağı pek çok kaynakta belirtilmiştir. Olguların % 20-50'sinde psikiyatrik belirti olmadığı bildirilmekle beraber; izleme dayalı veriler belirti göstermemiş çocukların % 10-20'sinde 12-18 ay içinde sorunlar başlayabileceğini ortaya koymuştur.²⁸⁷

Çocukların cinsel istismarı onların ileriki yaşantılarında birçok probleme neden olabilmektedir. Çocukluk döneminde cinsel istismara uğramış olmanın, erişkin dönemde sigara, alkol, madde kötüye kullanımı, yeme bozukluğu, intihar girişimi, major depresyon, anksiyete bozuklukları ve diğer ruhsal hastalıkların sıklığını arttırdığı gösterilmiştir.²⁸⁸ Ayrıca erişkin dönemdeki sınır kişilik bozukluğu, çocuklukta yaşanan cinsel istismar öyküsü ile ilişkilendirilmiştir.²⁸⁹ Cinsel istismar mağduru olan çocukların yetişkin oldukları çağlarda yakın ilişkilerinde de birtakım problemler yaşadığı gözlenmektedir.

²⁸⁵ Alparslan, Ahmet Hamdi; a.g.e., s. 197.

²⁸⁶ Alparslan, Ahmet Hamdi; a.g.e., s. 198.

²⁸⁷ Alparslan, Ahmet Hamdi; a.g.e., s. 198.

²⁸⁸ Alparslan, Ahmet Hamdi; a.g.e., s. 199.

²⁸⁹ Alparslan, Ahmet Hamdi; a.g.e., s. 199. ; <https://www.advaytayoga.com/2015/08/04/cocukluk-cinsel-istismarinin-etkisi/> ; Erişim Tarihi: 15.03.2018.

Mağdurun beden ve ruh sağlığını etkileyen ve birçok toplumda hâlen önemini koruyan husus ise “hymen / himen” yani “kızlık zarı” kavramıdır. Peki, mağdurun kızlık zarının bozulması onun daha çok beden sağlığını mı yoksa ruh sağlığını mı etkileyecektir ? “Hymen” denilen doku, vajinanın girişinde bulunan bir perdedir. Bu perdenin dört çeşidi olmakla birlikte, kimi kadınlarda bu doku bulunmamaktadır. Bu dokunun bozulması, kadının beden sağlığını önemli ölçüde etkilememekle birlikte, bu dokunun türüne göre bazen kanamanın şiddeti artmaktadır. Bu dokunun bozulması mağdurun beden sağlığını ufak ölçülerde etkilemekle beraber, toplumda bu dokuya fazla anlam yüklenilmesi nedeniyle ruh sağlığını önemli ölçüde etkilemektedir. Öyle ki, cinsel istismara uğrayan mağdur sanki bu eylemden dolayı kendisi suçlu imiş gibi ailesi ve yakınları tarafından baskı altına alınmakta ve hatta bu baskılar yüzünden intihar bile edebilmektedir. Kanaatimizce aslolan, bu dokuya bu kadar önem verilmesi yerine, istismara uğrayan çocuğun ruh sağlığının gerek ailesinin gerekse uzmanların desteği ile onarılıp, çocuğun yaşamını kolaylaştırıp onu hayatta tutmaya çalışmaktır.

5.2.3. Cinsel İstismar Eylemi Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Cinsel istismar suçunun kanunda belirtilen netice sebebiyle ağırlaşmış hâllerinden biri de, “*mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi*”dir. Failin gerçekleştirmiş olduğu cinsel istismar suçu neticesinde, bu suçla uygun illiyet bağı kapsamında mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi durumu gerçekleşirse, burada fail hakkında hem cinsel istismar suçundan dolayı bir cezaya hükmedilirken TCK m.103/6’nın uygulanması hem de faile öldürme ve nitelikli yaralama suçlarından dolayı somut olayın gerektirdiği duruma göre, suçu kasten, olası kastla ya da taksirle işlemiş bulunmasına göre bir cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun genel hükümlerine göre (TCK m.23) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, failin dış dünyada meydana gelen neticeden en azından “taksir” derecesinde sorumluluğunun bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, failin meydana gelmiş olan neticeden taksir derecesinde dahi sorumluluğu yok ise yahut netice ile fiil arasındaki illiyet bağı kesilmiş ise artık bu durumlarda failin meydana gelen neticeden dolayı

sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Örneğin fail, cinsel istismar eylemi sonucunda gebe kalan mağdurun, gebeliği esnasında geçirdiği düşük sebebiyle veya doğum esnasında ölmesi hâlinde, failin fiili ile netice arasındaki uygun illiyet bağı kopmuş olacağından mütevellit, fail bu neticeden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.²⁹⁰

Mağdurun bitkisel hayata girdiğinin tespiti için tıbbî değerlendirmeler gerekmektedir. Yapılan bu tıbbî değerlendirmeler sonucunda mağdurun bitkisel hayata girdiği kesinleşirse TCK m.103/6'daki ağırlaştırıcı sebep uygulama alanı bulacaktır. Aynı değerlendirme mağdurun ölümü söz konusu olduğunda da geçerlidir.

Failin gerçekleştirdiği eylem sonucunda mağdur bitkisel hayata girmiş ise bu durumda TCK m.103/6'da yer alan hükmün uygulanması gerekmektedir. Mağdurun bitkisel hayata girmesinin, mağdurun ölüm aşamasında olduğu anlamına gelmediği ifade edilerek, bu durumun beyin ölümünden farklı olduğu belirtilmiştir.²⁹¹ “*Bitkisel Hayat*” ifadesinin anlamına bakacak olursak; “beyin korteksinin, yani beynin bilinçten sorumlu kısmı olan dış kabuğunun işlevini yitirmesi ve vücudun alt merkezler tarafından yönetilmesi”dir. Diğer bir ifade ile bitkisel hayat; “beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü”dür.²⁹² Bitkisel hayatta, iç organların işleyişinden mesul olan beyin orta ve art merkezleri hâlen çalışmakta olduğu için kalp atmaya devam etmekte olup solunum ve sindirim sistemleri de çalışmaktadır. Ve fakat, beyin ölümü bitkisel hayat durumundan farklıdır. Şöyle ki; bitkisel hayatta halen beyin faaliyetleri devam etmekte olduğundan hastanın yaşama kaldığı yerden devam etme olasılığı var iken, beyin ölümü durumunda böyle bir olasılık söz konusu değildir. Çünkü “beyin ölümü” denilen kavram, “dönüşü olmayan koma” olarak nitelendirilmektedir.²⁹³ Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumlar kanunda yer aldığı hâlde, mağdurun yaşamını tehlikeye sokacak AIDS, Hepatit C gibi ciddi hastalıkların mağdura kasten bulaştırma durumunun

²⁹⁰ Aydın, a.g.e., s. 62.

²⁹¹ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 213 – 214.

²⁹² Çöloğlu, Sedat; *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul, ‘y.y’, 1993, s. 47.

²⁹³ Aydın, a.g.e., s. 63.

düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak addedilmektedir.²⁹⁴ Bu konuda açık bir düzenleme yapılması uygulamanın daha pratik olması açısından yerinde olabilecektir.

Mağdurun gerçekleştirilen cinsel istismar eylemi sonucu ölmesi durumunda netice sebebiyle ağırlaşmış hâlden dolayı sorumluluk söz konusu olacakken; failin mağduru cinsel istismar eylemini gerçekleştirdikten sonra öldürmesi durumunda kasten adam öldürme suçu işlenmiş olacaktır. Bu durumda, fail mağdura yönelik olarak cinsel istismar suçunu tamamladıktan sonra örneğin, işlediği bu suçu gizlemek veya suçu tamamlayamamaktan kaynaklanan kızgınlıkla mağduru öldürmüş ise, bu durumda TCK m.103/6 hükmü değil; TCK m.82’de yer alan nitelikli insan öldürme hükmüne göre bir cezalandırma yoluna gidilir. Ancak cinsel istismar eylemi esnasında yapılan diğer fiiller ile mağdurun ölümüne sebebiyet verilmiş ise, örneğin, cinsel istismar esnasında mağdurun bağırmasını önlemek amacıyla onun ağzı kapatılmış ve fakat mağdur asfiksiye bağlı olarak ölmüş ise burada TCK m.103/6 hükmü uygulanacaktır.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir başka önemli konu ise, mağdurun intihar etmesi durumudur. Burada intihara sebep olan olay failin mağdura cinsel istismarda bulunmuş olması olsa da uygun illiyet nazariyesine göre bu intiharın failin hareketinden kaynaklı bir ölüm neticesi olmadığı ve intihar eylemi mağdurun kendi iradesi sonucu gerçekleştiği için fail hakkında ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır.²⁹⁵ Fakat, fail mağduru intihara sürükledi ise yani mağdurun intihar etmesine yardım etti veya onu teşvik etti ise bu durumda faile TCK m.84 hükmüne göre “intihara yönlendirme” suçundan ve cinsel istismar suçundan dolayı ayrı ayrı ceza verilip bu cezalar toplanacaktır.

Peki, bir ölüye karşı bu suç işlenirse ne olacaktır ? Fail, bu cinsel eylemi bir ölüye karşı gerçekleştirirse bu durumda da kanunda belirtilen ağırlaştırılmış neticeden dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Burada söz konusu olacak

²⁹⁴ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 206.

²⁹⁵ Özen, Muharrem; *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998, s. 212.

olan suç, TCK m.130'da hüküm altına alınmış olan “kişinin hatırasına hakaret”tir. Fail, bu hükme göre cezalandırılacaktır.²⁹⁶

Son olarak belirtmek gerekir ki, mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesi failin cinsel davranışından değil de, cinsel istismar eylemi sırasında kullanılan vasıtalar sebebi ile meydana gelmiş olabilir.²⁹⁷ Burada önemli olan husus, cinsel istismar eyleminin sonucu olarak meydana gelmiş olması ve aralarındaki uygun illiyet bağının kesintiye uğramamış olmasıdır.

6. Cinsel İstismar Suçunda Haksız Tahrik ve Hata

Bu başlık altında, çocukların cinsel istismarı suçunda “haksız tahrik” ve “hata” hükümlerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine yer verilecektir.

6.1. Haksız Tahrik

“Haksız tahrik” kavramı, TCK'nın 29. maddesinde; “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Haksız tahrikte esas olan konu; failin işlediği suçun sebebinin mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiilin sonucu failin öfke veya şiddetli üzüntü duymasıdır. Bu çerçevede fail, mağdur tarafından meydana getirilen, mağdurun neden olduğu haksız fiil nedeniyle tahrike kapılıp kendini kaybetmekte ve kusur yeteneği etkilenmektedir.²⁹⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki; failin işlediği suç ile mağdur tarafından meydana getirilen haksız fiil arasında illiyet bağının olması şarttır.

²⁹⁶ Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 212.

²⁹⁷ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 207.

²⁹⁸ Dursun, Selman; “Mağdurun Suça Yol Açması”, *İÜHFİM*, Y: 2003, C: LXI, S: 1-2, s. 20-21.

Tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren mağdurun hareketinin doğrudan faile yönelik olması şart değildir. Bu haksız fiil, failin yakınına yahut üçüncü bir kişiye ve hatta faile ait bir “şey” veya “hayvan”a yönelik de olabilir.²⁹⁹

Peki cinsel istismar suçu haksız tahrik etkisi ile işlenebilecek midir ? Örneğin; salt oç alma duygusu ile 15 – 18 yaş aralığındaki bir küçüğün faile “evet seninle evleneceğim” deyip, sonradan vazgeçerek failin onurunu zedelemesi varsayımında, failin bu eylemden dolayı duyduğu öfke ve şiddetli elemnin etkisi ile küçüğe karşı cinsel istismar eyleminde bulunması haksız tahrik hükümleri çerçevesinde değerlendirilecek midir ? Ya da “erkek misin sen be” diye köy yerinde faili tahrik eden küçüğe karşı failin cinsel istismarda bulunması durumunda, haksız tahrik hükümleri uygulanacak mıdır ? Kanımızca, haksız fiil teşkil eden eylem ile fail tarafından işlenen suçun nitelik bakımından aynı yahut denk olması gerekmektedir. Dolayısı ile basit bir hakarete karşılık cinsel istismar suçunun gerçekleştirilmesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması cinsel istismar suçu ile korunmak istenen hukukî menfaati zedeleyecek ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir.³⁰⁰

6.2. Hata

Çocukların cinsel istismarı suçunda, TCK’da yer alan “hata” hükümlerinin ne şekilde uygulanacağı önemli bir sorundur. Somut olaylara baktığımızda failler, özellikle mağdurun yaşının büyük olduğunu sanıp bu konuda hataya düştüklerini dile getirmektedirler. Peki bu durumda failin sorumluluğu ne olacaktır ? Belirtmek gerekir ki, cinsel istismar suçu kasten işlenebilecek suçlardandır. Yani, fail, eylemini gerçekleştirirken mağdurun cinsel dokunulmazlığını bozma kastı ile hareket etmelidir. Bu kastın kapsamına cinsel istismar suçunun tüm maddî unsurları girmektedir. Yani, fail, mağdurun çocuk olduğunun bilincinde olmalıdır. Ancak, mağdurun yaşının suça etki ettiği durumlarda, örneğin, mağdurun 15 yaşından küçük

²⁹⁹ Demirbaş, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 440.

³⁰⁰ Y. 5. CD.’nin 29.03.2006 Tarih; 2006/ 402 E. ve 2006/ 2577 K. sayılı Kararı.

olması hâlinde, suçun nitelikli hâli söz konusu olacağından, failin bu durumu da bilmesi gerekir.³⁰¹

TCK m.30'da "hata" hükmü; "(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısı ile taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek Fıkra: 29.06.2005 – 5377/4.md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Cinsel istismar suçunda, yasa koyucunun önemle üzerinde durduğu iki husus vardır. Bunlar; mağdurun yaşı ve mağdurun rızasıdır. Dolayısı ile cinsel istismarda hata hükümlerinin uygulanabileceği iki önemli nokta vardır. Bunlardan biri, mağdurun yaşında hata; diğeri ise, 15 – 18 yaş aralığında bulunan mağdurun rızasının olduğuna ilişkin hatadır.

Belirtmek gerekir ki; TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçunun temel şekliinden söz edebilmek için yasada da belirtildiği gibi, mağdurun çocuk olması, bir diğer ifade ile 18 yaşından küçük olması gerekmektedir. 15 yaşından küçük bir çocuğa karşı cinsel istismar eylemini gerçekleştiren failin, bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun 15 yaşından küçük olduğunu bilmesi gereklidir. Aksi takdirde, fail, TCK m.30/1 ve 30/2 hükümlerinde belirtilen "hata" hâllerinden yararlanacaktır.

Cinsel istismarda "hata" hükümleri uygulanırken; hatanın kaçılmaz olduğunun belirlenmesinde bazı hususlara dikkat edilmesi gerektiğini görmekteyiz. Bunlar; failin bilgi düzeyi; bulunduğu yaşa kadar gördüğü eğitim; içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları; yetiştiği coğrafya; etkilendiği ve örnek aldığı

³⁰¹ Aydın, a.g.e., s. 66.

*doğal ve yaşamsal ortamlardır.*³⁰² Ancak, hatanın kaçınılabılır olması durumunda fail kusurlu sayılacak ve bu durum cezanın belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır. Genel olarak Yargıtay kararlarından yapılan çıkarımlardan ise şu hususların mühim olduğunu görmekteyiz.

Failin, mağdurun yaşı ile ilgili hata hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağını tespiti için, mağdurun, suçun işlenme tarihi itibari ile fiziksel görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılmayacağını tespiti yapılmalıdır. Bu bağlamda, mağdurun boyu, kilosu, olay öncesi söz ve davranışları, giyim tarzı, hâl ve hareketleri, fail ile olan yakınlık derecesi göz ardı edilmemelidir. Bir diğer olarak, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak failin, mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Daha sonra, mahkeme tüm bu veriler ile birlikte gerekirse Adli Tıp Kurumu veya bilirkişi incelemesine de başvurarak failin ceza tayinini yapacaktır.³⁰³

Yargıtay 14.CD'nin 31.01.2017 tarih ve 2014/8385 E. ve 2017/388 K. sayılı kararına bakarsak burada cinsel istismar suçunda; suça sürüklenen çocuğun mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiğini savunduğunu ve bu olayda mağdurenin fiziksel görünümünün on beş yaşından büyük olduğuna dair savcılık gözlemi ve TCK m.30'da yer alan hata hükümlerinin uygulanma koşulunun olup olmadığının irdelendiğini görmekteyiz. Buna göre; suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiğine dair savunması, mağdurenin fiziksel görünümünün onbeş yaşından büyük olduğuna dair savcılık gözlemi ve tüm dosya kapsamına göre; Anayasa Mahkemesi'nin 25.03.2015 gün ve 2014/6419 başvuru numaralı kararı³⁰⁴ da dikkate alınarak suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma

³⁰² Arslantürk, a.g.e., s.353.

³⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konu ile alakalı emsal kararı için, bkz, YCGK, 01.03.2014 Tarih; 2013/14-812 E. ve 2014/130 K. sayılı Kararı.

³⁰⁴ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9ee2e903-8aed-473b-8616-5bf728880d0a?wordsOnly=False> (Başvurucu, mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından büyük olduğunu zannettiğini ifade etmesine ve bu hususta adli rapor olmasına rağmen, bu yöndeki savunmasının neden kabul edilmediğine ilişkin olarak gerekçeli kararda bir ibareye yer verilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu tarafından, mağdurenin yaşı konusundaki esaslı hatanın kastı kaldıracağı yönünde itirazda bulunulmuş olmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında bu hususa ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği gibi temyiz aşamasında da bu konuda bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir .) Erişim Tarihi : 31.08.2018

koşullarının mevcut olup olmadığı tartışılıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı, suça sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek 1412 Sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 31.01.2017 tarihinde üye ...'ın karşı oyu ve oyçokluğu ile karar verilmiştir.³⁰⁵

Yargıtay'ın bu kararına baktığımızda, hata ile ilgili şunu söyleyebiliriz. Burada, fail, mağdurun yaşını bilmemekle birlikte yaşı konusunda şüpheye düşmüş ise bir diğer anlatım ile aralarındaki ilişkiden dolayı yaşının küçük olabileceğini düşünmüş ve fakat buna rağmen fiilini sürdürmüş ise burada artık “kaçınamayacağı hata” durumundan bahsetmek söz konusu değildir. Zira, yaş konusundaki şüphe, bilmeye eşittir.³⁰⁶ Kaldı ki; karşı oyda da belirtildiği üzere, mağdur, faile yaşı konusunda yanıltıcı bir beyanda bulunmamıştır. Ayrıca fail, ufak bir sorgulama ile

³⁰⁵ Karşı Oy : Dosyada yer alan kanıtlara göre sanık hakkında TCK'nın 30. maddesinin uygulanma olasılığının bulunmadığı kanaatine vardığımızdan sayın çoğunluğun bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Şöyle ki; dosya içeriğine ve oluşa uygun kabule göre suça sürüklenen çocuğun, hastane doğumlu olan ve suç tarihinde onbeş yaşını bitirmeyen mağdureyi rızası ile kaçırıp zincirleme biçimden nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sabittir ve bu hususta tartışma yoktur. Suça sürüklenen çocuğun soruşturma aşamasındaki savunmasında “mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiğini” bildirmesi ve fiziksel görünümünün bunu doğrulaması sebebiyle TCK'nın 30. maddesinin değerlendirilmesi için mahkumiyet hükmü bozulmuş ise de; anlatımlarına nazaran ev sahibinin oğlu olması sebebiyle suça sürüklenen çocuk ile mağdurenin olaydan üç yıl önce tanıştıkları ve birbirlerini yakinen tanıdıkları anlaşılmaktadır. Anlaşarak kaçtıkları 02.07.2007 tarihine kadar yaş küçüklüğünü bilmediği kabul edilse dahi, hemen şikayet üzerine soruşturmanın başlaması sebebiyle yaş küçüklüğünü öğrendiği halde, iddianamenin düzenlenmesine kadar ve hukuki kesinti olmadan cinsel istismar eylemine devam etmiştir. Açıklanan sebeplerle suça sürüklenen çocuğun eylemleri sırasında mağdurenin yaşının küçük olduğunu bildiği çok açıktır. Kaldı ki basit bir çaba ve ilgi ile mağdurenin yaşını kolaylıkla öğrenecek ortama ve geniş zamana sahiptir. Olaydan önce mağdurenin yaşının büyük olduğu yolunda yanıltıcı bir bilgi de mağdure veya başkası tarafından sanığa iletilmemiştir. Duruşmadaki savunmasında mağdure ile rızasıyla ilişkiye girdiğini kabul ettikten sonra “mağdure ile bu şekilde ilişkiye girmenin yaşının küçük olması sebebiyle suç olduğunu bilmiyordum” demek suretiyle de suç olmadığını düşünmekle beraber yaş küçüklüğünü bildiğini ikrar etmiştir. Bu durumda, kanunu bilmemek mazeret de sayılamayacağından, sanığın mağdurenin yaşı konusunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemez, fiilini suç olmaktan çıkartmaz. Aksine düşünce, faillerin yaş konusundaki basit ve dayanaksız olan yanılgı iddialarının şüpheden sanık yararlanır ilkesine bağlı olarak her zaman kabulü sonucunu doğurur. Bu ise özellikle tarafların anlaşmaları halinde kötü niyetli kişilerin korunmasına, çocukların ise korumasız kalmasına ve keyfiliğe neden olur.

Açıklanan sebeplerle somut olayda mağdureyi uzun süredir tanıyan ve yaşını bildiği açık olan suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nın 30. maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığından, sayın çoğunluğun hükmün bozulması yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir. (<http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/cinsel-istismar-yasin-buyuk-gostermesi-h172477.html>)
Erişim Tarihi : 31.08.2018.

³⁰⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 68.

mağdurun yaşını kolaylıkla öğrenebilecek zamana sahiptir. Dolayısıyla burada hata hükümlerinin uygulanması kanımızca söz konusu değildir.

Failin mağduru çocuk yaşta sanmasına rağmen, cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi durumunda “tersine hata” hâli mevcuttur. Bu durumda fail, toplum tarafından hoş karşılanmayan bir fiili gerçekleştirmiş olsa dahi, cinsel istismar suçunun sabit olabilmesi için mağdurun çocuk yaşta olması gerektiğinden, fail, TCK m.103’ten dolayı cezalandırılmayacaktır.³⁰⁷

TCK m.103’te suçun temel şekli ve nitelikli şekli ayrı fıkralarda düzenlenmiştir. Failin, suçun nitelikli şeklinden cezalandırılabilmesi için, failin bu nitelikli hâlin var olduğunu bilmesi gerekmektedir. Şayet, fail, bu durumdan haberdar değil ise TCK m.30/2’ye göre suçun temel şeklinden cezalandırılır.

“Rıza” hususuna değinecek olur isek; öncelikle “rıza”nın tanımını yapmamız gerekmektedir. Ceza hukukunda ise rıza göstermek, “*kişinin, kendi iradesi ile bir başkasının iradi davranışının örtüştüğünü açıklaması*”³⁰⁸, olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında rıza göstermeyi, “*bir hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişinin, söz konusu hukuksal değerinden hukuken geçerli olacak şekilde vazgeçmesi*”³⁰⁹ olarak tarif edenler de bulunmaktadır.

Cinsel istismar suçunda “rıza” konusuna değinecek olur isek; mağdur olan çocuğun 15-18 yaş aralığında olması hâlinde, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirecek olan cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel eylemlere karşı gösterdiği rıza, fiili hukuka uygun hâle getirdiğinden, faile herhangi bir ceza verilmez. Fakat, bu mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel ilişki boyutuna erişti ise bu durumda failin TCK m.104’te yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçundan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

³⁰⁷ Aydın, a.g.e., s. 69.

³⁰⁸ Kessler, Richard; *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin, 1884, s. 26. ; Ekici Şahin, Meral; “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D. , Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 4.

³⁰⁹ Zipf, Heinz; *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Neuwied und Berlin, 1970, s.23. ; Ekici Şahin, Meral; “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D. , Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 4.

Cinsel istismarda mağdurun rızasının geçerliliği onun yaşı ve fiili algılama kabiliyeti ile ilintilidir. Yani; mağdur 15 yaşında küçük ise, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlere karşı rıza gösterme ehliyetini haiz değildir. Mağdur, 15 yaşından büyük fakat 18 yaşından küçük ise, bu durumda kendisine yönelik cinsel eylemler karşısında geçerli bir rıza gösterebilmesi için, gerçekleştirilen eylemin hukukî anlam ve sonuçlarını algılaması gereklidir. Aksi takdirde, rızası geçerli olmayacaktır. Yargıtay'ın verdiği karar da bu yöndedir.³¹⁰

Fail, içinde bulunduğu duruma ve mağdurun fiziksel görünümüne, hâl ve hareketlerine, söylemlerine göre hareket edip, mağdurun geçerli bir rıza beyanında bulunmayı haiz olduğunu düşünüp bu rıza doğrultusunda cinsel eylemini gerçekleştirdiğinde, burada failin kastından söz edilmesi hukuka uygun değildir. Bu durumun açıklığa kavuşturulması için, mağdurun akıl hastalığının veya akıl zayıflığının niteliğinin belirlenmesinin yanı sıra, mağdurun bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı araştırılması; fail ile mağdur arasındaki ilişkinin niteliği, birlikte geçirdikleri zaman, aralarındaki konuşmalar, ailelerin birbirlerini tanıyıp tanımadığı gibi unsurlar dikkate alınarak failin, mağdurun içinde bulunduğu bu durumu bilip bilmediği araştırılmalıdır.³¹¹

7. Cinsel İstismar Suçunda Kusurluluk

Cinsel istismar suçu açısından “kusurluluk” irdelendiğinde “akıl hastalığı” ve “cebrin etkisi altında olma” durumları incelenmelidir.

Cinsel istismar teşkil eden hareketlerin, duçar olunan akıl hastalığının algılama yeteneğini ortadan kaldırması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde etkilemesi nedeniyle gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hâllerde, bu cinsel davranışları gerçekleştiren kişi kusurlu sayılamayacağı için cezalandırılmayacaktır.³¹² Buna karşılık, cinsel davranışın, davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli olmayacak ölçüde etkileyen akıl hastalığının sonucunda gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hâllerde, bu davranışları gerçekleştiren

³¹⁰ Y. 14. CD., 12.11.2013 Tarihli; 2011/ 22180 E. ve 2013/ 11403 K. sayılı Kararı.

³¹¹ Aydın; a.g.e., s. 71.

³¹² Koca, Mahmut –Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.318.

kişi kusurlu sayılabilecek ve hakkında cinsel istismardan dolayı ceza belirlenirken ve bu ceza infaz edilirken TCK m.32/2 dikkate alınacaktır.³¹³

Cinsel istismarı oluşturan davranışı, kendisine uygulanan karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı cebrin etkisiyle gerçekleştiren kişi, irade yeteneğine sahip olmadığı için kusurlu sayılamayacak ve cezalandırılmayacaktır.³¹⁴ Burada dolaylı faillik söz konusu olacak ve cebir uygulayan arkadaki şahıs TCK m.28'e göre fail olarak cezalandırılacaktır.

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Bu başlık altında, çocukların cinsel istismarı suçunda teşebbüs, iştirak ve içtima durumlarına yer verilecektir.

8.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenmiş olan suçlar hukuk dünyasında “suç yolu (iter criminis)” olarak tabir edilen belli bir süreç içinde gerçekleştirilmektedir.³¹⁵

Ceza yasalarının özel kısımlarında düzenlenmiş olan suçlar, “*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*”nin sonucu olarak, ancak suç tipinde öngörülmüş olan neticenin gerçekleştirilmesiyle cezalandırılırlar.³¹⁶ Ancak, suç tipinde yer alan bu neticenin suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle gerçekleşmemesi hâlinde de, *toplumsal barış bozulduğu için*, teşebbüs derecesinde kalmış olan bu hareketlerin cezalandırılması zarureti ortaya çıkmaktadır.³¹⁷ Kısacası, tamamlanmış suçlar hangi sebeple cezalandırılıyorsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar da o sebeple cezalandırılırlar, çünkü her iki durumda da *sosyal barış ve düzen bozulmaktadır*.³¹⁸

³¹³Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 318.

³¹⁴Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 319.

³¹⁵Koca, Mahmut- Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 398.

³¹⁶ Demirbaş, a.g.e., s.448. , Akbulut, Berrin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 556-557.

³¹⁷ Demirbaş, a.g.e., s. 450- 451.

³¹⁸ Demirbaş, a.g.e, s. 450 - 451.

“Teşebbüs” hususu, 5237 sayılı TCK’nın 35.maddesinde yer almıştır. Ve bu maddeye göre, kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya bağlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Teşebbüs hususundan bahsedebilmek için mutlaka doğrudan kastın varlığı gerekmektedir. Taksirle işlenen veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsten bahsetmek söz konusu değildir. Çünkü bu suçlarda netice istenmediğinden, istenmeyen bir neticeye yönelen icra hareketlerinden söz edilemez. Teşebbüse elverişli olan kast, belirli bir neticeye yönelik bulunan kasttır. Bir fiilin kanunî tarifteki neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı, her bir somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Olası kastla işlenen suçlarda ise, fail belirli bir neticeye yönelik kastla hareket etmediği için ve sorumluluk meydana gelen sonuca göre tespit edildiğinden teşebbüsten bahsedilmez. Failin olası kastla hareket etmesi hâlinde, ancak meydana gelen neticeden sorumlu olması gerekir.³¹⁹

Failin, çocuğun cinsel istismarı suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için, cinsel istismar niteliğindeki davranışların icrasına başlamış olması gerekmektedir. Failin icraya başlamaya yönelik salt düşüncesi, bu suça teşebbüs edildiği anlamına gelmemektedir. Yani, failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için, eylemi gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerini dış dünyaya yansıtması gerekmektedir.

Cinsel istismar suçunun gerek basit (temel) hâline gerekse nitelikli hâline teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cinsel istismar suçunun basit hali birtakım istisnaî hâller dışında teşebbüse elverişli olmayıp, neticesi harekete bitişik suç olarak değerlendirilmelidir. Bir diğer görüşe göre ise; hem basit cinsel istismar suçuna hem de suçun nitelikli haline teşebbüs, somut olaya göre söz konusu olabilecektir. Belirtmek gerekir ki, basit cinsel istismar suçu, sırf hareket suçu niteliğindeki suçlardır. Ancak, hareketler parçalara yani kısımlara ayrılabilirse, bu suça teşebbüs mümkündür. Örneğin, bir çocuğu öpüp

³¹⁹ Aydın, a.g.e., s. 74.

okşamak maksadı ile hürriyetini tahdit ettiği sırada yakalanan failin cinsel istismar hareketinin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir.³²⁰

Çocuğun cinsel istismarı hususunda en çok tartışılan konulardan biri yukarıda bahsettiğimiz gibi failin eyleminin TCK m.103/2’de yer alan suçun nitelikli hâline teşebbüsün söz konusu olup olamayacağıdır. Fail öncelikle mağdur çocuğa karşı elverişli hareketler ile TCK m.103/1’de yer alan suçun basit şeklini tamamlamış olduktan sonra bu hareketi ile yetinmeyip daha ileri giderek mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle suçun nitelikli hâlini gerçekleştirmek isteyip de gerçekleştiremediğinde burada suçun nitelikli hâline teşebbüsün söz konusu olup olmadığı irdelenmelidir. İşte tam da bu noktada, somut olaya göre “gönüllü vazgeçme” hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre, failin gerçekleştirmek istediği neticenin gerçekleşmemesi onun elinde olmayan bir sebepten kaynaklanıyor ise bu durumda Yargıtay’ın da belirttiği gibi³²¹ cinsel istismar suçunun nitelikli hâline teşebbüs söz konusu olacaktır. Ancak netice, failin eylemi gerçekleştirmekten kendi rızası ile yani “gönüllü” olarak vazgeçmesi hasebiyle gerçekleşmemiş ise Yargıtay’ın da kararlarında belirttiği gibi³²² fail, TCK m.36/1’de yer alan “gönüllü vazgeçme” hükmüne göre, TCK m.103/2’de yer alan suça teşebbüsten değil; o zaman kadar tamamlanan suç olan ve TCK m.103/1’de yer alan suçtan sorumlu tutulmalıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, netice, failin iradesi ile değil de onun elinde olmayan ve neticenin gerçekleşmesine engel başka bir

³²⁰ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 221.

³²¹“Sanığın cinsel ilişki için, cinsel organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamadığının iddia edilmesi karşısında; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsizlik hâllerinden mi kaynaklandığı alınacak raporla belirlenip, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği karar yerinde tartışıldıktan sonra karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” (Y. 5. CD., 20.09.2010 sayılı tarih ve 2010/ 4449 ve 2010/ 6553 sayılı kararı)

³²²“TCK’nun 35. maddesine göre, sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kast ettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına göre mağdurenin vücuduna organ veya sair bir cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin basit mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, mağdurenin “17 yaşında, evli ve hamile olduğunu söylemesi” üzerine eylemine kendiliğinden son vererek mağdureye ait evden uzaklaştığının anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK’nun 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdureye karşı suçun icrai hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eylemin ise TCK’nun 103/1. maddeye uyan basit cinsel istismar eylemini oluşturacağı...” (Y. 5. CD., 09.02.2010 tarih ve 2009/ 13575 ve 2010/ 747 sayılı kararı)

sebebin olaya dahil olmasından dolayı meydana gelmemiş ise burada yine cinsel istismarın nitelikli hâline teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır.

Fail, elverişli icra hareketlerine başlamış ve fakat herhangi bir dış engel neden olmadan bu hareketlerden kendi iradesi ile vazgeçmişse, o zamana kadar gerçekleştirmiş olduğu filli herhangi bir suça, örneğin cinsel taciz suçuna mahal vermişse o takdirde bu suçtan dolayı sorumlu tutulup cezalandırılacaktır. Gönüllü vazgeçme hükmünün getirdiği sonuca göre, cinsel istismar suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra kendi rızası ile yani gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleyen fail, bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Örneğin, fail, mağdura, bıçağı çekip “pantolonunu indir, cinsel organını öpeceğim” demiş ve mağdur pantolonunu indirirken vazgeçip bırakıp gitmişse cinsel taciz suçu oluşabilecek;³²³ veyahut o zamana kadar gerçekleştirmiş olduğu fiil bir suçun, örneğin basit cinsel istismar suçunun oluşumuna mahal vermişse o takdirde bu suçtan cezalandırılacaktır. Belirtilen örnekte olduğu gibi fail, mağdura, bıçağı çekip “pantolonunu indir, seni yapacağım” demiş ve mağdur pantolonunu indirip penisini mağdurun vajinasına sürmüştü daha sonra vazgeçip bırakıp gitmişse basit cinsel istismar suçu oluşacaktır.³²⁴ Kanunda, bu durum gönüllü vazgeçme başlığı altında 36. maddede düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden gönüllü vazgeçen failin, tamam olan kısmın “bir başka suç”u oluşturduğu yani basit cinsel istismarı oluşturduğu için, TCK’nın m.103/1’den dolayı cezalandırılacağı sonucuna varmak gerekir.³²⁵

Belirtmek gerekir ki, gönüllü vazgeçmenin en önemli neticesi, failin icrasına başladığı suçtan dolayı hakkında yaptırıma hükmedilmemesidir; ancak failin o ana kadar yaptığı hareketlerin başka bir suçu oluşturması halinde, bundan sorumluluk devam edecek ve buna göre yargılanacaktır.

³²³ Artuç, a.g.e., s. 660.

³²⁴ Meran, Necati; *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı), Ankara, Seçkin Yayınları, 2005, s. 661.

³²⁵ Aydın, a.g.e., s. 75-76.

Peki suçu iştirak hâlinde işleyen faillerin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanması söz konusu olabilecek midir? İşlenen suça iştirak etmiş olan faillerin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, neticenin meydana gelmeden önce suçu işlemekten vazgeçmesi yeterli olmayıp; suçun dış dünyada sonuç doğurmaması için çaba sarfetmesi gerekmektedir. Ancak somut olaya ve TCK m.41'e göre, şerikin bu gayretine karşın netice dış dünyaya sirayet etmiş ve suç gerçekleşmişse yahut vazgeçen şerikin gayreti dışında başka bir sebepten dolayı suçun gerçekleşmesi engellenmiş ise, vazgeçen şerik, gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilecektir. Durumu bir olay üzerinden tartışmak gerekirse, örneğin; bir çocuğa organ duhul etmek suretiyle cinsel istismarda bulunmak için çocuğun iki kişi tarafından evinin önünden alınıp bir arabaya konularak تنها bir yere götürülmesinden sonra, bu çocuğa karşı cinsel istismar eylemine başlandığında, çocuğun ağlama ve yalvarmalarına dayanamayan faillerden birinin eylemden vazgeçip, çocuğu ve diğer faili olay yerinde bırakıp ayrılması hâlinde, olay yerinden ayrılan fail burada gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanamaz.³²⁶ Dolayısı ile burada bu suça ilişkin sorumluluktan kurtulamaz. Fakat, vazgeçen fail kendisinin vazgeçmesi ile birlikte, olay yerini terk etmemiş ve diğer failin de bu suçu işlemesine örneğin ona vurarak engel olmuş ve mağduru kurtarmış ise veya bir başka ihtimal olarak, diğer faili suçun işlenmesi önlemek amacıyla ikna etme çabasında iken tam da bu sırada olay yerine gelen diğer şahıslar tarafından ikisinin de yakalanması ile suç tamamlanmamış ise, suçu işlemekten vazgeçen fail, TCK m.41'e göre gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilecektir. Böyle bir olayda, vazgeçen fail, organ duhul etmek suretiyle cinsel istismarda bulunmaya teşebbüsten değil; o zamana kadar tamamlanmış olan kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bırakma ve TCK m.103/1'de yer alan, cinsel istismar suçunun basit (temel) şeklinden cezalandırılır.³²⁷

Peki teşebbüsün sırası yani verilecek cezaya uygulanması nasıl olacaktır? Bu konu için, TCK m.61'de bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hükme göre, suçun temel şekline dair ceza belirlendikten sonra, olası kastın söz konusu olduğu durumlarda cezada indirim, bilinçli taksir söz konusu ise cezada artışa gidilecek, ardından daha fazla nitelikli cezayı gerektiren nitelikli hâller uygulanacak ve daha sonra da daha az

³²⁶ Aydın, a.g.e., s. 76.

³²⁷ Aydın, a.g.e., s. 76.

cezayı gerektiren nitelikli hâller uygulanacaktır. Yapılan tüm bu işlemlerden sonra bulunacak sonuç ceza üzerinden sırasıyla; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, ceza indirim yapılması gereken şahsî sebeplere ilişkin hükümler uygulandıktan sonra son olarak takdirî indirim hükümleri uygulanmalı netice ceza belirlenmelidir.³²⁸

8.2. İştirak

Suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Tek kişi ile gerçekleştirilebilen suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda artık *iştirak* hükümleri uygulanacaktır. TCK'da iştirak ile ilgili hükümler 37 – 40. maddeler arasında yer almaktadır.

Cinsel istismar suçu, bir kişi ile işlenebileceği gibi, birden fazla kişi ile de işlenebilmektedir. Yani bu suç bakımından iştirak hükümleri, TCK'daki genel hükümlere tabidir. Fakat özellik arz eden bazı durumları belirtmek gerekmektedir.

Cinsel istismar suçunu birlikte gerçekleştiren her bir fail, hem kendi eylemini gerçekleştirmiş hem de diğer failin eylemine doğrudan doğruya iştirak etmiş olmaktadır. Bu sebeptir ki, böyle bir durumda suça iştirak eden failer hakkında hem suçu birden fazla kişi olarak birlikte işlediklerinden TCK m.103/3-a hükmünün uygulanması hem de her fail diğerinin suçuna iştiraki ile suçu zincirleme olarak işlemiş duruma geldiğinden dolayı verilecek cezanın TCK m.43/1'e göre arttırılması gerekir.³²⁹

Cinsel istismara maruz kalan mağdura karşı eylemi birlikte gerçekleştiren faillerden birinin, suçu, 103/2'de belirtilen eylemlerden olan, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokarak gerçekleştirmesi ve fakat diğer failerin bu eylemi

³²⁸ Aydın, a.g.e., s. 77.

³²⁹ Aydın, a.g.e., s. 78. ; “Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklar Mevlüt, Adem ve Rahim'den her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanıkların eylemlerine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hâli olan 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi Kanuna aykırıdır.” (Y. 5. CD. 04.02.2010 Tarih ve 2009/ 14749 – 2010 / 617 Sayılı Kararı.)

gerçekleştirmeyip, örneğin mağduru tutmak suretiyle organ veya sair bir cisim sokan failin eylemine doğrudan iştirak etmesi durumlarında, tüm failerin TCK m.103/2’de yer alan nitelikli hâlimden, suçu *birden fazla kişi olarak* işledikleri için TCK m.103/3-a’da belirtilen yaptırıma tâbî tutulmaları gerekmektedir.

Yargıtay’ın önceki içtihatlarına baktığımızda, reşit olmayan çocuklarını kız istemek sureti ile gayri resmi olarak evlendiren ve bu evlenme sonucu çocuğun cinsel birleşmesine olanak sağlayan failin anne ve babasının işlenen suça aslî fail olarak iştirak ettiğinin kabul edildiğini görmekteyiz. Fakat Anadolu’da, özellikle kırsal kesimlerde ataerkil bir toplum yapısının hüküm sürmesinin bir sonucu olarak kadının söz hakkının erkeğe nazaran daha az olduğunu kabul eden Yargıtay, kararlarında, annenin suça iştirak etmeyeceğine yer vermiştir.³³⁰

Sonuç olarak, anne ve babaların suça iştiraki hususu değerlendirilirken her bir somut olayın özellikleri göz önüne alınmalıdır. Çünkü mağdur ve failin anne ve babalarının rızaları olmadan da birbirlerini sevip kaçarak cinsel ilişkiye girmeleri her daim mümkündür. Bu durumda anne ve babanın suçun aslî faili olarak nitelendirilmesi hukuka uygun değildir. Fakat, anne ve babanın Anadolu’nun kırsal kesimlerinde hâlen yaygın olan başlık parası karşılığında reşit olmayan kız çocuklarını zorla gayri resmî bir şekilde evlendirmeleri durumunda suça iştiraklerinin aslî iştirak olarak kabul edilmesi gerekecektir.

8.3. İçtima

“*Suçların İçtimaı*”, 5237 sayılı TCK’nın birinci kitabının ikinci kısmının beşinci bölümünde yer alan 42.(bileşik suç), 43.(zincirleme suç) ve 44.(fikrî içtima) maddelerinde düzenlenmiştir.

Ceza hukukunda kural olarak ne kadar eylem var ise o kadar suç vardır ve fakat bu kuralın istisnaları vardır. Bileşik suç, zincirleme suç, aynı nev’iden fikrî

³³⁰ “... Sanık ananın aile içindeki yeri, başlık parasının diğer sanık baba tarafından alınması ve gayri resmi evlilikte söz sahibi bulunmadığının anlaşılması karşısında beraatine karar verilmesi gerekir.” (Y. 5. CD., 1990/ 4448 E. ve 1990/ 4981 Sayılı Kararı.)

içtima, farklı nev’iden fikrî içtima bu kuralın istisnalarıdır. Şimdi bu kavramlara kısaca değinelim.

TCK m.42’de “bileşik suç”, biri diğèrinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç olarak tanımlanmış ve yine aynı maddede, bu suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda fail, sadece bileşik suçtan dolayı cezalandırılmakta olup, bileşik suçun unsurunu oluşturan suçtan dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Zincirleme suç, aynı suçun birden fazla kez işlenmesi durumudur. Ancak bu suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmekte olduğu için bu suçlar arasında subjektif bir bağ söz konusudur. TCK’nın 43. maddesinin ilk fıkrasında “zincirleme suç”un tanımı; “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir.” şeklinde yapılmıştır. Aynı nev’iden fikrî içtima ise, bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde; farklı nev’iden fikrî içtima ise, bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suçun işlendiği hâllerde söz konusu olmaktadır. Bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılabilme olanağı varken yasa koyucu failin bu suçlardan en ağırı ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçu için içtima hükümlerini ele alacak olursak; bu suçta içtima türü çeşitlilik göstermektedir. Şöyle ki; yasa koyucu, cinsel istismar suçunun başka suçlar ile içtima durumuna TCK m.103’te yer vermiştir.

Cinsel istismar suçunun aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik olarak birden fazla işlenmesi halinde TCK m. 43’te düzenlenen zincirleme suç kuralları uygulanabilecek ve faile tek bir ceza verip bu ceza dörtte birden dörtte üçüne kadar artırılabilir. Ancak 43. maddenin 29.06.2005 tarih ve 5377 Sayılı Kanun’un 6. maddesi ile değiştirilmesinden önceki halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkün değildi.³³¹ Yapılan değişiklikle “cinsel saldırı” ve “çocukların cinsel istismarı” deyimleri madde metninden çıkarılmış ve bu suçlarda

³³¹Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, 231.

da zincirleme suç kurallarının uygulanması olanaklı hâle gelmiştir.³³² Bu durum suç ve ceza politikası ile ilgili olup yasa koyucunun tercihidir.³³³ Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, korunmak istenen hukukî menfaatlar düşünüldüğünde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların, özellikle kendisini dış dünyaya karşı korumaktan aciz olan çocuklara karşı cinsel istismar suçunun, zincirleme suçun uygulanmayacağına ilişkin maddede belirtilen suçlar arasından çıkarılmış olması uygun bir düzenleme olmamıştır. Çünkü, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; kasten adam öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarından daha önemsiz değildir. Zincirleme suç hükmünün uygulama alanının bulunmayacağı belirtilen suçlar, kişinin beden, ruh, yaşam ve malvarlığı hakkının özüne dokunurken cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlar da benzer şekilde mağdurun vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, kimi zaman ise yaşam hakkına dokunurken ayrıca cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı da ihlâl etmektedir.³³⁴

Ayrıca yine 43. maddede hüküm altına alındığı üzere, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılacaktır. Maddeden de anlaşılacağı üzere zincirleme suç kurallarının uygulanması için mağdurun aynı olması gerekmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, fail, farklı mağdurlara cinsel istismarda bulunursa, suç aynı zamanda işlense dahi zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacak ve mağdur sayısınca suç oluşacaktır. Fakat doktrinde, 43. maddenin 2. fıkrasına dayanarak cinsel istismara yönelik fiillerin farklı çocuklara ve tek bir fiille işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği görüşü belirtilmiştir. Failin birden fazla mağdurun vücuduna temas eden cinsel davranışlarda bulunması durumunda ise; fiil hem hareketi hem neticeyi içine alan bir kavram olduğundan, artık failin hareketinin ve bu hareket sonucu meydana gelen neticenin dolayısıyla da fiilin tek olduğundan söz edilmesi mümkün olamamaktadır.

Belirtmek gerekir ki; aynı şahsa karşı gerçekleşen birden fazla cinsel istismar suçu, aynı suç işleme fikri ile ilişkilendirilebiliyorsa, zincirleme suç hükümleri

³³²Taner, Fahri Gökçen; *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 346.

³³³ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, 231.

³³⁴ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, 231.

uygulama alanı bulabilecektir. Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, mühim bir konu olan, suçun “aynı şahsa karşı” işlenmesi zorunluluğu arandığından, farklı şahıslara karşı işlenen cinsel istismar suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

TCK m.43/1’e göre; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunun birden fazla işlenmesi durumunda, zincirleme suça ilişkin bir cezaya hükmedilir. Fakat kanun metninde belirtildiği gibi bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Burada suçun basit (temel) şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Faile, gerçekleştirdiği her bir eyleminden dolayı ayrı ayrı ceza verilmez. Bunun gibi, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda farklı kişilere karşı cinsel istismar suçunun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Bir görüşe göre, mağdura yönelik bedensel temas içeren her fiil cinsel istismar olarak kabul edildiğinden, failin tek bir eylem ile iki mağdura temas etmesi de mümkün olmayacağından, bir diğer deyiş ile, fail, iki mağdura temas etmiş ise ortada tek bir eylem değil, iki eylem olacağından, TCK m.43/2 uygulama alanı bulamayacak ve bu durumda fail, gerçekleştirdiği farklı eylemlerinin sayısı kadar cezalandırılacaktır.³³⁵ Başka bir görüşe göre ise; cinsel istismar suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi mümkün olabilecektir. Örneğin, bir çocuğu okşayan bir kişinin aynı zamanda bu eylemini başka bir çocuğa izletmesi eylemi zincirleme suçun bu hâlini oluşturacaktır.³³⁶ Fakat, izletme eyleminin cinsel istismarın basit (temel) hâli olarak kabul edilip edilmemesine bağlı olarak bu durum değişebilecektir. Aksi takdirde, eylemin başka bir suçu oluşturması hâlinde, TCK m.44’te belirtilen fikrî içtima tartışma konusu olabilecektir.³³⁷

Failde, “aynı suçu işleme” kararının mevcut bulunması, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından önem arz etmektedir. Aksi takdirde, bu kararın

³³⁵ Meran, (2008), a.g.e. s.350. ; Aydın, a.g.e., s. 80.

³³⁶ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, 232.

³³⁷ Kartal Memiş, *TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı*, 232.

failde mevcut olmayıp da rastgele işlemesi hâlinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.³³⁸

TCK m.103'e baktığımızda, yasa koyucunun, cinsel istismarın basit (temel) şekli bakımından on beş – on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklara yönelik cinsel istismarda suçun unsuru olarak, *cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden* öngörerek bileşik suç yaratmış olduğunu görmekteyiz. Başka bir bileşik suç durumu ise, failin, on beş yaşına kadar olan çocuklar ile on beş – on sekiz yaş aralığında olan çocuklara yönelik *cebiri ve tehdit* ile gerçekleştirdiği cinsel istismar bakımından *cebiri ve tehdidin suçun ağırlaşmış hâli* olarak düzenlendiği durumda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, cinsel istismar suçunun *cebiri ve tehdit* ile gerçekleştirilmesi durumunda hem cinsel istismar suçundan hem de *cebiri ya da tehditten* değil; artık bileşik suç söz konusu olduğundan dolayı, fail sadece cinsel istismardan ceza alacaktır. Nitekim, TCK m.42'de bu durum hüküm altına alınmıştır.³³⁹

Belirtmek gerekir ki, cinsel istismar suçu ile birlikte gerçekleştirilen diğer suç çeşitleri kanunda özel içtima hâli olarak belirtilmediği takdirde gerçek içtima hükümlerine göre değerlendirilecektir. Örnek verecek olursak, cinsel istismar fiilinden sonra gerçekleştirilen tehdit fiili, cinsel istismar suçunun bir unsuru ya da ağırlaşmış hâli olarak kabul edilmeyip, faile cinsel istismar ve tehdit suçlarından dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Ancak burada belirtmek gerekir ki; yasa koyucu TCK m.103/5'te içtima hâline yer vermiştir. Bu fıkra göre, cinsel istismar suçunu gerçekleştirmek için başvuru *cebiri ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde kasten yaralama suçundan da ceza verilecektir.*

Kanuna baktığımızda, cinsel istismar suçunu işlemek için başvuru *cebiri ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması* durumunda failin ayrıca TCK'nın 103/1. fıkrası gereğince kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı belirtilmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunda

³³⁸Ünver, Yener; "Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", in: **Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, TCHD Yayınları**, 2011, s. 222.

³³⁹**TCK m.42** : "Biri diğerinin unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."

cebir ve şiddet, duruma göre suçun unsuru (TCK m.103/1-b), duruma göre ise nitelikli hali (TCK m.103/4) olmakla birlikte, uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun temel şeklini (TCK m.86/1) oluşturacak boyutu aşmaması gerekir. Buna karşılık başvuru olan cebir ve şiddet, kasten yaralama suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren ağır neticelere neden olması hâlinde (TCK m.87), ayrıca bu suçtan dolayı da failin cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Öğretide yer alan görüşlere baktığımız zaman TCK m.103/5'te belirtilen düzenlemenin, TCK m.102'de hüküm altına alınmış olan cinsel saldırı suçu ile kıyaslandığında, çocuklar açısından aranan koşul ile yetişkin kişiler için aranan koşul arasında orantısızlık olduğu, yetişkinler için direncin kırılmasına yetecek ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kasten yaralama ile gerçek içtima hâli öngörülürken; cinsel istismar suçunda cebir ve şiddet sonucu meydana gelebilecek neticenin kasten yaralamanın ağır neticelerinden birini oluşturmasını beklemenin, çocukların menfaatlerinin istenilen düzeyde korunmadığını gerekçesi ile eleştirildiğini görmekteyiz.³⁴⁰ Baktığımız zaman gerçekten de, çocuklar açısından cebir ve şiddet sonucu kasten yaralamanın ağır neticelerine sebebiyet verilmesi durumunda kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı belirtilmesi; yetişkin şahıslar açısından ise direncinin kırılmasına yetecek ölçünün ötesinde cebir kullanılmasının yeterli sayılması hakkaniyetsiz sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir.³⁴¹

Reşitlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi açısından, “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” ölçütü yeterli bulunurken; daha savunmasız olan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda ise, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmasının aranması hakkaniyet kavramı ile bağdaşmayacağından yersizdir.

³⁴⁰Sevük Yokuş, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, s. 290.

³⁴¹ Kartal Memiş, *TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı*, 232.

Yasa koyucu, cinsel amaçla hürriyeti tahdit suçunun işlenmesi hâlini düzenleyerek, TCK m.109/5'te cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin genel bir ifadeye yer vermiştir. Bundan dolayıdır ki, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan herhangi birini (cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ya da cinsel taciz) işlemek amacıyla şahsı hürriyetinden yoksun bırakan fail hakkında bu ağırlaştırıcı neden söz konusu olabilecektir.³⁴² Bu kapsamda, bir çocuğun hürriyetinin sınırlandırılması cinsel istismar maksadı ile icra edilmiş ise, bu durumda suçların çokluğu yani içtimai söz konusu olacaktır. Bu hâlde, failin, her iki suçtan dolayı sorumluluğu gündeme geleceğinden, fail, çocuğun hürriyetinin kısıtlanması TCK m.109/3-f ile 5.fıkra düzenlenmiş olan ağırlaştırıcı nedenler ile cinsel istismar (TCK m.103) suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacak ve bu cezaları toplanacaktır. Cezanın tespiti ise genel hükümlerde yer alan TCK m. 61 ışığında gerçekleştirilecektir.

TCK'da "Adliyeye karşı işlenen suçlar" içerisinde belirtilmiş olan "suçu bildirmeme suçu"nda, mağdur çocuk ise bu durum nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Burada işlenmiş olan herhangi bir suçun mağdurunun çocuk olduğu hâllerde adli mercilere haber verilmemesi durumu suçun nitelikli hâli olarak hüküm altına alınmıştır. Yani, gerçekleşiyor olan suçun mağduru bir çocuk olacak ve bu suçun haber verilmemesi de suçun nitelikli hâli olacaktır. Örnek vermek gerekirse, cinsel istismar suçunun yetkili mercilere bildirilmemesi durumunda bu hüküm devreye girecektir. Bir başka ifade ile, bu suçu öğrenip haber vermeyen şahıs hakkında suçu bildirmemeden dolayı nitelikli hâl yani TCK m. 278/3 hükmü uygulanacaktır. "Suçu bildirmeme suçu"nun oluşabilmesi için, işlenmekte olan bir suç olması ya da işlenmiş olmakla birlikte meydana gelmiş olan neticesinin sınırlandırılmasının mümkün olması ve ihbarda bulunmayan kişinin suçu önleme yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir.³⁴³ "*Çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlendiğini öğrenen herhangi bir kimse, bunu TCK m.278 çerçevesinde yetkili makamlara bildirmekle yükümlü değildir. Ancak, istismar fiili devamlılık arz*

³⁴²Üzülmez, İlhan; "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", in: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1197.

³⁴³Koca, Mahmut; "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", in: **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, Ocak – Haziran, Y: 2012, s. 119 – 120.

ediyorsa, örneğin çocuk her gün istismara uğruyorsa, bunu öğrenen kişinin 278.madde çerçevesinde ihbar yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.”³⁴⁴

Belirtmek gerekir ki, “suçu bildirmeme suçu”nun failinin suçu önleme yükümlülüğü bulunmamalıdır. Örneğin, suçu önleme yükümlülüğü olan kolluk kuvveti mensuplarının, cinsel istismara maruz kalan çocuğu kurtarma yani suçu önleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Kolluk kuvveti mensupları eğer bu yükümlülüklerini yerine getirmezlerse “suçu bildirmeme suçu”nun nitelikli hâlinde değil; ihmali hareket ile suça iştirakten sorumlu tutulacaklardır. Bir başka örnek olarak da anne babaların Medeni Kanundan doğan koruma ve gözetim yükümlülükleri verilebilir. Çocuklarının kardeşleri tarafından cinsel istismara uğradığını bilip de bu durumu yetkili mercilere bildirmeyen anne ve babanın sorumluluğu, suçu bildirmeme kapsamında değil; suça iştirak kapsamında değerlendirilmelidir. Zira anne ve babanın koruma ve gözetim yükümlülüğü kanundan kaynaklanmaktadır. Ancak, Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonucu 278.maddede yapılan değişiklik ile cinsel istismar suçunda yakınların işlenen suçu bildirmemesi durumu şahsî cezasızlık sebebi olarak yer almıştır.³⁴⁵

Suçü bildirmeme hususunda mühim olan husus, suçun çocuk bakımından nitelikli hâlinin uygulanabilmesi için TCK m.278’de belirtildiği üzere çocuğun 15 yaşından küçük olmasının gerektiğidir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, toplumda cinsel istismara uğramanın bir utanç kaynağı olduğu düşünölmekte ve buna bağılı olarak cinsel istismarın gizlendiğı, olayın üstünün örtölmeye çalışıldığı düşünölecek olursa bu suçun faillerinin gerektiğı gibi cezalandırılmadığı ortadadır. Doktrinde de hem faillerin gerektiğı gibi cezalandırılması hem de caydırıcılığın sağlanması açısından cinsel istismar suçunu bildirmeme yükümlülüğünün herkese verilmesi

³⁴⁴ Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 120.

³⁴⁵ Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 121. , (TCK md.278: iptal: Anayasa Mahkemesi’nin 30/6/2011 tarihli ve E: 2010/52, K: 2011/113 sayılı kararı ile; değışik: 2/7/2012 – 6352/91.md.)

gerektiği, aksi takdirde, TCK m.278'in uygulanması adına gereken değişikliğin yapılmasının yerinde olacağı belirtilmektedir.³⁴⁶

Son olarak, çocukların cinsel istismarı suçu ile aile bireyelerine kötü muamelenin düzenlendiği TCK m.232'de belirtilen suç ile arasında fikrî içtimanın somut olaya göre söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir.



³⁴⁶Sokullu Akıncı, Füsün; “İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları ve Hukuksal Korunmaları”, in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Y:2013, C: 19, S: 2, s.14- 15.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER ve CİNSEL İSTİSMARDA “İSPAT” HUSUSU

1. Muhakemeye İlişkin Hükümler

Bu başlık altında muhakemeye ilişkin hususlar olan; suçun soruşturma ve kovuşturma usulü, görevli ve yetkili mahkeme, suçun yaptırımı ve zamanaşımı konuları ele alınacaktır.

1.1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

5237 sayılı TCK'nın 103. Maddesinde düzenlenmiş olan “*çocukların cinsel istismarı suçu*” şikayete bağlı olmayıp; re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlardandır. Ancak,

18.6.2014 kabul tarihli 6545 sayılı Yasa ve 24.11.2016 kabul tarihli 6763 sayılı Yasalar ile TCK m.103'te bazı değişiklikler yapıldığından, maddede tanımlanan cinsel istismar suçu yönünden şu ayrımlara gidilerek soruşturma ve kovuşturma usulünü anlatmalıyız.

TCK'nın 103/1 maddesindeki değişiklik ve yeni düzenlemeye göre artık basit cinsel istismar suçları bakımından; *tasaddi düzeyindeki basit cinsel istismar suçu ve/veya tasaddi niteliğindeki basit cinsel istismar suçu söz konusu olduğunda*, cinsel istismar suçunun bu şekli re'sen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.

Sarkıntılık düzeyindeki basit cinsel istismar suçu ve/veya sarkıntılık niteliğindeki basit cinsel istismar suçu söz konusu olduğunda; bu durumda cinsel istismar suçunun bu şekli re'sen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.

Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda ise; 6763 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe göre; sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde, soruşturma ve kovuşturma, mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.

TCK m.103/2 ve devamı fıkralarındaki nitelikli hâllerin soruşturulması ve kovuşturulması ise re'sen gerçekleştirilmektedir.

Cinsel istismar suçunun mağduru olan çocuğun duruşması kapalı yapılabilir. Buna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak, CMK m.182/2'nin yorumu ile bu sonuca ulaşılabilir. Bu maddeye göre; *“genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının ya da tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.”* Nitekim, Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı tarafından hazırlanan Mağdur Hakları raporunda, mağdurun tekrar tekrar mağdur olmasının önüne geçmek adına cinsel istismarın özellikle nitelikli hâli bakımından duruşmaların aleniyetinin kısıtlanması gerektiği ifade edilmiştir.³⁴⁷ Bize göre de mağdur olan çocuğun gerek mahkeme önünde kendisini daha iyi ifade edebilmesi gerekse tekrar tekrar mağdur edilmemesi açısından bu duruşmaların kapalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu durum maddî hakikatin ortaya çıkarılması bakımından da oldukça önemlidir.

Cinsel istismar mağduru çocuğun her duruşmada ifadesine başvurulması dolayısıyla ruh sağlığının ciddi bir biçimde bozulacağını düşünen yasakoyucu, 5271 sayılı CMK'nın m.236/2 ve 3. fıkralarında özel düzenlemelere yer vermiştir. Md. 236/2'ye göre; işlenen suçun etkisi ile psikolojisi bozulmuş olan çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Ancak maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hâller saklı tutulmuştur.

CMK m.236/3 uyarınca, cinsel istismar suçunun mağduru olan çocuğun dinlenilmesi esnasında, çocuğun yanında onun ruh sağlığını korumak adına psikoloji,

³⁴⁷ T.C. Adalet Bakanlığı İç Denetim Daire Başkanlığı Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 10 Temmuz 2013 Tarih, 2013/03 Rapor No, s. 36.

psikiyatri, tıp veya eğitim alanlarında uzman olan bir kişi bulundurulur. Çocuğun yanında bu uzmanların bulunmamasının Yargıtay tarafından kanuna aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.³⁴⁸ Ayrıca, CMK m.52/3'e göre, bu durumdaki çocuğun ifadesi sesli ve görüntülü olarak kayda alınır.

TCK m.103'te belirtilen suçun mağduru çocuk olduğundan dolayı 5271 sayılı CMK m.234/2'ye göre, mağdurun vekili bulunmadığı takdirde kendisine *istemi aranmaksızın* bir vekil tayin edilir.

Cinsel istismar suçu önceden uzlaşmaya tabi suçlar içinde yer alırken, 5560 sayılı Yasa ile 2006 yılında yapılan radikal bir değişiklik ile uzlaşma kapsamına giren suçlar arasından çıkarılmıştır. Bununla beraber 5918 sayılı Yasa ile de uzlaşma kapsamına giren bir suçun cinsel istismar suçu ile birlikte işlenmesi hâlinde, bu suç bakımından da uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı eklenerek bu yerindelik pekiştirilmiş oldu.³⁴⁹

Çocukların cinsel istismar suçunda, davaya katılma hakkına sahip olanlar, eğer çocuk Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'nun gözetimin ve bakımında ise, bu kurum Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'dır. Ancak bize göre cinsel istismarda davaya katılma hakkı sadece bu kurum ile sınırlı tutulmamalıdır. Zira çocuk haklarını savunan birçok kurum ve sivil toplum örgütleri bulunmaktadır. Bunların başında Türkiye genelindeki Baroların Çocuk Hakları Komisyonları gelmektedir. Bu kuruluşların da cinsel istismar davalarına katılımlarının sağlanması çocuk haklarının savunulması açısından gereklidir.³⁵⁰

³⁴⁸ “Katılan M.D.’nin 18 yaşından küçük olduğuna ve vekili de bulunmadığına göre, 5271 sayılı CMK’nun 234/2 ve 239/2 maddeleri uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi ve mağdurun dinlenmesi sırasında da aynı Yasanın 236/3 maddesi uyarınca, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi Kanuna aykırıdır.” (Y. 2.CD. 26.01.2010 Tarih, 766 – 1218 Sayılı Kararı).

³⁴⁹ CMK m. 253/ 3 : Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

³⁵⁰ Konu ile ilgili bazı çalışmalar mevcuttur. Nitekim, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi'nin TBMM'ye göndermiş olduğu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında ilgili değişiklik önerisinde 5271 sayılı CMK'nın 237.maddesinin 1.bendine; “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar Türkiye Barolar Birliği, Barolar, Baroların Kadın ve Çocuk Hakları birimleri, gerekli gördükleri hâllerde kadın ve çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısı ile ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her

1.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da, mahkemelerin görev alanları belirtilmiştir. Bu görevleri düzenleyen hükümler 6545 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve bu değişiklik ile beraber sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış olup bu mahkemelerin görevine giren davalar asliye ceza mahkemesinin görev alanına dahil edilmiştir.

5235 sayılı Yasa'nın 11.maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kaldığı hâller hariç kalmak üzere, sulh ceza hakimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”* Yine aynı Yasa'nın 12.maddesine göre; *“yağma, irtikap, kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık ve hileli iflas suçları ile, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını, müebbet hapis cezasını ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin davalara bakma görevi ağır ceza mahkemelerine aittir.”*

6545 sayılı Yasa ile TCK m.103/1'de düzenlenen cinsel istismar suçunun basit (temel) hâlinin cezası, on beş yıla kadar hapis cezasını gerektirdiğinden bu suçla ilişkin davalara bakma görevi ağır ceza mahkemelerine aittir. Ancak cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda belirtilen cezanın üst sınırı sekiz yıl olduğundan, suçun bu hâlindeki davalara bakma görevi ise asliye ceza mahkemelerine aittir.

Cinsel istismar suçunun mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokularak gerçekleştirilmesi veya buna teşebbüs edilmesi durumunda da davaya bakmakla görevli olan mahkeme yine ağır ceza mahkemeleri olacaktır.

Kısacası, cinsel istismar suçunun basit (temel) hâli için asliye ceza mahkemeleri; nitelikli hâli için ise ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Bununla birlikte

aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.” şeklinde bir ekleme yapmışlardır. Bununla birlikte 6284 sayılı Yasa'nın 20.maddesi için de benzer bir değişikliği talep etmişlerdir.

CMK m.6'ya³⁵¹ göre; asliye ceza mahkemesinin görevine giren bir cinsel istismar suçu ağır ceza mahkemesinde açılırsa, bu durumda mahkeme görevsizlik kararı veremeyecek ve davaya bakmaya devam edecektir.

CMK m.12/1'e göre, yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Yine CMK m.12/2'ye göre ise, suçun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde, son icra hareketinin yapıldığı yer, temadî hâlinde işlenmiş ise temadînin sona erdiği yer, zincirleme olarak işlenmiş ise son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

1.3. Suçun Yaptırımı

5237 sayılı TCK'nın 103.maddesinde yer alan "*çocukların cinsel istismarı*" suçunun yaptırımı 6545 sayılı yasanın 59.maddesi ile artırılmıştır ve fakat 6763 sayılı yasanın 13.maddesi ile de birtakım eklemeler yapılmıştır. Bunlara yeri geldiğinde sırası ile değinilecektir.

TCK m.103/1'de çocukların cinsel istismarı suçunun basit (temel) şekli düzenlenmiş ve bu durumda faile 6545 sayılı yasa değişikliği sonrasında sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Cinsel istismarın "*sarkıntılık*" düzeyinde kalması hâlinde ise, faile verilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. 6763 sayılı yasa ile ise, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması durumunda verilecek cezanın on yıldan az olamayacağı; fiilin "*sarkıntılık*" düzeyinde kalmış olması hâlinde ise verilecek cezanın beş yıldan az olamayacağı 103.maddeye eklenmiştir.

Cinsel istismar fiili, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmiş ise faile verilecek ceza on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıdır. 6763 sayılı yasa ile mağdurun yaşına verilen önem biraz daha belirgin hâle getirilmiş ve mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde faile verilecek

³⁵¹CMK m. 6/1 (Değişik: 6/12/2006 – 5560/16 md.) : Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez.

cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı hükmü eklenmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, TCK'nın 49/1 maddesine göre, hapis cezasının üst sınırı yirmi yıldır.³⁵²

6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile, çocukların cinsel istismarı suçunun, hem birinci fıkrasında yer alan suçun basit (temel) şeklinin hem de ikinci fıkrasında yer alan suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlinin gerçekleştirilmesi durumunda yasada belirtilen cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçunun;

- a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,
 - b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
 - c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,
 - d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,
 - e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Cinsel istismar suçunun, on beş yaşından küçük veya on beş yaşından büyük olmakla birlikte, kendisine karşı işlenen fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanılmak sureti ile işlenmesi durumunda, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Cinsel istismar suçunun, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olan çocuklara karşı, silah kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

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

³⁵² Aydın, a.g.e., s. 84.

Failin cinsel istismar fiili sonucunda, mağdur ölmüş veya bitkisel hayata girmiş ise faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir.

Belirtmek gerekir ki, cinsel istismar suçu ertelemeye konu olamaz ve bu suç adli para cezasına çevrilemez.³⁵³ Bununla birlikte, “*belirli haklardan yoksun bırakılma*” başlığı altında düzenlenen TCK m.53’e göre fail bazı haklarından mahrum edilecektir. Örneğin, cinsel istismarın failinin, anne, baba olması hâlinde TCK m.53/1’de belirtilen velayet hakkından mahrumiyet söz konusu olacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun ceza yaptırımını yanında bir başka yaptırımın da gündeme gelebileceği tartışmalara konu olmuştur. Kimyasal kastrasyon bu tartışmaların başında gelmektedir. Bu yaptırım özellikle, sürekli bu suçu işleyen kişiler, pedofili hastaları için gündeme getirilmiştir. Nitekim dünyada birçok ülkede uygulanan bu yaptırım, Türkiye’de de uygulanmak istenmiş hatta TBMM gündemine taşınmış ancak gerçekleştirilecek bu yaptırımın insan haklarına ve insan onuruna aykırı olacağından mütevellit askıya alınmıştır. Kimyasal kastrasyonu öngören yasa teklifi TBMM Adalet Alt Komisyonunda kabul edilmiş ancak belirtilen nedenlerden dolayı TBMM Genel Kurulunda kabul edilmemiştir. Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur. Bazı görüşlere göre, kimyasal kastrasyon kişinin vücut dokunulmazlığını ihlale yönelik bir uygulama olacağı için geçerli kabul edilmesi zor bir yaptırım türüdür. Fakat bizce, şayet pedofili hastaları eğer rehabilite edilemeyecek durumda ise ve de fail bu suçu işlemekten hiç vazgeçmiyor ise bu durumda kimyasal kastrasyon yaptırımını uygulanabilmelidir. Bunun yanında Türk Ceza Kanunu’na göre, “kastrasyon” bir “yaptırım” mıdır hususu da tartışmalıdır. Zira, Türk Ceza Kanunu’na göre yaptırım türleri “cezalar ve güvenlik tedbirleri”dir. Kastrasyon ise infaz hukukuna yönelik olsa da kanımızca bir yaptırım türü sayılmalıdır. Ancak Danıştay 10. Dairesinin vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararı ile bu durum da beklemededir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde TCK m.61 hükmü uygulanacak ve bu madde kapsamında hakim, önüne gelen somut olayda; suçun ne şekilde işlendiğini, suçun işlenmesinde

³⁵³ Savaşçı, a.g.e., s. 103.

kullanılan araçları, suçun işlenmiş olduğu zaman ve mekanı, suça konu olan değer in önemini, ortaya çıkmış olan hasar ve tehlikenin boyutunu, failin suçu işlerken kast yahut taksire yönelik olan kusurunun derecesini ve failin suçu işlerken gütmüş olduğu maksat ve saiki göz önünde bulunduracaktır.

1.4. Zamanaşımı

5237 sayılı TCK'da zamanaşımı ile ilgili düzenleme 66. maddede yer almaktadır. TCK 66/6. maddeye göre; *“Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde 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.”* denilmektedir.

TCK'nın 66/6. maddesine göre kural olarak dava zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlayacaktır. Fakat çocukların mağdur olduğu hâllere ilişkin özel düzenleme ise 6.fıkra; *“çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda dava zamanaşımı çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”* şeklinde belirtilmiştir. Ancak Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı tarafından hazırlanan *Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu*'nda, özellikle cinsel suç mağduru küçükler bakımından ayrı bir düzenlemenin yapılması ve tıpkı yukarıda yer alan hükümde olduğu gibi zamanaşımının on sekiz yaşını doldurduktan sonra başlaması gerektiği belirtilmektedir.³⁵⁴

TCK 103. maddenin 1. ve 2. fıkrasına giren durumlarda TCK'nın 66/1-d maddesi gereğince zamanaşımı süresi on beş yıldır. 103. maddenin 6. fıkrasının uygulanması gereken durumlarda ise zamanaşımı süresi m. 66/1-a gereği otuz yıldır. Ayrıca TCK m.66'nın 3. fıkrasına göre dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri

³⁵⁴ T.C. Adalet Bakanlığı İç Denetim Daire Başkanlığı Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 10 Temmuz 2013 Tarih, 2013/03 Rapor No, s. 39.

göz önünde bulundurulur. Madde 103'teki nitelikli hâllerin gerçekleştiği dosyadan anlaşılabilirliği takdirde zamanaşımı süresinin hesaplanmasında bu nitelikli hâller de değerlendirilecektir.

Ceza zamanaşımında bir özellik bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 68 ve devamındaki maddeleri doğrultusunda ceza zamanaşımı işleyecek ve bu çerçevede hesaplanacaktır.

2. Cinsel İstismarda “İspat” Hususu

İçinde yaşadığımız ülkenin Ortadoğu coğrafyasını oluşturan bir parçası olması hasebiyle “cinsellik” kavramı bir tabu olarak görülmüş ve dolayısıyla “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” da gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamalarında ceza hukukunun bir tabusu olmuştur.

İşlenen hiçbir suç cezasız kalmamalıdır ve fakat “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara”a baktığımızda soruşturmanın başladığı ilk andan kesin hükümle kovuşturma evresinin tamamlandığı son güne kadar kolluk, savcılık, yerel mahkeme ve Yargıtay'ın, istisnai vakalar hariç olmak üzere, genel olarak fail aleyhine peşin hükümlü yaklaşım tarzına sahip olduğu düşünülebilmektedir.³⁵⁵

Belirtmek gerekir ki; “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”ın, özellikle “çocukların cinsel istismarı”nın sözkonusu olduğu durumlarda, fail olduğu iddia edilen bireylerin suçu işledikleri sabit olmadan toplum tarafından damgalanmaları yaygındır. Bu durum, birey açısından en ağır yaptırım türlerinden biridir. Dolayısı ile Kocaoğlu'nun da ifade ettiği gibi, savcılarının ve hakimlerin görevi önlerine gelen her olay hakkında dava açıp mahkumiyete hükmederek “haysiyet cellatlığı” yapmak değil, bilakis, “mağdur olduğu iddia edilen kişi”lerin hakları ile “fail olduğu iddia edilen kişi”lerin adil yargılanma hakkı kapsamında şereflerini ve adaletin tecelli etmesi taleplerini “lekelenmeme hakkı”, “masumiyet karinesi” çerçevesinde

³⁵⁵Kocaoğlu, S. Sinan; *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK.m.102-105)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 489.

korumaktır.³⁵⁶ Ayrıca, değinmek gerekir ki, fail olduğu iddia edilen kişiler hakkında yargı mercileri dışında resmî makamların ve medyanın masumiyet karinesini ihlal edici ifadelerden kaçınması gerekmektedir. Aksi takdirde, yargılamayı gerçekleştirecek olan makam konuya ön yargılı olarak yaklaşabilecek ve hakimlerin yanlış kararlar almasına neden olabilecektir. Doğan'ın da ifade ettiği gibi, henüz soruşturma aşamasında yapılan gözaltına alma ve benzeri gibi işlemleri basın organlarının haber yapması ve bu haberlerde politikacıların gözaltına alınan şahısları suçlu gibi lanse ediyor olmaları, o şahıslar hakkında kovuşturma aşamasında kanaatine dayalı bir hüküm kuracak olan yargıçları psikolojik olarak olumsuz şekilde etkileyebilecektir.³⁵⁷

“İspat” hususunun gerek daha iyi anlaşılabilmesi gerekse de “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar”da bu konunun oldukça önem arz etmesinden dolayı ispat araçlarının, ve bu bağlamda “şüpheden/kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin” ve ayrıca delillerin mahkemece değerlendirilmesi kavramlarının ne olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

2.1. İspat Araçları

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanlığı'nın 22.12.2009 gün ve 2009/9-93 E. ve 2009/308 K. sayılı kararında vurgulandığı üzere; taraflar bakımından “ispat”, hakim bakımından “sabit görme”, maddi husus bakımından ise “sübut” denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalara “ispat vasıtası / sübut vasıtası” veya kısaca “delil” denilmektedir.³⁵⁸

Ceza muhakemesinde amaç, maddi hakikati ortaya çıkarmak olduğundan “delil serbestisi” ilkesi geçerlidir. 5271 sayılı CMK'nın 217.maddesi uyarınca; akla uygun, olaylarla alakalı ve hukuka uygun elde edilmiş olma koşuluyla, yargılama konusu olayla ilgili olarak hakim vicdani kanaatinin oluşumuna ortam sağlayan her türlü şey delil olabilecek; başka bir deyişle, muhakeme sırasında nelerin delil olup

³⁵⁶ Kocaoğlu, a.g.e., s. 491.

³⁵⁷ Doğan, Koray; *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi (in dubioproreo)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 158- 159.

³⁵⁸ Tuğrul, a.g.e., s. 659.

olamayacağı ve ortaya konan bu delillerin olayı aydınlatmadaki rolünün ne derece etkili olduğu somut olaya bakan hakim tarafından serbestçe tayin edilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesinde vicdani delil sistemi ve onun uzantısı olan delillerin serbestliği ilkesinin geçerli kabul edilmesi, herhangi bir nitelik aranmadan her çeşit bulgunun kanaat oluşturması yahut hüküm kurulmasında esas alınması gerektiği anlamına gelmez.³⁵⁹ Çünkü, yargılama esnasında ispat amacıyla kullanılması düşünülen bir vasıtanın birtakım özellikleri haiz olması gerekmektedir. Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere, bu vasıtaların delil olarak kullanılmaları için “gerçekçi olmaları”, “olayı temsil edecek nitelikte olmaları”, “akla uygun olmaları”, “ispat açısından önem arz etmeleri”, “hukuka uygun olmaları” ve “müşterek olmaları” gerekmektedir.³⁶⁰

Belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesinde amaç maddi hakikati ortaya çıkarmaktır ve fakat bu uğurda eylemin sanık tarafından işlenip işlenmediğinin sabit olduğu neticesine erişilememesi hâlinde sanığın mahkumiyetine hükmedilemeyeceği durumu Roma Hukuku'ndan beridir uygulana gelen “in dubio pro reo” yani “şüpheden/ kuşkudan sanık yararlanır ilkesi” ile ifade edilmektedir.³⁶¹ Ayrıca bu ilke, Anayasamızın 38.maddesinin 4.fikrasında ve AİHS'nin 6.maddesinin 2.fikrasında düzenlenmiş olan “masumiyet karinesi”nin uzantısıdır.³⁶² Bu konuya yeri geldiğinde tekrar değinilecektir.

Cinsel istismar suçunda, suçun sübutu araştırılırken; olay yakalama tutanakları, doktor raporları, varsa tanık beyanları, fail beyanları, kriminal raporları, failin yakalanış şekli, failin yakalandığı yer, failin yakalandığı yerin çevreye göre

³⁵⁹Birtek, Fatih; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.43.

³⁶⁰Gedik, Doğan; *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 45. , “...Delilin, delil olması için olayı temsil etmesi, akla, maddi gerçeğe, hukuka uygun olması gerekir. Ayrıca bunun hayatın olağan akışı, ihbarla uyumu ve bunu her aşamada sanığın ısrarlı ve birbiriyle tutarlı savunmaları, tarafsız tanık beyanları ile kişisel durumları, suçun konusu göz önünde bulundurularak varsa bilimsel delil ortaya konularak belirlenir...” (Y. 6. CD.'nin 02.05.2011 Tarih ve 2007/6588 E. ve 2011/63619 K. sayılı kararı), “... hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş, akla, bilime ve mantığa uygun, inandırıcı nitelikte delillerle hüküm kurulması yerine, sanık tarafından bile ileri sürülmeyen varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırıdır...” (YCGK'nın 05.11.2013 Tarih ve 2013/1-95 E ve 2013/434 K. sayılı kararı)

³⁶¹Kocaoğlu, a.g.e., s. 491.

³⁶²Kocaoğlu, a.g.e., s. 491. ; Gedik, Doğan; “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, *Yargıtay Dergisi*, S:3, Temmuz, 2004, s. 300, 301.

konumu, mağdurun yaşam tarzı bir bütün olarak değerlendirilmelidir.³⁶³ Ayrıca tüm bu değerlendirmeler yapılırken, failin savunmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı da olayın meydana geliş şekline bakılarak irdelenmelidir.

Yargıtay'ın da kararında belirttiği gibi; şayet suçun varolduğuna dair tıbbî belgeler var ise maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması adına öncelikle bu tıbbî kanıtlar değerlendirilmelidir.³⁶⁴ Yine Yargıtay'ın kararlarında ifade ettiği gibi, örneğin; şayet mağdurun vücudunda suçun meydana geldiğine dair yeterli bulgular (genital bölgelerde ve vücudun diğer bölgelerinde ekimozlar, fail erkek ise ona dair spemler, vs.) tespit edilmiş ise suçun gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.³⁶⁵

Eğer, suçun gerçekleşmiş olduğuna yönelik yeterli tıbbî deliller yok ise tanık beyanları olayın aydınlatılması hususunda devreye girecektir.³⁶⁶

Suçun tıbbî delili yoksa, mağdur kendisine yönelik eylemin gerçekleştirildiğini iddia ediyorsa, iftira etmesi için bir neden bulunmayan mağdurun tüm aşamalarda samimiyetinden şüpheye düşürecek bir tutarsızlık görülmeyen anlatımları mevcut ise bu beyanlara itibar edilmesi gerekir.³⁶⁷ Ancak, belirtmemiz gerekir ki, eğer, mağdur ile fail arasında bir husumet var ve mağdurun ifadeleri bu husumetten dolayı çelişkili ise yahut mağdurun bu çelişkili ifadelerinin sebebi

³⁶³ Tuğrul, a.g.e., s. 661 – 662.

³⁶⁴ "... Olayın oluş şekli ile doktor raporlarında suçun sonucunda mağdurenin hamile kalıp doğum yaptığının bildirilmesi ve sanığın suçlamayı kabul etmemesi karşısında, **doğan çocuğun sanıktan olup olmadığı usulen araştırıldıktan sonra** diğer kanıtlarla birlikte suçun sübutunun tartışılması yerine noksan araştırmaya dayanılarak hüküm kurulması..." (Y. 5. CD.'nin 15.03.2010 Tarih ve 2009/ 14741 E. ve 2010/ 2063 K. sayılı kararı)

³⁶⁵ "... adli tabip tarafından düzenlenen ve 'hymenin etrafı ve labiumların iç kenarlarının ekimozlu olduğu'nu belirten doktor raporu ile tüm dosya kapsamına göre; öğretmen olan sanığın öğrencisi olan mağdureye karşı, fırsat bulduğunda temizlik yaptırma bahanesi ile götürdüğü odada mağdurenin cinsel organını okşamak, sıkmak suretiyle zincirleme şekilde ırz ve namusa tasaddi suçunu işlediği sabit olduğu hâlde mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..." (Y. 5. CD.'nin 15.10.2009 Tarih ve 2008/ 11167 E. ve 2009/ 11550 K. sayılı kararı)

³⁶⁶ Y. 5. CD.'nin 16.09.2008 Tarih ve 2008/ 9289 E. ve 2008/ 7791 K. sayılı kararı.

³⁶⁷ Tuğrul, a.g.e., s. 667. , "... Kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için geçerli sebep bulunmayan mağdurenin tüm aşamalarda samimi anlatımları, 5 gün mutad işgaline engel olacak şekilde fiile maruz kaldığını gösterir doktor raporu, tevilli sanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, danışmanlık bürosu işleten sanığın iş bulmak için şehir dışından gelen mağdureyi otele yerleştireceği bahanesiyle geç saatlere kadar oyaladıktan sonra cebir ve tehdit kullanarak anal ve vajinal yoldan ırzına geçip sabaha kadar bürosunda alıkoyduğu anlaşılınca, münnet suçlardan sanığın cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi..." (Y. 5. CD.'nin 09.02.2010 Tarih ve 2006/ 697 E. ve 2010/ 714 K. sayılı kararı)

durumu çevresine mazur göstermek ise yahut mağdur başına gelen bu olayı uzun süre gizlemiş ve bu gizleme failin kendisini tehdit etmesi veya mağdurun yaşadığı olayın travmasından kurtulamaması gibi haklı nedenlere dayamıyorsa bu durumlarda mağdurun ifadeleri doğrultusunda bir cezaya hükmetmek sözkonusu olmayacaktır.

Nitelik cinsel istismar eyleminin oluştuğuna dair bir iddia var ise, bu durumda olayın gerçekleştiği iddia olunan yer ve yerin konumunun da dikkate alınıp, belirtilen suçun gerçekleştirilmesine elverişli bir ortam olup olmadığının da keşif yoluyla tespit edilmesi ve buna göre bir kanaate ulaşılması gerekmektedir.³⁶⁸ Şimdi bu hususları daha detaylı ele alalım.

2.1.1. Sanık ve Mağdur Beyanları

Sanık, söz konusu olay ya da olaylar hakkında doğrudan doğruya bilgi sahibi olması hasebiyle olayı en iyi bilen kişidir.³⁶⁹ Çoğu suçta, mağdurun dahi olaya yönelik doğrudan doğruya bilgisi olmadığından dolayı şüpheli veya sanık beyanlarının mahkemenin vicdani kanaatini oluşturması ve olayın bir an evvel aydınlatılması açısından önemi büyüktür. Elbette ki, her suçta maddi hakikatin ortaya çıkarılması açısından sanığın beyanları çok önemlidir ve fakat “cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen suçlar” ve konumuz olan “cinsel istismar suçu” bakımından bu beyanların önemi daha da artmaktadır.

Belirtmek gerekir ki; sanığın beyanları yargılamada söz konusu olan vakıanın açıklığa kavuşturulması için en önemli delillerden biri olmasına karşın bu şahısların olayları kendi lehlerine yorumlama yahut aktarma ihtimalleri mevcut olduğundan bu şahısların beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir.³⁷⁰ Aynı durum mağdur beyanları için de geçerlidir. Zira, insanoğlu doğası gereği, olaylar karşısında kendisini haklı görme eğilimini haizdir. Bunun yanı sıra mağdurun sanığa, oç alma dürtüsü ile iftira atması yahut hayal gücünü devreye sokarak gerçekleşmemiş bir

³⁶⁸ Y. 5. CD'nin 29.12.2009 Tarih ve 2009/ 11846 E. ve 2009/ 15139 K. sayılı kararı.

Y. 5. CD'nin 22.06.2009 Tarih ve 2009/ 5695 E. ve 2009/ 7892 K. sayılı kararı.

³⁶⁹ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*, s.51. , Kocaoğlu, a.g.e., s. 529.

³⁷⁰ Koca, Mahmut; “Ceza Muhakemesinde Deliller”, in: **Ceza Hukuku Dergisi**, Y:1, S:2, Aralık, 2006, s. 216.

olayı gerçekleşmiş gibi anlatması da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla hukuka uygun kararlar verilmesi adına mağdurun beyanlar irdelenmeli ve çelişkiler tespit edilmelidir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin geliştirdiği ölçütler incelendiğinde; daha önceki dönemlere yönelik olarak iftira atmasını gerektirir herhangi bir husumet ya da sebebin bulunmaması, samimi ve tutarlı olması durumunda mağdurun beyanlarına itibar edilmesi gerektiği görüşünün benimsendiğini görmekteyiz.³⁷¹ Buna karşılık olarak, eğer arada bir husumet söz konusu ise yahut mağdurun beyanları çelişkili ise, yahut durumunu çevresine maruz gösterme fikrinden kaynaklanıyorsa yahut olayı uzun bir müddet gizlemiş ve bu gizleme haklı sebebe dayanmıyorsa, bu durumda Yargıtay, mağdurun beyanlarına itibar edilmemesi gerektiği görüşüne kararlarında yer vermiştir.³⁷² Ancak, Doğan'ın da belirttiği gibi, "sadece suç teşkil eden değil, tüm insan davranışları değerlendirilirken bunun için haklı bir neden aranır. Aslında bu da davranışın günlük hayata uygunluğunu sorgulamanın bir gereği olarak görülür. Ancak insanlar her zaman davranışlarını belirli, mantıklı ve haklı bir nedenle icra etmezler. O güne kadar hiç yapmadıkları bir davranışı bir anda gerçekleştirmiş olabilirler. Bu nedenle Yargıtay'ın bu yorumunu genele yaymaması, genel geçer bir doğru gibi yorumlamaması gerekir."³⁷³

Cezalandırma açısından şunu söylemek gerekir ki; şayet mağdurun beyanı dışında başkaca bir delil ya da belirti yok ise ve sanık da mağdurun iddialarını

³⁷¹ Y.5. CD'nin 15.03.2010 Tarih ve 2006/2668 E. ve 2010/ 2093 K. sayılı kararı.

Y. 5. CD'nin 26.02.2008 Tarih ve 2005/17518 E. ve 2008/1187 K. sayılı kararı.

³⁷² "... Mağdurenin cinsel istismar eylemlerini hiç kimseye anlatıp şikayetçi olmaması ve olaydan yaklaşık altı ay sonra hamile olduğunun anlaşılması üzerine açıklama yapması gözetildiğinde; suça konu eylemlerin cebir şiddet kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı cinsel istismar eylemlerinin zorla yapıldığı hususunda mağdure ve sanığın çelişkili anlatımları dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşturma uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde TCK'nın 103/4.maddesinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması..." (**Y. 5. CD'nin 22.09.2010 Tarih ve 2010/4905 E. ve 2010/6737 K. sayılı kararı**)

Y. 5. CD'nin 02.03.2011 Tarih ve 2011/448 E. ve 2011/1554 K. sayılı kararı.

"...birbiriyle çelişkili ve kesin bir kanaat vermekten uzak kanıtlara dayanılarak, sanığın 15 yaşını tamamlamamış mağdurelere cinsel istismarda bulunma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup ..." (**YCGK'nın 28.09.2010 Tarih ve 2010/5-109 E. ve 2010/177 K. sayılı kararı**)

³⁷³ Doğan, a.g.e., s. 290.

reddediyor ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da bir kararında³⁷⁴ belirttiği gibi “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” uyarınca ve CMK m.223/2-e’de belirtilen “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” hükmü uyarınca beraat kararı verilmelidir.³⁷⁵ Benzer şekilde, Kocaoğlu’na göre, başka bir delilin bulunmadığı hâllerde yine bu ilke gereğince sadece mağdurun beyanlarına dayanılarak ağırlatıcı nedenler uyarınca cezanın ağırlaştırılması söz konusu olmamalıdır.³⁷⁶

Son husus olarak mağdurun beyanı açısından şu noktaya değinmekte fayda vardır. Mağdur olan çocuk, hayal gücü ile bu suçun oluştuğu beyanında bulunabilir mi ? Kanımızca bu durumda olayın aydınlatılması için, psikolog bilirkişinin “çocuğun entelektüel ya da seksüel düzeyde böyle bir eylemi kurgulamasının ya da düşünmesinin mümkün olup olmadığına dair karar” alınması hem mağdur hem de sanık için isabetli olacaktır.

³⁷⁴cc... amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza yargılamasının en önemli ve evrensel ilkelerinden birisi de öğretici ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince’de “in dubio pro reo” olarak ifade edilen “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilme biçimi konusunda bir şüphe belirmesi hâlinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kesinlikte ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkumiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşa imkan vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; sanığın tüm aşamalarda istikrarlı olarak mağdurun anüsüne ve ağızına cinsel organını sokmadığını sadece cinsel organını mağdurun bacaklarının arasına sürterek boşaldığını savunması, adli tıp raporunda sanığın bu savunmasını doğrular biçimde mağdurun anüs muayenesinde fiili livatanın maddi delilleri olan ekimoz, çatlak, sıyrık ve bunlara ait skatris bulgularına rastlanmadığının belirtilmesi, mağdurun da açıkça sanığın cinsel organını vücuduna soktuğuna ilişkin bir beyanının bulunmaması karşısında, sanığın sabit kabul edilen cinsel istismar eyleminin “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca 5237 sayılı TCK’nın 103/1 .maddesi kapsamında cinsel istismar aşamasında kaldığının kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, isabetsiz bulunan yerel mahkeme direnme hükmünün sanığın eyleminin TCK’nın 103/1.maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden TCK’nın 103/2.maddesi uyarınca çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir... ” (YCGK’nın 15.09.2015 Tarih ve 2014/824 E. ve 2015/276 K. sayılı kararı), www.kararara.com Erişim Tarihi: 20.08.2018.

³⁷⁵ Kocaoğlu, a.g.e., s. 510.

³⁷⁶ Kocaoğlu, a.g.e., s. 510.

2.1.2. Tanık Beyanı

“Tanık” dediğimiz şahıs, mahkeme karşısında, beş duyu organı vasıtasıyla olay hakkında sahip olduğu bilgi veya bilgileri anlatan şahıstır.³⁷⁷ Burada “beş duyu” ifadesi ile kastedilen şey, tanığın somut olaya yönelik bilgilerini duyu organlarından en az biri vasıtası ile edinmiş olmasıdır.³⁷⁸

Belirtilmesi gerekir ki; “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” cinsel içerikli fiillerin mahrem doğası gereğince çoğu zaman tanıklığın gerçekleştirilmesine uygun suçlar değildir. Elbette ki istisnalar sözkonusu olabilmektedir. Örneğin; bir çiftin fantezileri için cinsel birleşmelerini bir başkasının izlemesine izin vermesi durumunda bu izleyen kişi dışında tanıklık durumu sözkonusu olmayacaktır.³⁷⁹ Fakat, kamuya açık olan ortamlarda meydana gelmiş olan “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”da veya CMK m.2/j’de düzenlenmiş olan suçüstü hâlleri gibi failin henüz işlenmiş fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören ya da başkaları tarafından takip edilerek yakalandığı vb. hâllerde tanıklık söz konusu olabilecektir.³⁸⁰

Peki, tanıkların beyanları arasında sayısal olarak bir farklılık var ise yargılama makamı kime üstünlük verecektir ? Yani, sayısal üstünlük, hakimin kararını doğrudan etkilemeye yetecek midir ? Böyle bir durum söz konusu olmamak ile birlikte, bu durumda doğrudan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine gidilmesi de pek doğru olmayacaktır. Çünkü Doğan’ın da belirttiği gibi, bu ilke bir delil değerlendirme amacı değil; hüküm verme kuralıdır.³⁸¹ Bu durumda hakimin yapması gereken şey, mevcut olan çelişkiyi tanıklara yeni sorular yönelterek yahut mevcut olan diğer deliller ile beraber değerlendirmek suretiyle gidermesidir. Bunun yanında, tanığın kim olduğu, sanıkla ilişkisi, tanıklık esnasındaki psikolojik durumu, hâl ve hareketleri, tepkileri, ifadelerinin birbirleriyle mantıksal örtüşümü gibi hususlar

³⁷⁷ Değirmenci, Olgun; “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, in: **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: 83., Y:2009, s.76-77. ,

³⁷⁸ Feyzioğlu, Metin; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara, U-SA Yayınları, 1996, s. 77.

³⁷⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s. 527.

³⁸⁰ Kocaoğlu, a.g.e., s. 527.

³⁸¹ Doğan, a.g.e., s. 282.

dikkate alınabilir.³⁸² Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında belirttiği gibi, eğer, hakimin bütün çabasına rağmen “tanık anlatımlarından biri diğerine üstün tutulamıyor ve aralarındaki çelişki diğer deliller aracılığıyla da giderilemiyorsa kuşkudan sanığın yararlandırılması gerekir.”³⁸³

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, tanıktan istifade etmenin mümkün olup olmadığını somut olaya göre yetkili mercii belirleyecektir.

2.1.3. Belgeler ve Belirtiler

Belgenin kapsam itibari ile beyandan daha güvenilir ve daha sağlam bir delil olduğu söylenebilir. Çünkü belge, çoğu zaman olay esnasında yapıldığından hata ihtimali beyana nazaran daha azdır. Bu sebeple, sahte olmayan belgeler, muhakeme sırasında büyük önem taşımaktadırlar.

Ses ve görüntü kayıtları şayet hukuka uygun elde edilmiş ve herhangi bir tahrifata uğramamış ise bu durumda “cinsel istismar” suçunun aydınlatılması yönünde etkili olacaktır. Hakim, ses ve görüntü kayıtlarının orijinalliklerinden kuşku duyuyorsa bu takdirde bilirkişiye başvuracak ve teknik inceleme yaptırma yoluna gidecektir. Bu inceleme sonucunda kaydın güvenilirliği herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek düzeyde sağlanmışsa delil olarak kullanılabilir; aksi takdirde kullanılamayacaktır.

İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere “belirti” denmektedir.³⁸⁴ Bir başka ifade ile “belirti”; ispat edilmeye muhtaç vakıadan geriye kalmış olan tüm iz ve eserlerdir.³⁸⁵ Olay mahallinde bulunan, ayak izi, saç teli, kan, tükürük, kıl, meni, elbise parçası, fren izi, kovan birer “belirti” olarak nitelendirilip, teknolojik yardım ve uzman kişilerin görüşü ile “cinsel

³⁸² Fezyioğlu, a.g.e., s. 378.

³⁸³ YCGK'nın 12.12.2000 Tarih ve 2000/1-238 E. ve 2000/249 K. sayılı kararı. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari/ceza-daireleri/ceza-genel-kurulu?pg=52>) Erişim Tarihi : 21.08.2018.

³⁸⁴ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, s.93.

³⁸⁵ Akgül Altıkat, Meliha; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2014, s. 11.

dokunulmazlığa karşı suçlar”ın ve dolayısı ile “cinsel istismar” suçunun aydınlatılması açısından son derece önemli hâle gelmektedir. Örnek verecek olursak, olay yerinde bulunmuş olan kan, tükürük, meni, kıl örnekleri DNA analizine tabi tutulduğunda cinsel istismarın aydınlatılması hususunda mühim bir delile dönüşebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki; vicdani delil sisteminde, hukuka ve akla, mantığa uygun ve bunun yanında olayı temsil etme, olay ile ilişkili olma gibi özellikleri haiz olmak koşuluyla “belirti” de ispat araçlarından biridir ve tıpkı diğer deliller gibi hakim tarafından olayın aydınlatılması için değerlendirilecektir. Çünkü, vicdani delil sisteminde, soyut olarak her delil eş değerdedir yani bir diğer ifade ile deliller arasında bir delil hiyerarşisi bulunmamaktadır.³⁸⁶ Mühim olan, delilin hukuka ve mantığa uygunluğu, olayın aydınlatılması yolunda ne kadar etkili olduğu ve ne derece sağlam olduğudur. Bu özellikleri haiz olan “belirti”nin, yargılamaya konu olan vakıda temsil gücünden dolayı bazı durumlarda belge ve beyan delillerinden daha önemli olduğu durumlar olabilir. Örneğin; cinsel istismar suçunun aydınlatılması bakımından, maktulün tırnakları arasında bulunan maddelerin genetik incelemeye tabi tutulması neticesinde bunların sanığa ait olduğunun belirlenmesi, sanığın yüzünde ise birtakım çiziklere rastlanması hâlinde, somut olayın sanık aleyhine ispatlanması söz konusu olabilecektir. Bir diğer ifade ile, kriminalistik biliminin verilerine göre değerlendirilecek olan “belirti”ler, son tahlilde bilimsel veriler olarak ortaya çıkmaktadır ve bu sebeple ispat güçleri oldukça yüksektir.³⁸⁷ Nitekim, Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir.³⁸⁸

³⁸⁶ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, s. 97.

³⁸⁷ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, s. 97-98.

³⁸⁸ “... Mağdurenin aşamalarda özde değişmeyen samimi anlatımları, Ankara Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi’nin 01.09.2005 tarihli raporunda mağdureye ait iç çamaşırında ve sweat t-shirt üzerindeki lekelerde bulunan DNA profilinin sanığa ait DNA profili ile uyum sağladığının belirtilmesi, tanıklar Ömer Kaya ve Cennet Kaya’nın beyanları ve dosya içeriği karşısında, sanığın cebir kullanmak suretiyle cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işlediği anlaşıldığı hâlde mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır...” (**Y. 14. CD’nin 06.02.2012 Tarih ve 2011/4539 E. ve 2012/830 K. sayılı kararı**), Y. 14.CD.’nin 21.11.2012 Tarih ve 2011/5385 E. ve 2012/11722 K. sayılı kararı.

2.1.4. Dijital Delillerin Delil Değeri

Dijital delil; adli bilişimde araç olarak kullanılan, herhangi bir şekilde depolanan, oluşturulan, değişikliğe uğrayan, silinen geri getirilen, deformasyona uğrayan siber alanda (dijital ortamda) varlığı bulunan veri niteliğindeki bilgilerdir.³⁸⁹ Bu tanımda yer alan veri; aslında sayılardan oluşan ve çeşitli şekillerde siber ortamda oluşan/ oluşturulan metin, ses, şekil, resim, video ya da benzerleridir.³⁹⁰

Dijital delil olarak elektronik aygıtlardan elde edilebilecek ve delil oluşturabilecek bulgular şunlar olabilir: video görüntüleri, fotoğraflar, yazı dosyaları (word, excel, vb.), çeşitli bilgisayar programları, iletişim kayıtları (SMS,MSN, messenger, whatsapp, vb.), gizli ve şifreli dosyalar/klasörler, bu türden olup silinmiş dosyalar/klasörler. Bu dijital deliller, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”da ve dolayısı ile “cinsel istismar” suçunda delil olarak kullanılabilir.

2.1.5. Yalan Dedektörü ile İlgili Değerlendirme

“Cinsellik” çoğunlukla mahrem bir şekilde yaşanmakta olan bir kavram olduğu için, “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen” suçlar ve özellikle de “cinsel istismar” suçu da bu şekilde işlenir ve bu durum da ispat hususu açısından oldukça önemli bir sorunsal hâline gelmektedir.

Kanada, ABD vb. Anglo-Sakson kökenli ülkelerin büyük bir çoğunluğunda “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”da mağdur ve sanık beyanlarının doğruluğunu teyit edebilmek amacı ile yaklaşık 50 yıldır “yalan dedektörü/poligraf monitörü” kullanılmakta olduğu ve poligraf kullanımının şahısların ifadesinin doğruluğunu tespit etmekte oldukça başarılı olduğu ifade edilmektedir.³⁹¹

Yalan dedektörleri/ yalan makinaları; şüpheli ya da sanığın sorulara cevap verirken kan basıncı, nefes alma ve kalp atışı gibi fizyolojik belirtilerindeki anormal

³⁸⁹ Özkan, Halid; “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi:15, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 266.

³⁹⁰ Özkan; a.g.e., s. 266.

³⁹¹ Kocaoğlu, a.g.e., s. 561.

dalgalanmaları ölçerek ve kaydederek cinsel suça dair faildeki inkar duvarını aşmayı sağlayabilir.³⁹² Kocaoğlu'nun görüşüne göre, ülkemizde de cinsel suçların aydınlatılması ve ispat hususunun daha içinden çıkılabilir bir hâle gelmesi açısından yalan dedektörleri kullanılmalıdır. Kanaatimizce, yalan makinelerinin kullanımı ispat açısından kolaylık sağlamaya yönelik olsa da bazı durumlarda olayları daha da karmaşık hâle getirebilecektir. Zira, insanların olaylar karşısında verecekleri tepkiler tıpkı parmak izleri gibi birbirinden farklılık gösterir. Örneğin; cinsel istismar suçu ile suçlanan ve fakat iftiraya uğramış olan şahıslardan birinin kalp atışları normalden daha hızlı atar ve terlemesinde artış görülürken diğer şahıs bu durum karşısında soğukkanlılığını koruyabilir. Bu durumda suç işlememiş kişi hakkında hakkaniyete uygun olmayan kararlar alınabilme ihtimali söz konusu olabilecektir. Bir diğer açıdan; cinsel istismar suçunu işlemiş ve fakat kalp atışlarını ve nefes alış verişlerini çeşitli nefes egzersizleri ile kontrol etmesini öğrenmiş bir şahısta yalan makinesi işlevsiz hâle gelecek ve yine hakkaniyete aykırı sonuçlar çıkabilecektir. Dolayısıyla bu makinelerin kesin olarak cinsel suçların ve cinsel istismarın ispatında kesin sonuç elde edeceğini söylemek mümkün olmayacaktır.

2.2. Delillerin Mahkemece Değerlendirilmesi ve Sonuç Çıkarma

Ceza davasına konu olan maddi olayın (suçun) işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği konusunda mahkemenin vicdani kanaate ulaşması için toplanan ve ortaya konulup tartışılan delilleri değerlendirmesi gerekmektedir.³⁹³

Delillerin değerlendirilmesi, yargılamaya konu olayla ilgili bütün deliller toplanıp duruşmada ortaya konulduktan ve tartışıldıktan sonra hakimin, hükümde göstermek zorunda olduğu tüm konular hakkında mevcut delillerden yola çıkarak bir oluş ve sonuç çıkarmaya yönelik yaptığı zihinsel bir faaliyettir.³⁹⁴ Yargılamayı gerçekleştiren hakimin en önemli görevlerinden biri, hatta belki de en önemlisi, elde edilen delilleri herhangi bir tahmin yahut önyargıya dayanmadan objektif bir biçimde değerlendirmektir. Bu uğurda, hakimin izlediği yol, akılcı ve ikna edici temellere

³⁹² Kocaoğlu, a.g.e., s. 562.

³⁹³ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, s. 267.

³⁹⁴ Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, s. 267.

dayanmalıdır. Yargılama esnasında Yargıtay'ın da kararında³⁹⁵ belirttiği gibi “doğrudan doğruyalık”, “yüz yüzelik” ve “sözlülük” ilkeleri gözetilmelidir.³⁹⁶ İddia ve savunma süjelerinin dava konusuna dair açıklamaları detaylı bir biçimde ele alınmalı³⁹⁷ ve çelişkilerin irdelenmesi yoluna gidilmelidir.³⁹⁸

“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” ve dolayısı ile “cinsel istismar” suçunda maddi gerçekliği ortaya çıkarabilmek ve hem sanık olarak nitelendirilen kişiyi özgürlüğünden boş yere alıkoymamak hem de gerçekten mağdur olan çocuğu yeniden mağdur etmemek adına tarafların beyanları son derece dikkatli bir şekilde incelenmelidir. Bu durumda tarafların talepleri de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi takdirde, bu taleplerin karşılanmayıp çelişkilerin giderilmemesi hâlinde savunma hakkının kısıtlanması ve eksik soruşturma durumları söz konusu olacağından bozma nedeni oluşacaktır.³⁹⁹ Ayrıca, hakim tarafından değerlendirilmiş olan delillerin hakimde vicdani kanaatin oluşumunda ne ölçüde etkili olduğu, usulünce yazılmış bir gerekçe ile karar metninde değerlendirilmelidir. Aksi takdirde, CMK m. 289/g'ye göre “hukuka kesin aykırılık hâli” söz konusu olacağından mütevellit Yargıtay için bozma nedeni olacaktır.

Tartışılması gereken bir husus vardır ki; bu da, soruşturmadaki ifadesini daha sonra değiştiren mağdurun ya da tanığın beyanının sanık aleyhine yorumlanıp yorumlanmayacağıdır. Bu noktada somut olaya göre objektif ve önyargıdan uzak bir biçimde hareket edilmesi gerekmektedir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde birbirinden farklı ve çelişkili ifadelerde bulunan mağdurun ya da tanığın beyanı iyi değerlendirmeli ve bu değişimin sebebi hakim tarafından gözlenmeye çalışılmalıdır. Bu değişimin sebebinin sanık yahut onun yakınları tarafından gelen bir tehditten

³⁹⁵ “... Cinsel istismar suçundan yapılan yargılamada, soruşturma aşamasında dinlenen mağdurelerin anlatımlarına dair tutanakların duruşmada okunarak, taraflardan diyecekleri sorulmadan hüküm kurulması suretiyle, yargılamanın doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik ve sözlülük ilkelerine aykırı davranıldığı anlaşıldığından, yerel mahkeme direnme hükmü bu yönden de yerinde değildir...” **(YCGK'nun 14.02.2012 Tarih ve 2011/5-341 E. ve 2012/33 K. sayılı kararı)**

³⁹⁶ Kocaoğlu, a.g.e., s. 503.

³⁹⁷ “... mağdurun ifadesi tutanağa geçirilmeye başlanmadan sorulan sorulara verdiği yanıtlarda çekinik, çelişkili anlatımlarda bulunduğu, sanığın evinde cinsel istismar meydana gelmediğini iki kez cinsel istismara uğradığını ve her ikisinin de otobüste meydana geldiğini ifade ettiği, önceki ifadelerindeki meydana geldiğini ifade ettiği ifadelerindeki çelişkiler sebebiyle kendisine sorular sorulduğunda sorulan soruları tam ve açık olarak yanıtlamadığı gözlemlendi...” **(Y. 14.CD'nin 02.05.2012 Tarih ve 2012/2159 E. ve 2012/4993 K. sayılı kararı)**

³⁹⁸ Y. 14.CD'nin 27.04.2012 Tarih ve 2012/2746 E. ve 2012/4861 sayılı kararı.

³⁹⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s. 506.

dolayı olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bu çelişki şayet bir mantık çerçevesinde giderilememişse bu durumda izlenmesi gereken yol sanığı cezalandırmak değil; “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince beraatine karar verilmesidir. Zira, mahkeme her türlü şüpheden uzak bir biçimde karar vermelidir.⁴⁰⁰



⁴⁰⁰ Kocaoğlu, a.g.e., s. 508.

SONUÇ

Çocuklar, toplumun temel yapısını oluşturan varlıklardır. Gerek onlara verilmesi gereken önemi anımsatmak gerekse her daim güncel olan bu konuya dikkat çekmek için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda altıncı bölümde düzenlenmiş olan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında 103.maddede yer alan “Çocukların Cinsel İstismarı” suçu üzerinde çalışmak istedik.

Tarihe baktığımızda geçmişten bugüne kadar tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çocukların cinsel yönden istismar edildiğini görmekteyiz. Çocukların cinsel istismarı özellikle 18.yüzyılın sonlarına doğru önemsenmeye başlanmakla birlikte Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile yapılan düzenlemelerle bu husus daha fazla önemsenmeye başlanmıştır. Son zamanlarda çocuk cinsel istismarının artma sebebi ise teknolojik gelişmeler olmuştur. İnternet kullanımının tüm dünyada yaygınlaşması ile birlikte, çocuk pornografisinde de bir artış olduğu aşikârdır. Bu durumla mücadele edebilmek için ise BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Olarak Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyarî Protokol düzenlenmiştir.

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve bu sözleşmeye ek olarak düzenlenen protokole dünyada birçok ülke taraf olduğu gibi Türkiye de taraf olmuş ve bu minvalde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gerekli düzenlemeleri yaparak “çocukların cinsel istismarı” eylemini 103.maddede ayrı bir suç olarak hüküm altına almıştır. Bu, önemli bir adım olmakla birlikte, mevzuatta hâlen önemli eksiklikler bulunmaktadır. Birtakım eksiklikler yapılan son değişiklikler ile giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin; cinsel istismar suçunun ağırlatıcı nedenleri arasında, eylemin “üvey baba” tarafından işlenmesi durumu öngörülürken “üvey anne” kavramı öngörülmemiş ve fakat son düzenleme ile birlikte “üvey anne” ve “üvey kardeş” kavramları da maddeye eklenerek tartışma konusu olan bu eksiklik giderilmiştir. Bir diğer tartışma konusu ise, “suç sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının

bozulması” kavramının madde metninden çıkarılması hususu idi. Bu durumun tespiti çok zor ve zaman alıcı olmakla birlikte her bir mağdura göre ayrı ayrı yapılması gerekmekte idi. Ayrıca bu tespitin yapılması, zaten yeteri kadar vahim bir durum olan istismar eyleminin mağdur olan çocuğa defalarca yaşatılması suretiyle onun defalarca mağdur edilip hayata tutunmasının zorlaştırılması anlamına geliyordu. Kaldı ki, bu eylem sonucunda bir çocuğun ruh sağlığının bozulmadığını söyleyebilmek pek de mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle 6545 sayılı Yasa ile TCK m.103/6’da yer alan “suç sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır.

Doktrinde; TCK m.102’de yer alan “Cinsel Saldırı” suçunun ağırlatıcı nedenlerinden olan “suçun silahla işlenmesi” hâlinin TCK m.103’te yer alan “Çocukların Cinsel İstismarı” suçu bakımından öngörülmemiş olması tartışma konusu olmuştur. Kanımızca bu eksikliğin yeni bir düzenleme ile giderilmesi gerekmektedir. Bir diğer tartışma konusu ise, “ensest ilişki”lerdir. Kanımızca, TCK m.103 ile korunmak istenen hukukî menfaatin tam anlamıyla sağlanması açısından bu durumun İngiltere’de olduğu gibi ayrı bir maddede düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında kanımızca “çocuk pornografisi”, “çocuk fuhuşu” ve “çocuk evlilikleri” eylemlerinin de çocukların daha iyi korunmasını sağlamak için ayrı bir maddede düzenlenmesi gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun yaptırımı olarak “idam cezası”nın öngörülmesi sürekli bir tartışma konusu olmuştur. Cezaların uygulanma sebebi, “caydırma” ve “önleme”dir. Ancak yapılan çalışmalar, idam cezasının uygulandığı ülkelerde cinsel istismar suçunda bir azalma olmadığını dolayısıyla bu cezanın herhangi bir caydırıcı ya da önleyici etkisinin olmadığını göstermektedir. Cesare Beccaria, idam cezasının ne derece etkili olup olmadığını sorgulayan bir düşündürdü. “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinde de belirttiği gibi; mühim olan cezaların ağırlığı değil; ne derece uygulandığıdır. Yine onun belirttiği gibi, aflar, cezaların mutlaka uygulanacağı hususundaki kanaati yok etmekle birlikte suç işleme oranının düşmemesine sebebiyet verir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, idam cezası en ilkel ve en ağır cezalardan biri olmakla birlikte, eğer önleyici etkiye sahip olsaydı bu cezanın

uygulandığı ülkelerde, cinsel istismar suçunun hemen hemen hiç işlenmiyor olması gerekmekte idi.

Bir diğer açıdan, cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen suçların ve dolayısı ile de çocukların cinsel istismarı suçunun ispatı hususu uygulamada birtakım sorunlara yol açabilmektedir. “Cinsellik” başlı başına mahrem bir kavram olarak addedildiğinden dolayı ispatı da pek kolay olmayacaktır. Bu durumda, örneğin, mağdurun bedenindeki ekimozlar, faile ait spermeler, vs. önemli olacaktır. Maddi hakikatin ortaya çıkarılması amacıyla, failin, mağdurun, tanıkların beyanları, hekim raporları, ses ve görüntü kayıtları gibi ispat araçları ile mahkeme bir kanaate ulaşacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, salt mağdur olan çocuğu korumak amacıyla, ortada fail aleyhine bir delil yok iken suçu işlediği sabit olmayan bir şahsı cezalandırmak hakkaniyet kuralları ile bağdaşmayacaktır. Bu minvalde, adaletin terazisinin dengesi sağlam bir şekilde yapılmalıdır.

Sonuç olarak, çocuklar toplumların temel taşlarını oluşturmaktadır. Onları cinsel istismar dahil her türlü istismardan korumak adına iktidarlar, sivil toplum kuruluşları, hekimler, öğretmenler, aileler ellerinden geleni yapmalıdırlar. Temel eğitim ailede başlar ve sağlıklı nesillerin yetiştirilmesi verilen düzgün eğitimler ile olur. Ebeveynler çocuklarını çekirdekten yetiştirmeli ve onlara, karşı cinse nasıl davranıp nasıl davranmayacağını göstermelidirler. Toplumlarda kadın – erkek eşitliğinin yanı sıra en başta insan haklarına saygılı olmaları ve bunun yanında bireylerin birbirlerinin gerek vücut bütünlüğüne gerekse cinsel dokunulmazlıklarına saygılı olmaları çocuklara aşılmalıdır. Ayrıca, aile içinde meydana gelen cinsel istismar durumlarına göz yumulmamalı ve olay derhal yargıya taşınmalıdır. İktidarlar ve sivil toplum kuruluşları da günümüz teknolojilerinden (internet, medya, vb.) faydalanmak suretiyle çocukların cinsel istismarına dikkat çekmeli ve bunu önlemek için ellerinden geleni yapmalıdırlar. Yargılama aşamasında ise çocuğun daha fazla mağdur edilmemesi açısından çocuğun ruh sağlığı göz önünde bulundurularak uzman kişilerden yardım alınması ve çocuğun mağduriyetinin giderilmeye çalışılması gerekmektedir. Çocuklar, “aydınlık gelecek” demektir. Onları cinsel istismar dahil her türlü istismardan korumak ve bu eylemler ile mücadele etmek hepimizin görevidir.

KAYNAKÇA

AKARSLAN, Mediha, (1998), *Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı*, İstanbul: Alfa Yayınları.

AKBULUT, Berrin, (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

ALPARSLAN, Ahmet Hamdi, (2014), “Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar”, **Kocatepe Tıp Dergisi**, Yıl: 2014, S: 15(2) , s. 194 – 201.

AKÇİN, İhsan,(2006), “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak – Nisan 2006, s.99 – 144.

AKGÜL ALTIKAT, Meliha, (2014), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta.

AKYÜZ, Emine, (2015), *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara: Pegem Akademi.

ARSLAN, Çetin; AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, (2004), *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

ARSLANTÜRK, Mustafa, (2016), *Türk Ceza Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner, (2012), *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Ankara: Turhan Yayınevi.

ARTUÇ, Mustafa, (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınları.

AVCI, Mustafa, (2004), *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul: Gökkubbe Yayınları.

AYDIN, Öykü Didem, (2004), “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, in **TBBD**, Yıl: 2004, S. 53, s. 159.

BAKICI, Sedat, (1994), *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara: Adalet Yayınevi.

BALLI, Dr. Özge, (2010), “Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesine Başvuran Çocuk İstismarı ve İhmali Olgularının Değerlendirilmesi”, Uzmanlık Tezi, Adana.

BALO, Yusuf Solmaz, (2009), *Uluslararası İlişkiler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BAŞBAKKAL, Zümrüt; BAYSAN, Leyla, (2004), “Çocuk İstismarı ve İhmali Konusuna İlişkin Polislerin Bilgi Düzeylerinin ve Düşüncelerinin İncelenmesi”, Çocuk Forumu, 2004 Mayıs-Ağustos, s. 66.

BAYTEMİR, Erdal, (2009), *Açıklamalı – İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi.

BİRTEK, Fatih, (2016), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınevi.

CENTEL, Tankut, (1982), *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul.

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; YENERER ÇAKMUT, Özlem; (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları.

CİN, Halil; AKGÜNDÜZ, Ahmet; (1990), *Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. 2*, İstanbul.

ÇANAKÇI, Erdal, (1995), “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Medeni Hak ve Özgürlükler Bölümünün İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri**, İstanbul, s. 19.

ÇALIŞKAN, Suat, (2013), *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi.

ÇEKER, Orhan, (1997), *İslâm Hukukunda Çocuk*, İstanbul: Kayıhan Yayınları.

ÇETİN, Gürsel, (2004), “Çocuk İstismarı ve İhmali”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, İstanbul: Ufuk Matbaası.

ÇÖLOĞLU, Sedat, (1993), *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul.

DEĞİRMENCİ, Olgun, (2009), “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **in: Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: 83., Y:2009, s.76-77.

DEMİRBAŞ, Timur, (2016), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

DEMİRBAŞ, Timur, (2012), *Kriminoloji*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DOĞAN, Koray, (2018), *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi (in dubio pro reo)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DÖNMEZER, Sulhi, (1975), *Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

DÖNMEZER, Sulhi, (1950), *Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

DÖNMEZER, Sulhi, (1983), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

DURSUN, Selman, (2003), “Mağdurun Suça Yol Açması”, **in: İÜHFİM**, Y: 2003, C: LXI, S: 1-2, s. 20-21.

DÜLGER, İbrahim, (2000), “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, **in: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y: 2000, S:6, s. 82 – 104.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, (2010), “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D. , Doktora Tezi, Ankara.

EVİK, Ali Hakan, (1998), “Çocuk Suçlarının Yargılanması ve Yaptırımların Uygulanması Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.4.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, (2014), *Çocuk Hakları Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

FEYZİOĞLU, Metin, (1996), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara: U-SA Yayınları.

GEDİK, Doğan, (2018), *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, Ankara: Adalet Yayınevi.

GEDİK, Doğan, (2004), “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, **in: Yargıtay Dergisi**, S:3, Temmuz 2004, s. 297 – 326.

Gerekçeli Ceza Kanunu Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2004.

GÜVEN, Gülşah, (2014), “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikaları”, **in: İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, S: 3, Y: 2014, s. 405.

HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem, (2013), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: US-A Yayıncılık.

HAKERİ, Hakan, (2011), *Ceza Hukuku*, 12.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

HOROZGİL, Denizhan, (2011), “Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli”, **in: TBB Dergisi**, Yıl: 2011, S.93, s.108-146.

IRMAK YILMAZ, Türkan, (2008),“Çocuk İstismarı ve İhmalinin Yaygınlığı ve Dayanıklılıkla İlişkili Faktörler”, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Psikoloji A.B.D.,Doktora Tezi, İzmir.

İÇEL, Kayıhan, (2016), *İçel Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

KAĞITÇIBAŞI, Çiğdem, (1996), *İnsan, Aile, Kültür*, İstanbul: Remzi Kitabevi.

KARTAL MEMİŞ, Pınar, (2014), *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları.

KARTAL MEMİŞ, Pınar; (2010),“Türk Ceza Hukuku'nda Cebir Suçu”, **in: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Köksal Bayraktar Armağanı, s.1035-1049.

KAŞIKÇI, Osman, (1997), *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul .

KEÇELİOĞLU, Elvan, (2010), “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **in: TBB Dergisi**, S: 87, Mart-Nisan, 2010, s. 302.

KESSLER, Richard, (1884), *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin.

KIR, Ebru, (2013),“Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları”, **in: İÜHFİM**, Y: 2013, C. LXXI, S.1, s. 785 – 800.

KOCA, Mahmut, (2012), “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, **in: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, Ocak – Haziran, 2012, s.113 – 127.

KOCA, Mahmut, (2006), “Ceza Muhakemesinde Deliller”, **in:Ceza Hukuku Dergisi**, Y:1, S:2, Aralık, 2006.

KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, (2016), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, (2017),*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

KOCAOĞLU, S. Sinan, (2016), *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK.m.102-105)*, Ankara: Yetkin Yayınları.

KORKUSUZ, İrfan; GÜLTEKİN AKDUMAN, Gülümser ; AYTAÇ, Önder; AKİF, Mehmet, (2006), “Çocuk İhmal-i İstismarı ve Polis”, **in: Adli Psikiyatri Dergisi**, Cilt 3, Sayı: 3-4, Temmuz-Ekim 2006, s. 15.

KÖSE ŞAHİN, Behiye, (2009),“Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı”,Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, Konya.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, (2013),“Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”,in: **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: II, Sayı 121, Ocak 2013, sh.. 3 – 20.

MALKOÇ, İsmail, (2005),*Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*,Ankara: Malkoç Kitabevi.

MARKUS, Jochen, (1995), *Die Einwilligungsfähigkeit im amerikanischen Recht- Mit einem einleitenden Überblick über den deutschen Diskussionsstand*, Frankfurt am Main.

MERAN, Necati, (2005), *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı) Ankara: Seçkin Yayınları.

MERAN, Necati; (2008), *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar* (2. Baskı) Ankara: Seçkin Yayınları.

OVAOĞLU, Nimet; UÇAN, Özlem; SERİNDAG, Selver, (2007),“Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, in: **Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi**, C: 2, S: 4, Y : 2007, s. 13 – 22.

ÖNDER, Ayhan, (1994),*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.

ÖZEN, Muharrem, (1995),*Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZEN, Muharrem, (1998), *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: US-A Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer, (2008), *TCK İzmir Şerhi : Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZBEK, Veli Özer, (2009), *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, (2016), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZGENÇ, İzzet, (2017),*Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 13. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZGENÇ, İzzet, (2006),*Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Bası, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını.

ÖZKAN, Halid, (2014), “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi:15, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer, (2008), *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

POLAT, Oğuz, (2007), *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı – 1*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, (1994), *Türkçe Sözlük*, Ankara.

SAVAŞÇI, Bilgehan, (2012), *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara: Legal Yayıncılık.

SEROZAN, Rona, (2005), *Çocuk Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitabevi.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, (2005), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, in: **TBB Dergisi**, Sayı: 57, Yıl: 2005, sh. 243-282.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, (2005), “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, in: **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Ceza Hukuku Reformu, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005, s. 280– 302.

SOKULLU AKINCI, Füsün, (2013), “İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları ve Hukuksal Korunmaları”, in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl: 2013, Cilt:19, Sayı: 2, sh. 3-15.

SOYASLAN, Doğan, (2016), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.

SOYASLAN, Doğan, (2014), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10.Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

ŞEN, Ersan, (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1 (m.1-140)*, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

TAN, Mine, (1993), “Çocukluk Dün ve Bugün”, Toplumsal Tarihte Çocuk Sempozyumu, İstanbul 23-24 Nisan 1993, s. 13.

TANER, Fahri Gökçen, (2013), *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TANER, Fahri Gökçen, (2017), *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

T.C. Adalet Bakanlığı İç Denetim Daire Başkanlığı Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 10 Temmuz 2013 Tarih, 2013/03 Rapor No, s. 39.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat, (2016), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TOPAL, Ahmet Hamdi, (2009), *Uluslararası Ceza Yargılamasında Cinsel Suçlar*, İstanbul, XII Levha Yayınları.

TOROSLU, Nevzat; TOROSLU, Haluk, (2018), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi.

TOROSLU, Nevzat, (2018), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi.

TUĞRUL, Ahmet Ceylani, (2013), *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Enstest İlişkiler*, Ankara: Adalet Yayınevi.

UDEH, Abdulkadir, (2012), *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku – Özel Hükümler*, çeviren : ŞAFAK, Ali, Kayıhan Yayınları.

ÜNVER, Yener, (2011), “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, in: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, TCHD Yayınları, s. 217- 243.

ÜZÜLMEZ, İlhan, (2007), “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, in: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1,2, Y. 2007, s. 1183 – 1210.

YALÇIN, Nur, (2011), “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi A.B.D, İstanbul.

YALÇIN SANCAR, Türkan, (2002), “*Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler*”, in: **AÜHFD**, C: 51, S. 3, Y: 2002, sh. 8.

YAŞAR, Osman; GÖKÇAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa, (2010), *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi.

YELDAN, Ali; TANERİ, Gökhan, (2017), *Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut*, Adana: Karahan Kitabevi.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, (2008), *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, Beta Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun; PLAGEMANN, Gottfried, (2009), *15 Mayıs 1971 Tarihli Alman Ceza Kanunu*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

YÖRÜKOĞLU, Atalay, (1992),*Değişen Toplumda Aile ve Çocuk*, 4. Bası, İstanbul.

YURTCAN, Erdener, (2015),*Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 2.Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği.

ZIPF, Heinz, (1970), *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Neuwied und Berlin.

ZİYALAR, Neylan, (1998), “Çocukların Cinsel İstismarından Korunması Bir Eğitim Modeli Önerisi”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Doktora Tezi, s.10.

İnternet Kaynakları

ARTUK, Mehmet Emin – ALŞAHİN, Mehmet Emin; “Sarkıntılık Fiili”, **in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 2016, S: 65/4, s. 3254. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22316.pdf> , Erişim Tarihi : 28.08.2018.

HACIOĞLU, Burhan Caner; Yeni Türk Ceza Kanunu Yasa Tasarısının Çocuk ve Küçük Hukukuna İlişkin Hükümleri, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:II, Sayı:1, s.3-4. (http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/1998_1.pdf.)

ŞARMAN, Ceren; “Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 15-18. (<http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/191/t%C3%BCrk%20ceza%20kanununda%20C3%A7ocuklar%C4%B1n%20cinsel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi : 22.10.2015.

<http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/cinsel-istismar-yasin-buyuk-gostermesi-h172477.html> Erişim Tarihi : 31.08.2018.

<https://www.advaytayoga.com/2015/08/04/cocukluk-cinsel-istismarinin-etkisi/> ; Erişim Tarihi: 15.03.2018.

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona> , Erişim Tarihi : 24.10.2015.

<http://www.bengisemerci.com/cocuk-pornografisi-ve-pedofili/> ,Erişim Tarihi: 15.10.2015.

www.ceza-bb.adalet.gov.tr Erişim Tarihi : 22.02.2017.

<https://docplayer.biz.tr/30742-Turkiye-de-cocuk-istismari-ve-cozum-onerileri.html> Erişim Tarihi : 21.09.2015.

<https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-cagda-unutulma-hakki/365645> ,
Erişim Tarihi: 02.03.2018.

<http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/10/Turkce-Rapor-V2.pdf>
Erişim Tarihi : 25.02.2017.

www.kararara.com, Erişim Tarihi: 20.08.2018.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9ee2e903-8aed-473b-8616-5bf728880d0a?wordsOnly=False> Erişim Tarihi : 31.08.2018.

www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi : 24.04.2016.

<http://www.koruncuk.org/koruncuklar/korunmayamuhtaccocuktanimi> ,
Erişim Tarihi: 20.09.2015.

<http://www.legislation.gov.uk/all?title=sexual%20offences%20>, Erişim
Tarihi: 20.10.2015.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari/ceza-daireleri/ceza-genel-kurulu?pg=52>Erişim Tarihi : 21.08.2018.

<http://mevzuat.meb.gov.tr/html/132.html>, Erişim Tarihi : 20.09.2015.

<http://www.milliyet.com.tr/cocuk-istismari-ve-etkileri-pembenar-yazardetay-aile-1299265/> , Erişim Tarihi : 25.09.2015.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-15.htm>

<https://sozkonusucocuksa.wordpress.com/2015/03/22/cocuk-istismari-ve-ihmali-bir-gozden-gecirme/> , Erişim Tarihi: 02.04.2015.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=%C4%B0ST%C4%B0SMAR. Erişim Tarihi: 21.09.2015.

<http://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=8581>, Erişim Tarihi :
22.06. 2017.

EK - 1

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : SEÇGİN, Damla
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 31.08.1988 / Çankaya
Medeni Hâli : Bekâr
E – Posta : av.damlasecgin@gmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET YILI
Lise	Sokullu Mehmet Paşa Lisesi (YDA)	2006
Lisans	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2011

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2013 - Halen	Ankara Barosu	Serbest Avukat