

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN BASİT ŞEKLİ (TCK m. 103/1)

THE BASIC FORM OF CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE
(TPC article 103/1)

Denizhan HOROZGİL*

Özet: Çalışmanın konusunu Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocuğun cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Bu çerçevede bazı temel kavramlar, suçun hukuki ve maddi konusu, fail ve mağduru, unsurları, ortaya çıkış biçimleri, suç için öngörülen müeyyide ve usul konuları ele alınmıştır. Ayrıca Yargıtay içtihatları göz önünde bulundurularak, tartışmalı noktalara açıklık getirmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: İstismar, çocuğun cinsel istismarı, cinsel saldırı, cinsel davranış.

Abstract: The crime of child sexual abuse prescribed in the 103th article of the Turkish Criminal Code composes of the subject of this study. Within this scope it is analyzed of some essential concepts, the issues, the perpetrators and victims, the structural elements, the emergence forms, the sanctions and procedural issues of crime. Furthermore the controversial issues is tried to explain with a view to the jurisdiction of the Turkish Court of Cassation.

Keywords: Exploitation, child sexual abuse, sexual assault, sexual behavior.

GİRİŞ

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ikinci kitabın (Özel Hükümler) "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmında cinsel saldırı (m. 102), ço-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi ve Adli Yargı hâkim adayı.

cukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104) ve cinsel taciz (m. 105) suçlarını içeren “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” adı altında ayrı bir bölüm düzenlenmiştir. Bu bölümde düzenlenen suçlar bakımından 5237 sayılı TCK, 756 sayılı (mülga) TCK’dan (m. 414, 415, 416, 417, 418, 421) gerek suçların kanun sistematigi içindeki yeri gerek suçun unsurları ve gerekse müeyyideleri bakımından oldukça farklıdır. Bu suçlar mülga ceza kanununda “*Adabi Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler*” babında düzenleniyordu. Yine çocuklara karşı gerçekleştirilen fiiller bağımsız bir başlık altında düzenlenmiyor; mağduru değil, fiili esas alan bir suç tasnifi öngörülüyordu. Aynı zamanda müeyyideler de farklılık arz ediyordu.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda özellikle çocukların korunması büyük önem taşır.¹ Çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü istismarda olduğu gibi cinsel yönden istismarda da verilecek ceza miktarlarının artırılması dışında gerçekçi birtakım önlemler alınmalıdır. Bu nedenle ceza hukukunun olanaklarının yanı sıra psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerden destek alınmalı, bu multi-disipliner çalışmanın veri, uyarı ve önerileri, devletin politika aracında yerini bulabilmelidir.

Bu çalışmada, öğreti ve yargı içtihatları ekseninde, çocukların istismar şekillerinden birisini oluşturan ve ceza kanununda yaptırıma bağlanmış olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli (TCK m. 103/1) bakımından kullanılan bazı temel kavramların anlamı, suçun hukuki ve maddi konusu, faili ve mağduru, maddi ve manevi unsuru incelenmeye çalışılmış, suçun ortaya çıkış biçimleri, müeyyide ve usul konularına değinilerek çalışma sonlandırılmıştır.

¹ Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)’nin 34. maddesi bu hususta taraf devletlere önemli yükümlülükler yüklemektedir. Madde uyarınca, “*Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:*

a) *Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;*

b) *Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması sömürülmesini;*

c) *Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini, önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.*”

I. KAVRAM

İnceleme konumuz olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli, mülga TCK'da düzenlenmiş olan ırza tasaddi² (m. 415 ve m. 416/2) ve (elle) sarkıntılık³ (m. 421) suçlarına karşılık gelmektedir. "Irz" kavramı, doğrudan cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı karşılamamaktadır. Kadın hakları bakışı 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.⁴ Bu açıdan "cinsel istismar" deyiminin kullanılmasının uluslararası terminolojinin kullanılmasından olumlu bir yenilik olduğunu düşünenler olduğu gibi;⁵ bu terminolojinin kullanılmasını, bir suçun adının kural olarak mağdura göre değişmeyeceği, bu suçlar bakımından suçun hukuki konusunun aynı olduğu, ancak gerçekleştirilme biçimi olarak mağduru daha fazla istismar edilmesi

² *Irza tasaddi*, gerek öğretilerde gerekse Yargıtay içtihatlarında, "bir kimsenin cismi üzerinde cinsi ilişkiye varmayacak surette yapılan şehvi nitelikte hareketler" olarak tanımlanmıştır (Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 100; Sedat Bakıcı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yay., Ankara 1994, s. 87; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul 1985, s. 270, 271. Yine bkz. Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) 04.06.1990 tarih ve 5/101-156 sayılı Kararı.

³ *Sarkıntılık* ise, öğretilerde "bir şahsa karşı, onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketleri edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzler" (Dönmezer, *Özel Kısım*, s.190); CGK kararlarında "belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce hareketler" biçiminde tanımlanmıştır (Bkz. CGK'nin, 26.12.1988 tarih ve 287-557 sayılı Kararı). Sarkıntılık suçu, söz atma ile ırza tasaddi suçları arasında yer almaktadır. Söz atma suçundan ileri ancak tasaddi suçu kadar vahim olmayan eylemler bu suçu oluşturmaktadır; örneğin, mağduru izleyip önünü keserek omuz vurmak, telefonla kısa aralıklarla rahatsız etmek, pencere camını tıkrırtıp gel seni öpeyim demek, mağdurenin kilotonu indirip ellemeden cinsel organını seyretmek vb. davranışlar sarkıntılık suçunu oluşturur (Bakıcı, s. 233).

⁴ Öykü Didem Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, s. 10, Erişim Tarihi (E. T.): 01.10.2010; Abbas Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, S. 78, s. 180.

⁵ Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5, s. 281; Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'ndan Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 372, 373.

veya istismar edilmeye müsait olmasından bahsedilebileceği gerekçeleriyle eleştirenler de olmuştur.⁶

“İstismar”, sömürme, kötüye kullanma, yararlanma, işletme anlamına gelmektedir.⁷ Çocuk istismarı ise, en geniş anlamıyla, “belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğa, o kültürde kabul edilme-
yen bir davranış uygulanmasıdır”.⁸ Bu tanımda her ne kadar kültüre atfı yapılmış olsa da, ceza hukuku bakımından kanunda açıkça yer verilen haller dışında kültür, ahlak, örf ve âdet gibi kavramlara başvurularak sonuca varılması olanaksız olduğundan, kültüre yapılan bu atıftan hukuk düzenini anlamak daha yerinde olacaktır.

Dünya Sağlık Örgütü, çocuk istismarını, “çocuğun sağlığını, fiziksel ve sosyal gelişimin olumsuz yönde etkileyen bir yetişkin, toplum veya ülke tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar” biçiminde tanımlamıştır.⁹

Polat’a göre istismar olgusu karşımıza başlıca dört biçimde çıkar: Fiziksel istismar, cinsel istismar, duygusal istismar ve ihmal.¹⁰ Foller’e göre ise cinsel istismar karşımıza 7 farklı şekilde çıkabilir: Temas içermeyen, cinsel dokunma, oral-genital seks, interfemoral ilişki, seksüel penetrasyon, cinsel sömürü (çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu) ve başka istismar türlerini de içeren cinsel istismar.¹¹

İnceleme konumuz ise, çocuğun “cinsel” yönden istismar edilmesidir. Çocuğun cinsel istismarı, psikososyal gelişimini tamamlamamış

⁶ Türkan Yalçın Sancar, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2008, s. 14.

⁷ Esat Şener, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yay., Ankara 2001, s. 378; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2003, s. 326.

Ayrıca bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=istismar&ayn=tam>, E. T.: 01.10.2010.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I: Tanımlar*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 27.

⁹ Nezih Ahmet Kök, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFED)*, 2006, C. X, S. 3-4, s. 3; Yurdağül Erdem, “Çocuğa Yönelik İstismar ve İhmal: Hemşirelik Girişimleri”, *Adli Bilimler Dergisi*, Eylül 2008, S. 3, s. 48, 49.

¹⁰ Polat, s. 27.

¹¹ Polat, s. 95.

bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimülasyon¹² için kullanılması anlamına gelmektedir.¹³

Gerçekten yaş veya içinde bulunduğu durum itibariyle mağdur çocuk, kendisine yöneltilen davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayabilecek durumda olmadığından¹⁴ mağdurun bu durumu istismar edilebilmektedir. İşte bunu öngören kanun koyucu da, on sekiz yaşından büyüklere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından “cinsel saldırı” ifadesini kullanırken, on sekiz yaşından küçükler için “cinsel istismar” ifadesini kullanmış; çocukların cinsel istismarı suçu için cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır müeyyideler öngörmüştür.¹⁵

II. KANUNİ DÜZENLEME

“Çocukların Cinsel İstismarı

Madde 103 - (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

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

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

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./12.mad) Cinsel istismarın üst-soy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yüküm-

¹² Vücutta uyarıcı reaksiyon yaratılması (<http://www.saglikterimleri.com/4995-stimulasyon-nedir.html>, E. T.: 31.10.2010).

¹³ Polat, s. 45.

¹⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yay., Ankara 2006, s. 182.

¹⁵ Sevük, *Cinsel İstismar*, s. 280, 281; Veysel Gültaş / Remzi Gündüz, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar*, Bilge Yay., Ankara 2008, s. 49.

lülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

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

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

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

III. HUKUKİ KONU

Bir suçun ceza kanunu sistematigi içerisinde düzenlendiği yer, bize o suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin, diğer bir deyişle suçun hukuki konusunun ne olduğu¹⁶ konusunda önemli bir bilgi verir.¹⁷ Bu bakımdan mülga ceza kanununda cinsel suçların düzenlendiği yer göz önüne alındığında korunmak istenen hukuki menfaatin "genel ahlak ve aile düzeni"; yürürlükteki kanunda ise "kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü" olduğunu belirtmek yanlış olmaz.¹⁸

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., Ankara 2003.

¹⁷ Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2005, S. 57, s. 245; Kılıç, s. 183.

¹⁸ A. Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, Eylül 2005, Yıl: 3, S. 33, s. 3285, 3286; Sevik, *Cinsel İstismar*, s. 282; Kılıç, s. 183; İlhan Üzülmöz, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, s. 1, E. T.: 01.10.2010.

Bu tür suçların Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler babında düzenlenmesinin eleştirisi için bkz. Ayşe Nuhoğlu, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul 1997, s. 61,62; Ayşe Nu-

TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümü altında düzenlenen suçların ortak "hukuki konusunun", kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü olduğunu; ortak "ratio legis" in¹⁹ ise, mağdur çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutulması, bu yolla çocuğun engelsiz bir biçimde cinsel gelişimini tamamlamasını sağlayarak cinsel özgürlüğünün korunması olduğunu söylemek gerekir.²⁰ Kanun koyucu bunu sağlayabilmek için mağdur çocuğu hem dışarıya hem de kendisine karşı korumuş, cinsel davranışlara muhatap olmaması için, (ileride değinilecek bir istisna dışında) rızasına dahi itibar etmemiştir.²¹

IV. MADDİ KONU

Bilindiği gibi suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu şahıs veya şeydir.²² Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi konusu ise "çocuk"tur.

V. FAİL

Kanun koyucunun, suçun basit şekli için fail olabilecek kişiler bakımından herhangi bir özellik aramaması nedeniyle, suçun faili kadın veya erkek, ceza hukuku anlamında çocuk (TCK m. 6,b) veya yetişkin herkes olabilir.²³ Yine fail, mağdurla farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir.

hoğlu, "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul 2004, s. 609 vd.

¹⁹ Ratio legis'ten anlaşılması gereken şey, kanun koyucunun belirli bir norm düzenlenirken güttüğü amaçtır (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 148). Normun koruduğu hukuki menfaat ile ratio legis'in karşılaştırması için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 148 vd.

²⁰ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 316; İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2006, C. 32, S. 1-2, s. 107.

²¹ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 237.

²² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2005, s. 93; Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 237.

²³ Veli Özer Özbeke, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Hukukunun Anlamı C. 2, Özel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 627.

VI. MAĞDUR

Suçun mağduru erkek veya kadın ancak bir “çocuk” olabilir. Bu açıdan çocukların cinsel istismarı suçunda suçun mağduru ile maddi konusu örtüşmüştür.

TCK'nın 103. maddesinde, “çocuğu” cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmakta ve “çocuk” deyimini TCK m. 6,b bendinde “henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişi” biçiminde tanımlanmaktadır.²⁴

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 124. maddesi evlenme yaşını 17 olarak belirlediği, hatta olağanüstü durumlarda 16 yaşındaki bir çocuğun da evlenmesine müsaade etmiş olduğu için, bunun bir sonucu olarak eşler arasında da bu suçun işlenebilmesi söz konusu olabilecek midir? Öğretide bu konuda görüş ayrılığı mevcuttur.

*Bir görüşe göre, 16-18 yaş grubu içerisinde yer alan ve evli olan çocuklar bakımından da cinsel istismar suçu söz konusu olabilir.*²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, çocuk kavramının TCK m. 6'da tanımlandığını, TCK m. 5 gereği TMK' da yer alan ve bu konuda farklı anlama gelebilecek hükümlerin de, ceza kanununun genel hükümleri karşısında geçerli olmayacağını belirtmiştir.²⁶

*Diğer görüşe göre ise, evlenmek kişiyi ergin kılar (MK m. 11/2). O halde on sekiz yaşını bitirmemiş ancak evlenmiş bir kimsenin cinsel davranışa maruz kalması halinde fail, erginlere yapılan cinsel saldırıdan (TCK m. 102) sorumlu olacaktır.*²⁷ Zaten 103. madde gerekçesinde de “*erişkinlere karşı fiillerin*” cinsel saldırı, erişkin olmayan ve çocuklara karşı işlenen eylemlerin cinsel istismar olacağı ifade edilmiştir.²⁸

²⁴ BMÇHS'nin 1. maddesinde çocuk şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” .

²⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318; Özbek, s. 628, 629; Akçin, s. 104; Gültaş / Gündüz, s. 53.

²⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

²⁷ Soyaslan, s. 182; İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s. 124; Ş. Cankat Taşkın, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Mart-Nisan 2010, S. 67-68, s. 84, 85.

²⁸ Malkoç, s. 124.

Kanaatimce, öğretilerde öne sürülen ilk görüş ceza hukuku metodolojisine ve ceza muhakemesinden beklenen amaca daha uygundur. Hemen belirtmek gerekir ki, bizi bu sonuca götüren sebep TCK m. 5 hükmü değildir. Zira TMK m. 11/2 (evlenme) ve m. 12 (ergin kılınma) hükümleri ne özel ceza kanununda yer alır ne de ceza içeren kanunlardaki suçlardan sayılabilirler.²⁹ Burada görüşe esas alınması gereken nokta, TCK m. 103 hükmünde suçun mağdurunun açıkça “çocuk” olarak belirtilmiş olması; gerek TCK’nın (m. 6,b) ve gerekse 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK m. 3,a), çocuk deyimini tanımlarken açıkça on sekiz yaş esasına dayanması, bu açıdan çocuğun daha erken yaşta ergin olması esasıyla ilgilenmemiş olmasıdır. TCK m. 6,b hükmünün özel olarak konulması ile amaçlanan da budur. Kanun koyucu aksini düşünüyor olsaydı, çocuk deyiminden ne anlaşılması gerektiğini düzenlememek suretiyle bu sorunun TMK’daki genel hükümlere göre çözülmesinin yolunu açardı.

Gerçekten, mağdurun evlenmeyle ya da mahkeme kararıyla ergin kılınması ve bu duruma medeni muhakemede bazı sonuçların tanınması, ceza muhakemesinde de aynı sonuçların tanınmasını gerektirmez, aksi durum, ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacıyla çelişir.³⁰ Bu nedenlerle örneğin, 16 yaşındaki bir çocuk, mahkeme kararıyla veya evlenmeyle medeni hukuk bakımından 18 yaşında sayılmışsa, ırza geçme suçunun faili olmak bakımından nasıl 18 yaşında sayılamayacaksa, mağduru olmak bakımından da sayılamamalıdır.³¹

Yine, bir kimse evlenmeyle ya da mahkeme kararıyla ergin olsa bile, “*evlenmekle eşin cinsel özgürlüğünü diğer eşe terk ettiği gibi bir sonuç da çıkarılamayacağı için*”,³² bu kimse on sekiz yaşından küçük ise, eşi

²⁹ Taşkın, s. 85.

³⁰ Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFHD)*, Ankara 2002, C. 51, S. 3, s. 8.

³¹ Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 8.

³² Tezcan / Erdem / Önok, s. 318; Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 5. Bu noktada mülga TCK uygulamasına göz atmak gerekir. Gerçekten bu kanunun uygulandığı dönemde, karının evlenmekle cinsel özgürlüğünü kocaya devrettiği anlayışını yansıtan, bu nedenle kocanın kariya karşı olağan yolla cinsel ilişki için zorla ırza geçme fiilini işlemesi halinde bu suçun oluşmayacağı, anormal yollardan cinsel ilişki için zorla ırza geçme fiilini işlemesi halinde ise sadece fena muamele suçunun oluşacağı yönünde görüşler mevcuttu (Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 59 vd.;

tarafından ona karşı gerçekleştirilen ve kanun hükmünce yasaklanan cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturabileceğinin kabulü gerekir.

Bu durumda eşler arasında cinsel saldırı suçundan farklı olarak, eşler arasındaki cinsel istismar suçu şikâyete tabi olmayacak, soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır.

Yine çocukların cinsel istismarı suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir; ölü kimselere karşı işlenmesi halinde diğer unsurların da oluşması koşuluyla TCK m. 130' da hükme bağlanan "*Kişinin Hatırasına Hakaret*" suçunun oluşabileceğini düşünmek gerekir.³³

Kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için mağdurun yaşı bakımından 0-15 ve 15-18 olmak üzere ikili; 15-18 yaş grubundaki çocuklar bakımından da kendi içinde yine ikili bir ayrıma gitmiştir. Aslında bu tür suçların mağduru olan küçükler hakkındaki yaş kategorizasyonunun, cezai ehliyetteki yaş gruplarına uygun olması (0-12, 12-15, 15-18; TCK m. 31), diğer bir deyişle küçüklerin bir suçun faili olmaları bakımından nasıl bir sistem öngörülmüşse, belli suçların özellikle de cinsel dokunulmazlığı ihlal eden suçlarının mağduru olmaları bakımından da aynı sistemin benimsenmesi daha doğru olurdu.³⁴ TCK m. 103'e bakıldığında ise çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru:

(1) *Henüz 15 yaşını tamamlamamış her çocuk (m. 103/1,a),*

Bakıcı, s. 23). Hatta Yargıtay, kendi uygulamasında bizzat bu anlayışa yol açacak kararlar vermektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, "*Kocanın karısına livata filini yapması karı koca cinsi ihtiyacın tatmini hususundaki muvazeneği ihlal eden ve kadınlık gurur ve haysiyetini kıran bu gayri tabii hal Ceza Kanununun 478. maddesinde yazılı kadına karşı fena muamele teşkil eder*" (Bkz. 2. Ceza Dairesi'nin (CD) 16.5.1946 tarih ve 4263/4823 sayılı Kararı; 4. CD'nin 19.12.1990 tarih ve 5557/7044 sayılı Kararı).

Böylece "evlilik" her türlü cinsel suç bakımından bir hukuka uygunluk deneni haline getirilmiş olmaktadır (Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 6). Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararının (4. CD'nin 19.12.1990 tarih ve 5557/7044 sayılı Kararı) Sami Selçuk tarafından yazılan karşı oy yazında da bu hususa değinilmektedir: "*Evliliğin doğal sonucu olağan cinsel ilişkidir. Evlilik zorla ırza geçme suçunun hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldırmaz. Cinsel ilişkiye razı olunmaması halinde diğer eşin sadece ayrılmaya ya da boşanmayı istemeye hakkı vardır... Zorla işlenen olağan cinsel ilişki ise zorla ırza geçme suçunu teşkil eder*" (Bakıcı, s. 9).

³³ Akçin, s. 104; Kılıç, s. 185.

³⁴ Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 3; Sancar, *Çocuk İstismarı*, s. 14; Aydın, s. 14.

(2) 15–18 yaş grubunda olan çocuklar bakımından ise;

(a) 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar (m. 103/1,a),

(b) 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan, ancak kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştirilen çocuklar (m. 103/1,b),

olabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “mağdurun yaşı”, “fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” veya “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden” fiilin, böylelikle suçun bir unsurudur.³⁵ Kanunun yaskladığı fiil herhangi bir kimseye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış değil ve fakat “henüz 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ya da kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştirilen” çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlardır. Aksi halin bir an için kabulü bizi, TCK m. 102’de müeyyide altına alınan suç fiili ile aynı kanunun 103. maddesinde müeyyide altına alınan suç fiilinin aynı olduğu sonucuna ulaştırabilir.

Mağdurun yaşı suçun bir unsuru olduğu ve uygulanacak kanun maddesini belirleme bakımından büyük önem arz ettiği için soruşturma veya kovuşturma esnasında mutlaka Nüfus Müdürlüğü’nden onaylı nüfus kaydı getirilmelidir.³⁶ Kovuşturma esnasında nüfus kay-

³⁵ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 43,44; Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 8; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay.*, Ankara 2007, s. 60, 61; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317; Sevik, *Cinsel İstismar*, s. 285; Necati Apaydın, “TCK Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 149.

Bkz. 5. CD’nin 30.01.2007 tarih ve 2007/181 E., 2007/417 K. sayılı Kararı: “...”cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar”, on beş-on sekiz yaş grubu içerisinde bulunup da kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun unsuru olduğu...”.

³⁶ Bkz. 5. CD’nin 03.04.2006 tarih ve 2006/3565 E., 2006/2812 K. sayılı Kararı: “... nüfus idaresinden yaşını ve medeni halini gösteren onaylı doğum kaydı getirildikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine noksan incelemeyle yazılı biçimde

dının mağdurun gerçek yaşını yansıtmadığı ileri sürülmüşse veya bu durum mahkemece re'sen gözlenirse 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 218/2 uyarınca nisbi muhakeme yoluyla ilgili kanunda belirlenen usulle bu konuda mahkemece, mağdurun doğumunun resmi sağlık personeli eliyle gerçekleştirildiğine ilişkin doğum tutanağı araştırılmalı, doğum resmi bir sağlık kuruluşunda gerçekleşmemişse tam teşekküllü bir sağlık kuruluşu veya duraksama halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi nezdinde yöntemine uygun olarak yaş tespiti yapılmalıdır.³⁷ Mağdurun yaşı daha önceden mahkeme kararıyla düzeltilmiş ise yeniden düzeltme mümkün olamayacak, ancak yine de ceza yargılamasının maddi gerçeği bulma amacı gözetilerek mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenerek nüfus kaydı düzeltilmeden de doğru uygulama yapılabilecektir.³⁸

Yine aynı şekilde 15 yaşını tamamlamış mağdurun, fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğini belirleyebilmek için de adli tıp uzmanından rapor alınmalıdır.

hükme varılması..." (Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2008, s. 644, dn. 896).

³⁷ Bkz. 5. CD'nin 04.02.2010 tarih ve 2009/14749 E., 2010/617 K. sayılı Kararı: "... mağdurenin babasının beyanında geçen Dr. Faruk Sükan Doğumevi Hastanesinde doğup doğmadığının özellikle belirlenmesinden sonra resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde; yaş tespitine esas kemik film ve grafilerinin çektilirip, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşundan raporunun alınması, duraksama halinde, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu'ndan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanması..."

Bkz. 5. CD'nin 22.05.2006 tarih ve 2006/1499 E., 2006/4274 K. sayılı Kararı: "... Sanık soruşturma aşamasındaki savunmalarında "mağdure bana babasının nüfusa geç tes-cil ettirdiğini söyledi", "15-16 yaşlarında gösteriyordu" şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun niteliğinin belirlenmesine etkili olması nedeniyle kemik grafileri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilip, özel hükümlerine göre mağdurenin gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi..." (Artuç, s. 645, dn.898).

³⁸ Bkz. 5. CD'nin 12.11.2008 tarih ve 2008/13329 E., 2008/9718 K. sayılı Kararı: "İzmir Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 11.03.2008 gün ve 12/69 sayılı Kararı ile mağdurenin doğum tarihinin düzeltildiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.1981 gün ve 5-2/106 sayılı kararında açıklandığı üzere ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin saptanması olduğu nazara alınıp, İzmir Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan dosyası da getirildikten ve duraksama halinde mağdurenin yaşı ile ilgili araştırma da yapıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu".

5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) mağdur çocukların ceza yargılaması sırasında nasıl dinleneceğine dair özel bir düzenleme getirmiştir. CMK m. 236/2, 3 bentleri uyarınca suçun etkisiyle psikolojinin bozulduğu tespit edilen mağdur çocuk bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden durumlar saklı kalmak üzere ancak bir defa ve psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmak suretiyle dinlenebilir.³⁹ Yine CMK m. 234/2 ve m. 239/2 uyarınca mağdur çocuğa, eğer kendisi bir vekille temsil edilmiyorsa istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, kendi bünyesinde bulunan diğer bir deyişle 2828 s. Kanun uyarınca haklarında koruma kararı alınan mağdur çocuklar açısından davaya katılma hakkına sahiptir.⁴⁰

VII. MADDİ UNSUR

A. HAREKET

TCK m. 103/1 incelendiğinde, çocukların cinsel istismarı suçunun basit şeklinin maddi unsurunu oluşturan fiilin, henüz 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış”; 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen “cinsel davranışlar” olduğu görülür.

Mağdurun yaşının; fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin bulunmasının, “cinsel davranışlar”la birlikte çocukların cinsel istismarı suçunun fiilinin birer unsurunu oluşturduğunu daha önce belirtmiş, mağdurun yaşı konusunda kimi bazı noktalara yukarıda değinmiştik.

³⁹ Bkz. 5. CD'nin 14.12.2006 tarih ve 2006/11067 E., 2006/10223 K. sayılı kararı.

⁴⁰ Bkz. 5. CD'nin 29.01.2007 tarih ve 2006/13910 E., 2007/321 K. sayılı Kararı (Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2009, s. 195).

Şimdi, fiilin, mağdurun yaşı dışında kalan unsurlarının ne anlama geldiklerini ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

1. Cinsel Davranış

TCK m. 103/1' de cinsel istismar deyiminden belirli yaş gruplarındaki çocuklara karşı kanunda öngörülen şekillerde gerçekleştirilen "cinsel davranışların" anlaşılacağı belirtilmiş; ancak bu cinsel davranışlardan ne anlamak gerektiği; gerçekleştirilen cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa vücut dokunulmazlığının ihlalinden ne anlaşılması gerektiği, bu açıdan cinsel taciz suçunun uygulama alanının sınırları gibi konular muğlak bırakılmış ve böylece bazı belirsizliklere yol açılmış; kanunilik ilkesi bakımından eleştirilere neden olmuştur.⁴¹ Tüm bu belirsizlikler öğretilerde yazarları farklı düşünmeye sevk etmiştir.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak cinsel bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olup, bunun aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş olması gibi bir zorunluluk aranmamalıdır.⁴² Bu

⁴¹ Bu belirsizlik öğretilere eleştirilere neden olmuştur. Bkz. Nevzat Toroslu / Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 17; Mehmet Emin Artuk / Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 81; Duygun Yarsuvat / Köksal Bayraktar / Necmi Yüzbaşıoğlu, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 308, 309; Bahri Öztürk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 143; Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 151; Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları*: 10, İstanbul 2008, s. 313; Sevük, *Cinsel Saldırı*, s. 251; Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2006, S. 63, s. 101; Sancar, *Çocuk İstismarı*, s. 14.

⁴² Tezcan / Erdem / Önok, s. 319; Özbek, s. 630; Soyaslan, s. 181; İbrahim Dülger, "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi)*, Mayıs 2010, Yıl: 2, S. 6, s.41.

durumda TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda da çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Diğer bir görüşe göre, TCK m. 103/1’de belirtilen cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen hareketlerdir.⁴³ Bu nedenle TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçu değil, cinsel taciz suçu oluşacaktır.

Başka bir görüşe göre ise, TCK m. 103/1,a bendinde “her türlü cinsel davranış”tan; TCK m. 103/1,b bendinde ise sadece “cinsel davranış”tan söz edilmesi kanun koyucu tarafından bilerek yapılmıştır.⁴⁴ Buna göre fiilin, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olanlara karşı gerçekleştirilmesi halinde vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gibi bir şart aranmaksızın her türlü cinsel davranış cezalandırılacaktır. Buna karşılık fiilin, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olanlara karşı gerçekleştirilmesi halinde cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekecektir.

Kanaatimce, her şeyden önce kanun koyucunun cinsel istismardan ve böylelikle maddede belirtilen cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiğini daha açık bir biçimde belirtmesi gerekirdi. Ancak, kanun koyucunun bu konudaki ihmalinin de bir biçimde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TCK m. 103’nin gerekçesinde, “*erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır*” denilmek suretiyle kanun koyucunun 103. maddede sözü edilen cinsel davranışlar bakımından aslında 102. maddede kendisine karşılık gelen cinsel davranışlara –yaş ve diğer bazı nitelikler dışında– atıfta bulunduğu sonucuna varılmak

⁴³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 238; Artuk, *Cinsel Taciz*, s. 73; Malkoç, s. 124, 125; Yenidünya, s. 3303; Akçin, s. 105; Baytemir, s. 196; Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 349; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, Vedat Yay., İstanbul 2006, s. 378; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 300, 313.

⁴⁴ Artuç, s. 648.

gerekir. TCK m. 102 gerekçesine bakıldığında ise m. 103/1'e karşılık gelen ve m. 102/1'de bahsedilen cinsel davranışın, *"kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen"*, fakat suçun nitelikli şekline varmayan davranışlar biçiminde tanımlandığını, maddede de cinsel davranışlarla bir kimsenin *"vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi... cezalandırılır"* denilmek suretiyle cinsel istismarın basit şeklini oluşturan fiil bakımından cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını da ihlal eden ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan bir özellik taşıması gerektiğini belirtmek gerekir. Eski TCK uygulaması⁴⁵ ile Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁴⁶

Yine aynı gerekçelerle, kanun koyucunun maddenin (a) bendinde *"her türlü cinsel davranış"*, (b) bendinde ise *"cinsel davranışlar"* deyimini kullanmış olmasını onun bir özensizliği olarak kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun bu ifadeleri bilerek kullanmış olduğu yönünde yapılacak bir yorum, yukarıda değinildiği gibi 103. maddenin gerekçesinde açıkça değindiği noktalar karşısında dayanaksız kalmaktadır.

Ayrıca, her ne kadar TCK m. 105'te de cinsel taciz fiilinden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirlenmemiş olsa da madde gerekçesine bakıldığında cinsel tacizin, *"kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşımayan cinsel davranışlar"* anlamına geldiği görülür.⁴⁷ Bu açıdan cinsel istismarın basit şeklini oluşturan fiilin, 105. maddeyle *"nazaran"* daha belirgin hale getirilmiş cinsel taciz fiilini, *"cinsel taciz fiili çocuklara karşı gerçekleştirilemez"* sonucunu doğuracak bir yorumla *"daraltması"*, kanunilik ilkesi dışına çıkılarak tipik fiilin yorum yoluyla daraltılması anlamına gelecektir.

Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen

⁴⁵ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 104.

⁴⁶ Bkz. 5. CD'nin 19.02.2009 tarih ve 2008/15019 E., 2009/1909 K. sayılı Kararı: *"Sanığın oluşu kabul edilen 15.03.2006 günü mağdurenin kalçasını sıkmak şeklinde gerçekleşen ve vücut temasını da içeren eyleminin, çocuğun basit cinsel istismarı vasfında bulunduğu ve TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeyerek cinsel taciz olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."*; Bkz. 5. CD'nin 04.06.2007 tarih ve 2007/3731 E., 2007/4315 K. sayılı Kararı; Bkz. 5. CD'nin 18.03.2008 tarih ve 2008/38 E., 2008/2115 K. sayılı Kararı (Tezcan / Erdem / Önok, s. 319); Bkz. 5. CD'nin 13.03.2007 tarih ve 2006/714 E., 2007/1887 K. sayılı Kararı (Meran, s. 350).

⁴⁷ Mehmet Emin Artuk, *"Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)"*, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Temmuz 2006, S. 7, s. 73.

tatmin edilmiş olması gerekmez. Bu konuda öğretilerdeki görüş ayrılıklarına çalışmamızın “*manevi unsur*” bölümünde ayrıntılı bir biçimde değinilecektir.

2. Mağdurun Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği

On beş yaşını doldurmuş olan çocuklar bakımından cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için kanun koyucu, bu yaş grubundaki çocukların, üzerlerinde gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin henüz gelişmemiş olması şartını aramıştır (TCK m. 103/1,a).

Öncelikle belirtmek gerekir ki, maddede fiilin “*hukuki*” anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden bahsedilmesi isabetli olmamıştır.⁴⁸ Zira fiilin işlendiği sırada on beş yaşını tamamlamış olan çocukta bu unsur bakımından bakılması gereken, fiili, diğer bir deyişle kendisine yönelen “*cinsel davranışları*” anlama ve bunların sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığıdır. Mağdur çocuğun ayrıca bu fiilin hukuki olarak ne anlama geldiğini, rıza, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer sebeplerden hukuken ne anlaşılması gerektiğini bilmesine gerek olmamalıdır.

Kanun koyucu, henüz on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından ise üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını aksi ispat edilemeyecek şekilde baştan kabul etmiştir.⁴⁹

Henüz on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı ayrıca cebir veya tehdide başvurulmuş ise çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali söz konusu olur ve verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/4). Bu maddeyle birlikte cebir veya tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçunun “*ağırlaştırıcı nedeni*” haline getirilmiş ve böylece TCK m. 42 anlamında bir “*bileşik suç*”a yer verilmiştir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygula-

⁴⁸ Toroslu / Ersoy, s. 4; Şen, s. 398; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317; Özbek, s. 628.

⁴⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 317.

namayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilmez (TCK m. 42).

Mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını anlama ve sonuçlarını algılama yeteneğinin var olup olmadığı mahkemece, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşundan uzman hekim veya duraksama halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi aracılığıyla araştırılmalı, sanığın durumu bu sonuca göre tayin edilmelidir.⁵⁰

3. Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Başka Bir Neden

On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için cinsel davranışların bu çocuklara cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir (TCK m. 103/1,b).

Bu yaş grubuna giren çocukların sadece iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, *“iradeyi etkileyen neden”* ifadesi kullanılmak suretiyle iradenin herhangi bir nedene dayalı olarak etkilenmesi veya zayıflaması hali de suç fiili kapsamına alınmıştır. Madde gerekçesinde, *“bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fülleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu füller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu füllerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir.”* denilmek suretiyle, bu bendin getiriliş amacı açıklanmıştır.

Öğretide ise *“iradeyi etkileyen başka bir neden”* ifadesinin kullanılması eleştirilmiştir.⁵¹ İradeyi etkileyen başka bir nedenden ne anlaşılması gerektiği maddede belirtilmemiş, bu açıdan *“kanunilik”* ilkesine

⁵⁰ Bkz. 5. CD'nin 15.05.2007 tarih ve 3130/3652 sayılı Kararı: *“Suç tarihinde 15 yaş 28 günlük olan mağdur Yakup Çiçek'in fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan olup olmadığına uzman hekim raporu ile saptanıp sonucuna göre 5237 sayılı Yasanın 103. maddesinin hangi bendindeki çocuklardan sayılacağına kesin olarak belirlenmesi yerine mağdurun sanığa karşı olay sırasında sarf ettiği “sen homoseksüel misin?” şeklindeki sorusundan onun algılama yeteneğinin geliştiği sonucunun çıkarılması suretiyle eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”* (Meran, s. 348).

⁵¹ Şen, s. 397; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317, 318; Baytemir, s. 198.

aykırı bir düzenleme getirildiği öne sürülmüştür.⁵² Yine kanunun bu tercihiyle birlikte, çocukların cinsel istismarı suçunun cebir, tehdit ve hile içermeyen, ancak ikna etme amacı içeren davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle de işlenebileceği sonucunu doğuran ve böylelikle suçun uygulanma alanını tehlikeli bir biçimde genişleten bir durum ortaya çıkmaktadır.⁵³ Bu ise, 15-18 yaş grubundaki çocukların bir taraftan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olduğunu kabul ederek rızalarına hukuki bir değer atfetmek, diğer taraftan ise bu nitelikleri taşıyan çocuklara karşı yalnızca ikna etme amacına yönelik gerçekleştirilen davranışları bu suç kapsamına almak suretiyle gelişikili bir durum yaratmaktadır.⁵⁴

Tüm bu nedenlerle, kanun koyucunun kullandığı “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” ifadesinden ilk olarak anlaşılması gereken, cebir, tehdit ve hile söz konusu olmasa da “*sağır veya dilsizlik*”, “*geçici nedenler*” (uyku hali vb.) ya da “*alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunma*” hallerinde çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağıdır. İkinci olarak, kullanılacak cebir, tehdit veya hilenin mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldırması şartının aranmayacağı, etkilenmiş olmasının yeterli sayılacağıdır. Son olarak ise, tüm bu nedenlerin fail tarafından yaratılmış olmasına gerek olmadığı, örneğin mağdurun kendi isteğiyle sarhoş olması ya da uyuşturucu madde kullanması durumunda da mağdurun bu durumundan yararlanmak suretiyle cinsel davranışın gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel “*istismarı*” suçunun oluşacağıdır. Zira bu nedenlerin fail tarafından yaratılmış olması, örneğin fail tarafından mağdurun içkisine uyuşturucu katılması halinde “*iradeyi etkileyen başka bir neden*”den değil, failin hilesinden söz edilecektir.⁵⁵

On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı bu suçun işlenebilmesi için, cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine (TCK m. 103/1,b) yukarıda değinildi. İşte maddenin (b) bendinde, cebir ve tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçunun bir “*unsuru*” haline getirilmiş ve böylece

⁵² Şen, s. 397.

⁵³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

⁵⁴ Şen, s. 397.

⁵⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

TCK m. 42 anlamında bir “bileşik suç” a yer verilmiştir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilmez (TCK m. 42).

B. SONUÇ VE NEDENSELLİK BAĞI

Çocukların cinsel istismarı suçu, çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın gerçekleştirildiği anda tamamlanır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu bu suçun oluşabilmesi için cinsel davranışın gerçekleştirilmesini yeterli görmüş, bir sonuç aramamıştır.⁵⁶ Bu suçlara öğretide “sırf hareket (davranış) suçları” denilmektedir.⁵⁷

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Diğer tüm suçlarda olduğu gibi, çocukların cinsel istismarı suçunda da suçun gerçekleştiğinden bahsedilebilmesi için olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir.⁵⁸

⁵⁶ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2007, s. 65.

Bu noktada “sonuç” bakımından iki farklı anlayışın olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan ilki olan *doğalcı anlayışa* göre, sonuç, insan davranışının dış dünyada meydana gelen ve nedensellik bağıyla insan davranışına bağlı olan bir değişiktir. Bu nedenle kanunun sadece belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini yeterli gördüğü, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesini aramadığı suçlarda bir sonuçtan söz edilemez (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 120, 121). *Hukuki anlayışa* göre ise, bu tür suçlarda aslında bir sonuç vardır. Bu sonuç hareketle birleşiktir ve suçun hukuki konusu oluşturan hak ve menfaatin ihlal edilmesi ile gerçekleşir. Bu suçlarda kanun koyucu, sözü edilen ihlal dışında başka bir sonucun gerçekleşmesini gerekli görmez. Bu nedenle sonuçsuz veya neticesiz suç yoktur; neticesi harekete bitişik suç vardır (Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, *Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1987, s. 372; Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954, s. 85). Yine bu görüşe göre, sonucun yokluğu kabul edilirse “nedenselliğin” konusu kalmayacak, nedensellik bağından söz edilemeyecektir. Ayrıca, sonuçsuz denilen suçlarda kastı belirleme ve tanımlama mümkün olmayacaktır. Zira kasıta “bilmek” ve “istemek” kavramları ancak bir “sonuç” varsa anlaşılabilir (Erem / Danışman / Artuk, s. 270).

⁵⁷ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 123.

⁵⁸ Bilindiği gibi, bir olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde ortada bir suçtan söz edilemez. İşte suç teorisi açısından büyük önem arz eden hukuka uygunluk nedenleri öğretide, suçun unsurları içinde farklı yerlere konulmuştur. Çalışmamızda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması koşulu, suçun maddi

Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı TCK ile birlikte “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında Kanun’un 24. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Ancak bu hükümler 5271 sayılı CMK m. 223 ile birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 24 ve devamında bir bütün halinde düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin bazılarının hukuka uygunluk nedenleri, bazılarının ise sadece ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektirecek nedenler olduğu sonucuna varılacaktır.

Sonuç olarak CMK m. 223/2,d ve m. 223/3,b bendiyle TCK m. 24 vd. hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hukuka uygunluk nedenleri: Kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi halinde çocuğun cinsel istismarı suçu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, CMK m. 75/3’te sanık veya şüphelinin beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için maddede aranan koşulların gerçekleşmesi halinde bunların ancak tabip veya bir sağlık mensubu tarafından yapılması kanunun amir hükmüdür.⁵⁹ Yine aynı maddenin 4. fıkrasında cinsel organların veya anüs bölgesinin muayenesinin de iç beden muayenesi sayılacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde görevi gereği bu muayeneyi gerçekleştiren tabip açısından bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu kabul edilmelidir. Ancak, bu yapılırken kanunun emrettiği muayenenin gerektirdiği müdahaleler haricinde, sınır aşılı olarak bazı cinsel davranışlarda bulunulması halinde failin kastı söz konusu ise çocuğun cinsel istismarı suçunun vücut bulacağı; kastı olmaksızın aşılması halinde ise suçun taksirli hali cezalandırılmadığı için fail hakkında ceza verilemeyeceğinin kabulü gerekir (TCK m. 27).

Mağdurun rızası bakımından kanun koyucu, on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızalarına hukuken hiçbir değer atfetme-

unsurları içinde, fiilin negatif bir unsuru olarak incelenmiştir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 135 vd. Hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin negatif bir unsuru olarak değerlendirilmesinin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 140 vd.).

⁵⁹ Özbek, s. 632.

miştir; mağdurun rızası fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır.⁶⁰ 15-18 yaş grubunda olan çocuklar bakımından ise fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yetenekleri gelişmişse ve iradeleri cebir, tehdit, hile veya başka bir nedenle etkilenmemişse bu yaş grubundaki çocukların rızaları fiili suç olmaktan çıkaracaktır.

Diğer hukuka uygunluk nedenlerinden meşru müdafaa ve hakkın kullanılması hallerinin çocukların cinsel istismarı suçu yönünden uygulanma imkânı yoktur.⁶¹

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenleri dışında bıraktığı zorunluluk halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir (CMK m. 223/3,b). Örneğin, ağır bir hastayı hastaneye yetiştirirken onun kalçasına veya göğsüne dokunulması halinde bir zorunluluk hali söz konusudur.

Bu noktada haksız tahrik hükümlerine de değinmek gerekir. Bilindiği gibi haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası belirli bir oranda indirilir (TCK m. 29). Tahrik altında cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenmesi halinde ise, bu suçların nitelikleri gereği haksız tahrik müessesinin uygulanması güç olduğundan mahkemece titiz bir incelemeyle sonuca varılması gerekir. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdureyi yakalayarak boş bir evde onun ırzına geçen sanık hakkında, mağdurenin gerçekleştirdiği eylem ile işlenen suçun nitelikleri bakımından aralarında bir bağlantı ve ağırlık yönünden de bir orantı bulunmadığını belirterek, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir.⁶²

VIII. MANEVİ UNSUR

Çocukların cinsel istismarı suçu doğrudan kastla işlenebileceği gibi, dolayısıyla (olası) kastla da işlenebilir. Örneğin, fail, kalabalık bir

⁶⁰ Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.2, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 1653; Özbek, s. 632; Baytemir, s. 198.

⁶¹ Özbek, s. 632; Baytemir, s. 198.

⁶² Bkz. 5. CD'nin 24.01.1978 tarih ve 51/84 sayılı Kararı (Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 2, Genel Kısım, Beta Yay., İstanbul 1986, s. 388, dn. 73a).

yerde birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir.⁶³ Kanunda bu suçun taksirli hali ayrıca cezalandırılmadığı için bu suç taksirle işlenemez (TCK m. 22/1).

Öğretide, çocukların cinsel istismarı gibi cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçların manevi unsuru bakımından genel kastın (objektif olarak şehvi davranışları gerçekleştirme kastının) yeterli olup olmadığı, genel kastın yanında failde ayrıca özel bir saikin (cinsel yönden tatmin saikinin) de bulunmasının gerekip gerekmediği soruları etrafında mülga TCK döneminde başlayan ve yeni TCK ile birlikte günümüze kadar uzanan görüş ayrılıkları mevcuttur.

Bir görüşe göre, bu tür suçlarda genel kastın yanında failde, “cinsel arzuları tatmin” saikinin de bulunması gerekir.⁶⁴ Kanun’un 102. maddesinin gerekçesinde de bu duruma dikkat çekilmiştir. 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi, bu konuyu düzenleyen maddesinde bir açıklık bulunmayan 765 sayılı mülga TCK uygulanmakta iken Yargıtay uygulaması özel kastın aranması gerektiği yönündeydi.⁶⁵ Önder ise, esasını daha çok Alman doktrininden alan bir görüşe iştirak etmektedir. Yazar, failin objektif olarak şehvi davranışların gerçekleştirilmesinden ayrı olarak failin şehvet hissini tatmininin de aranması, ancak bunun saik olarak kabul edilmemesi, bu tahrik veya tatminin suçun maddi unsuru içinde değerlendirilmesi gerektiği ve hukuka aykırılığın yoğunluğunu belirlediği görüşündedir.⁶⁶

Diğer görüşe göre ise, bu tür suçlarda suçun oluşabilmesi için failde genel kastın bulunması yeterlidir; failde ayrıca cinsel arzuları tatmin saikinin bulunmasına gerek yoktur.⁶⁷ Kanun koyucu böyle bir amacın gerçekleşmesini isteseydi bunu kanun metninde düzenlerdi. Yine

⁶³ Sevik, *Cinsel Saldırı*, s. 253.

⁶⁴ Yenidünya, s. 3304; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 245; Şen, s. 399; Sevik, *Cinsel İstismar*, s. 286, 287; Kılıç, s. 187; Artuç, s. 659.

⁶⁵ Bkz. 5. CD’nin 15.11.1977 tarih ve 1977/3227 E., 1977/3256 K. sayılı Kararı (Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 108).

⁶⁶ Önder, *Özel Hükmeler*, s. 277, 278.

⁶⁷ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 107 vd.; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65; Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 300, 313; Nuhoğlu, *2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*, s. 623; Akçin, s. 112, 113; Meran, s. 363; Özbek, s. 632; Parlar / Hatipoğlu, s. 1653; Malkoç, s. 134; Taşkın, s. 91.

her olayda yargılama makamının kastın, fiil ile beraber aynı zamanda failin şehvetinin tatminine yönelik olduğunu ispat etmesi güç ve gereksizdir.⁶⁸

Kanaatimce, failin objektif nitelikte şehvi (cinsel) bir davranış gerçekleştirdiğine dair bilinç ve iradesi (kastı) yeterli sayılmalıdır. Zira kanun metninde failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucu failin saikine önem verseydi bunu kanun metninde açıkça gösterirdi.⁶⁹ Aksi halin kabulü halinde failin objektif şehvi hareketlerle, ancak örneğin, kıskançlık, oç alma, küçük düşürme gibi saiklerle cinsel davranış gerçekleştirmesi halinde cinsel istismar suçundan bahsedilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Bu açıdan failde objektif olarak şehvi (cinsel) bir davranış gerçekleştirdiğine ilişkin kastı yeterli görülmelidir. Örnekte fail, kıskançlık veya oç alma gibi bir saikle hareket etse de objektif olarak şehvi bir davranış gerçekleştirdiği bilinç ve iradesine sahiptir.

Failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğini düşünen yazarlar, objektif olarak şehvi hareketlerin yeterli olacağına kabulü halinde örneğin, şaka yoluyla veya kavga esnasında ya da hastayı hastaneye götürmek amacıyla gerçekleştirilen davranışların da objektif olarak şehvi oldukları için cinsel istismar suçunu oluşabilecekleri yönünde eleştiri getirmişlerdir.⁷⁰ Bu tür örneklerde her şeyden önce failde objektif olarak “şehvi” bir davranış gerçekleştirme kastından söz edilemez. Kanaatimce burada dikkat edilmesi gereken nokta, failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranmasına gerek olmasının, failde genel kastın da, diğer bir deyişle objektif olarak “şehvi” bir davranış gerçekleştirme kastının da aranmayacağı anlamında gelmeyeceğidir.

TCK m. 103’ün gerekçesinde bu konuda herhangi bir açıklama yapılmamıştır; ancak 102. maddenin gerekçesinde bu konuya değinilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki kanunun bu maddesinin gerekçesi çelişkiler barındırmaktadır. Her ne kadar gerekçede, “suçun temel şekli-

⁶⁸ Bakıcı, s. 91; Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 111

⁶⁹ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 110.

⁷⁰ Artuç, s. 659. Örnekler için bkz. Önder, *Özel Hükümler*, s. 276 vd.

nin aksine, bu fıkra (2. fıkra) tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir” denilmiş olsa da, aynı gerekçede açık bir biçimde “suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez” denilmiştir.

Yukarıda mağdurun yaşının, fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin veya cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin fiilin bir unsuru olduğuna değinilmişti. Failin kastının da fiilin işte tüm bu unsurlarına yönelik olması aranacaktır.⁷¹ Failin bu unsurlar üzerinde “kaçınılmaz” bir hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanacağını, fiilin suç oluşturmayacağını belirtmek gerekir (TCK m. 30/1). Yine fail, mağdurun rızasının bulunduğu şeklindeki hatasından da yararlanır (TCK m. 30/3).⁷² Ancak, bu hüküm uygulanırken mahkemece çok titiz davranılması, hatanın kaçınılmaz nitelikte olduğunun gerekli tüm adli tıp kayıtları getirtilerek tespiti gerekir. Bu nedenle failin bu unsurlar üzerindeki şüphesi, bilmeye eşit sayılmalıdır.⁷³

IX. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Çocukların cinsel istismarı suçunun, çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın gerçekleştirildiği anda tamamlandığına ve bu açıdan suçun sırf hareket suçu olduğuna yukarıda değinildi. Sırf hareket suçlarına teşebbüs kural olarak mümkün değildir; ancak, hareket parçalara bölünebiliyorsa bu suçlara da teşebbüs mümkündür.⁷⁴ Şu halde elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri, engel bir nedenle tamamlanamazsa fail bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.

⁷¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Artuç, s. 659; Parlar / Hatipoğlu, s. 1653; Gültaş / Gündüz, s. 54.

⁷² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65.

⁷³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65.

⁷⁴ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 271.

Bilindiği gibi “teşebbüs” müessesesi 5237 s. TCK m. 35’te düzenlenmiş; 765 s. mülga TCK’da yer alan eksik (nakıs) –tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Yine, hazırlık hareketleri- icra hareketleri ayrımının daha objektif esaslara dayanılarak yapılabilmesi için kanun tasarısındaki “*kastı şüpheye yer bırakmayacak*” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edilmiş; böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı kabul edilmiştir.⁷⁵

Çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli yönünden icra hareketlerinin bölünmesi mümkün bazı durumlar söz konusu olabileceği için bu suç, teşebbüse müsaittir. Örneğin failin, cinsel organını mağdura tutturmak veya onun cinsel organını ellemek için onu elindeki bıçakla tehdit ederken engel nedenle suç tamamlanamamışsa cinsel istismar suçunun basit şekline teşebbüsten söz edilir.

Cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halini düzenleyen nitelikli cinsel istismar (TCK m. 103/2) suçuna da teşebbüs mümkündür. Ancak bu durumda failin hareketlerinin basit cinsel istismara mı, yoksa nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu yapılırken de failin hazırlık hareketlerine, olay anında söylenen sözlere, olay yerine vs. bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Örneğin Yargıtay bir kararında, failin mağdura “*seni yapacağım*” demesi ve elindeki kırık şişeyle mağduru soyunması konusunda zorlaması, ardından engel nedenle icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunun oluşacağını kabul etmiştir.⁷⁶ Yine Yargıtay başka bir kararında, failin gece yarısı arabayı ıssız bir yere park etmesi, mağdureyi araca kilitleyerek “*bekâretine dokunmayacağım, ters ilişkiye gireceğiz*” demesi ve mağdurun üzerindeki kileri çıkarmasını sağlamak isterken mücadele etmeleri, bu mücadele esnasında failin aşırı alkol ve mağdurun karşı koyması nedeniyle dışarı boşalarak engel haller

⁷⁵ Bkz. TCK m. 35’in madde gerekçesi.

⁷⁶ Bkz. 5. CD’nin 30.01.2006 tarih ve 2005/18597 E., 2006/343 K. sayılı Kararı (Meran, s. 352) .

nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiremediği, bu nedenlerle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kanaatine varmıştır.⁷⁷

Fail, çocukların cinsel istismarı suçunun basit veya nitelikli şeklinde icra hareketlerine başlamış, ancak herhangi bir engel neden olmaksızın bu hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmişse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak; fakat failin o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler bir suç oluşturuyorsa, faile o suçtan ceza verilecektir (TCK m. 36). Örneğin, fail mağduru elindeki bıçakla tehdit ederek, “*pantolonunu indir, seni yapacağım*” demiş, ancak fiilinden, engel başka bir neden olmaksızın kendi rızasıyla vazgeçmişse çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna (TCK m. 103/2) teşebbüsten değil, cinsel taciz (TCK m. 105) suçundan; aynı örnekte fail, mağdurun göğsünü ellemişse ve ardından gönüllü olarak eyleminden vazgeçmişse, çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinden (TCK m. 103/1) sorumlu olduğunun kabulü gerekir.⁷⁸

B. İÇTİMA

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. maddenin (b) bendinde, *cebir ve tehdit* suçunun, çocukların cinsel istismarı suçunun bir “*unsuru*”; aynı maddenin 4. fıkrasında ise bir “*ağırlaştırıcı nedeni*” haline getirildiğine ve böylece her iki halde de TCK m. 42 anlamında bir “*bileşik suç*”a yer verildiğine; bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilemeyeceğine (TCK m. 42) yukarıda değinildi.

Çocukların cinsel istismarı suçu için başvuru olan cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacak; gerçek içtima uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir (TCK m. 103/5). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun cinsel saldırı suçu yönünden kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uy-

⁷⁷ Bkz. 5. CD'nin 26.03.2007 tarih ve 1363/2213 sayılı Kararı (Meran, s. 352).

⁷⁸ Bkz. 5. CD'nin 27.05.2004 tarih ve 2003/3568 E., 2004/4361 K. sayılı Kararı: “*Mağdureyle cinsi ilişkide bulunma isteğinden ciddi bir engel yok iken ihtiyariyle vazgeçen sanığın bu aşamada kalan eyleminin tasaddi niteliğinde bulunduğu ...*”. Aynı yönde bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Sevük, *Cinsel İstismar*, s. 291; Artuç, s. 661.

gulanabilmesi için “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılmış olması”nı araması, buna karşılık çocukların cinsel istismarı suçu bakımından “başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması” şartını arayarak çocuklar bakımından suçun oluşma şartlarını daha da ağırlaştırması her şeyden önce kanunun sistematığıne ve amacına aykırıdır.⁷⁹

“Zincirleme suç” müessesesi TCK’nun 43. maddesinde düzenlenmiş; maddenin 3. fıkrasında yer alan “cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı” deyimleri, 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanun’un 6. maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunun birden fazla işlenmesi halinde fail hakkında bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta, suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında, ancak “değişik” zamanlarda işlenmesinin gerektiği hususudur. Bu açıdan Yargıtay’ın, vermiş olduğu bir kararda,⁸⁰ “sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla hem anal hem de oral yoldan gerçekleştirdiği halde hakkında 5237 sayılı Yasa’nın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” şeklindeki görüşüne katılmak güçtür. Zira karara konu olan olayda, birden fazla suç değil; ancak bir suç işleme kastına yönelik, birbirini yakın aralıklarla izleyen ve harekete bir bütün olma özelliği (hedefin tekliği, amaçta birlik) veren birden fazla davranıştan söz edilebilir.⁸¹ Bu nedenle olayda TCK m. 43 hükmünün uygulanamayacağı kabulü gerekir.⁸² Yargıtay da daha ileri tarihli bir kararında bu içtihadını değiştirmiştir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, “...sanıklardan

⁷⁹ Dülger, s. 42.

⁸⁰ Bkz. 5. CD’nin 23.02.2006 tarih ve 2008/11972 E., 2008/10675 K. sayılı Kararı (Artuç, s. 662, dn.984).

⁸¹ Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yay., Ankara 1995, s.63, 64; Dönmezer-Erman, C. 1, s. 384; Erem / Danışman / Artuk, s. 345; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 315; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, Beta Yay., İst. 1992, s. 499.

⁸² Artuç, s. 662; Tezcan / Erdem / Önok, s. 321. Aksi görüşte bkz Akçin, s. 135. Yazara göre, “nitelikli cinsel saldırı suçunu anal yoldan işlemeyi amaçlayan failin bunu gerçekleştiremeyince kalkışma aşamasında bırakarak, bu kez vajinal ve oral yoldan failini gerçekleştirmesi... halinde de zincirleme tek suçun oluştuğunun kabulü ile temel cezanın suçun tamamlanmış nitelikli şekline göre belirlenmesi, 43. madde uyarınca artırımın da bu miktar üzerinden yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir”.

Ömer'in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin" ceza verilmesi bozma nedeni sayılmıştır.⁸³

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların, "aynı kişiye" karşı işlenmiş olması gerektiği hususudur. Bu nedenle, farklı çocuklara karşı birden fazla cinsel istismarı suçu işlenmişse, mağdur sayısı kadar suç vardır ve her suç için ayrı ayrı ceza verilir.⁸⁴

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı hem çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini hem de nitelikli halini⁸⁵ gerçekleştirirse, TCK m. 43/1 gereğince, bir suçun temel şekli ile daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılacağından, hakkında nitelikli cinsel istismar suçu üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanarak TCK m. 103/2'de öngörülen ceza, TCK m. 43 uyarınca artırılarak verilecektir.⁸⁶

Ancak, her ne kadar kanun koyucu madde gerekçesinde de belirttiği gibi, TCK m. 103/2'de yaptırımı bağladığı suçu TCK m. 103/1'in nitelikli hali olarak düzenlemek istemiş ise de, kanaatimce maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen suçlar ayrı ayrı birer suçun basit şeklini teşkil eder. Zira başlıca unsurları farklı olan suçlar arasında teselsül ilişkisi kurulamaz.⁸⁷ Bu iki suç arasında geçitli suç ilişkisinin bulunması,⁸⁸ birinin diğerinin nitelikli halini oluşturduğu anlamına gelmemelidir. Nasıl kasten yaralama fiili ile kasten öldürme fiili arasında müteselsil suç ilişkisinin varlığı düşünülemezse, mülga

⁸³ Bkz. 5. CD'nin 02.12.2008 tarih ve 2005/19512 E., 2006/1058 K. sayılı Kararı.

⁸⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 237; Yenidünya, s. 3307; Baytemir, s. 199.

⁸⁵ "...Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımını belirlemiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır" (103. madde gerekçesinden).

⁸⁶ Meran, s. 350; Artuç, s. 662; Bkz. CGK'nın 20.03.1984 tarih ve 6-338/265 sayılı Kararı (Önder, Genel Hükümler, s. 501).

⁸⁷ Sancar, Müteselsil Suç, s.85; Erem / Danışman / Artuk, s.344.

⁸⁸ Dönmezer / Erman, C. 1, s.395.

TCK'daki irza geçme ve irza tasaddi, yeni TCK'da ise m. 103/1 ile m. 103/2 arasında müteselsil suç ilişkisinin varlığı kabul edilemez.⁸⁹

Çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulması ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüştür (TCK m. 103/6). Maddenin bu fıkrası, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından özellik arz eder. Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olayda Kurul, *"mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır... Gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlanmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur. O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlanmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir"* şeklinde karar vermiştir.⁹⁰ Bu nedenle örneğin, fail hakkında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı gerçekleştirdiği fiiller nedeniyle TCK m. 103/1 uyarınca 4 yıl; fiilini maddenin (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlediği için de cezasında yarı oranında artırım yapılarak toplam 6 yıl; suçun sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığı bozulduğu için en az 15 yıl hapis cezası verildiğini varsayarsak; bir an için, zincirleme suç hükmü gereği cezasında yapılacak ¼ oranındaki artırımın da 15 yıl üzerinden yapılması gerektiğini söyleyebilirdik. Ancak kararda da belirtildiği üzere, gerçekleşen her eylemde mağdurun ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu olamayacağı için, ¼ oranındaki artırımın

⁸⁹ Sancar, *Müteselsil Suç*, s.85; Dönmezer - Erman, C. 1, s.386.

⁹⁰ Bkz. CGK'nın 20.11.2007 tarih ve 2007/5-142 E., 2007/240 K. sayılı Kararı. Mülga TCK zamanında benzer bir uygulama kızlık bozma halinde gerçekleşecek "mayubiyet" in teselsül edemeyeceği yönündeydi: Bkz. 5. CD'nin 01.12.1993 tarih ve 3997/4323 sayılı Kararı (Bakıcı, s.206); Bkz. 5. CD'nin 10.12.1992 tarih ve 3637/3975 sayılı Kararı (Bakıcı, s.208).

15 yıl değil, 6 yıl üzerinden hesaplanması, bulunan 1 yıl 6 aylık sürenin bu kez 15 yıla eklenerek faile 16 yıl 6 ay ceza verilmesi gerekecektir.

TCK m. 109/5 uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu “cinsel amaçlarla” işlenirse fail hakkında verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Fail, cinsel amaçlarla hürriyetinden yoksun kıldığı mağdur çocuğa karşı ayrıca TCK m. 103’te müeyyide altına alınan fiilleri gerçekleştirmişse, gerçek ıçtima kuralları uyarınca hakkında hem TCK m. 109/5’ten hem de TCK m. 103’ten ceza verilmesi gerekir. Zira TCK m. 109/5’te yalnızca faildeki saik göz önünde bulundurulmuş, buna karşılık failin ayrıca bir cinsel davranış gerçekleştirmiş olması şartı aranmamıştır.⁹¹ Bu açıdan cinsel istismar suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir ağırlaştırıcı nedeni haline getirilmediğinden ortada bir bileşik suçun varlığından da söz edilemez.⁹²

Çocukların cinsel istismarı suçunun aile bireyleri arasında gerçekleşmesi halinde TCK m. 232’de hükme bağlanan “kötü muamele” suçunun da oluşacağını; ancak, fikri ıçtima kuralları (TCK m. 44) gereğince, gerçekleştirilen bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebep verildiği için fail hakkında, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan, dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi gerektiğinin kabulü gerekir.⁹³

Yine, TCK m. 94/1,a bendi uyarınca suçun çocuğa karşı işlenmesi ve m. 94/3’te işkence fiilinin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Maddede yer alan cinsel taciz fiilinden 105. maddede müeyyide altına alınan fiili anlamak gerekir. TCK m. 94’ün gerekçesinde de belirtildiği gibi, “üçüncü fıkraya göre, fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi takdirde, işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir”. Bu nedenle işkence fiilinin, cinsel taciz fiiliyle birlikte işlenmesi halinde bileşik suç hükümleri uyarınca fail sadece TCK m.

⁹¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 321; Parlar / Hatipoğlu, s. 1659; Özbek, s. 634; Şen, s. 392.

⁹² Tezcan / Erdem / Önok, s. 321.

⁹³ Özbek, s. 634.

94/3 uyarınca sorumlu olacak; cinsel istismar fiiliyle birlikte işlenmesi halinde fail, gerçek içtima kuralları uyarınca hem işkence suçunun nitelikli şekli (TCK m.94/3) hem de çocukların cinsel istismarı suçundan (TCK m. 103) sorumlu olacaktır.⁹⁴

Çocukların cinsel istismarı suçunun, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur (TCK m. 77/1). Burada çocukların cinsel istismarı suçunun unsur olduğu bir bileşik suç söz konusudur.

C. İŞTİRAK

Çocukların cinsel istismarı suçuna her türlü iştirak (TCK m. 37 vd.) mümkündür. Bu bakımdan, tipik fiili birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirmesi halinde asli faillikten söz edilebileceği gibi koşulları varsa azmettirme veya yardım etme (suç işlemeye teşvik etmek; suç işleme kararını kuvvetlendirmek; fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak) suretiyle iştiraktan dahi söz edilebilir.

Kanun koyucu bu suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını hükme bağlamıştır (TCK m. 103/3). Benzer bir ağırlaştırıcı nedeni öngören TCK m. 102'nin gerekçesine bakıldığında, fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, bu suçun icra hareketlerinin "*müşterek fail*"⁹⁵ (TCK

⁹⁴ Artuk, *Cinsel Taciz*, s. 75; Sevük, *Cinsel Saldırı*, s. 263, 264; Serap Keskin / Kızıroğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. 2, Ankara 2008, s. 995, 996; Artuç, s. 662.

⁹⁵ Müşterek faillikten söz edilebilmesi için birden çok kişinin birlikte suç işleme kararına sahip olmalarının yanı sıra kural olarak tipik fiili de birlikte gerçekleştirmeleri gerekir. Ancak, suçu oluşturan tipik fiili gerçekleştirmemekle beraber, tipik fiili gerçekleştiren failin davranışıyla aynı zamanda ve tipik fiilin işlenebilmesi için mutlaka gerçekleştirilmesi gereken davranışlarda bulunan kimse de müşterek fail olarak sorumlu olur (Toroslu, *Genel Kısım*, s.303). Bu nedenle örneğin, bir kimse on dört yaşındaki bir çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirirken diğer bir kimse bu çocuğu kollarından tutuyorsa, çocuğu kollarından tutan kimse de cinsel davranışı gerçekleştiren kendisi olmasa da müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

m.37) olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesinin anlaşılacağı ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak halinde bu ağırlaştırıcı nedene başvurulamayacaktır.

X. MÜEYYİDE

İnceleme konumuz olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli için TCK m. 103/1'de öngörülen müeyyide, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.

Bu fiillerin üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/3).

Yine cinsel istismarın, 103. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki çocuklara (henüz on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara) karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/4).

Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCK m. 103/5).

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına (TCK m. 103/6); suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir (TCK m. 103/7).

XI. USUL

Çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli yönünden;

Soruşturma ve kovuşturma, (765 sayılı mülga TCK'da karşılık gelen suçlarda da olduğu gibi) re'sen yapılır; şikâyet şartı aranmamıştır.

Görevli mahkeme, 5235 s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 vd. maddeleri gereğince Asliye Ceza Mahkemesi'dir.⁹⁶

Dava zamanaşımı, TCK m. 66/1,d ve m. 66/4 uyarınca on beş yıldır,⁹⁷ bu süre m. 66/6 uyarınca, suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

SONUÇ

Bu çalışmada çocukların cinsel yönden istismar edilmesinin hukuki boyutuna; yeri geldikçe mülga ceza kanunundaki uygulamalara ve nihayet günümüzdeki kanuni düzenlemeye ve Yargıtay'ın bu konulardaki görüşlerine değinilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde hükme bağlanan çocukların cinsel istismarı suçu her ne kadar sorunu tespit ve soruna yaklaşım bakımından mülga TCK'ya nazaran daha çağdaş bir düşünceden hareket edilerek düzenlenmeye çalışılmış olsa

⁹⁶ 5235 s. K. m. 10: "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, **sulh ceza mahkemelerinin** görevi içindedir" .

5235 s. K. m. 11: "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere **asliye ceza mahkemelerince** bakılır" .

5235 s. K. m. 12: "(Değişik madde: 31/03/2005 – 5328 S. K./10.mad) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla **ağır ceza mahkemeleri** görevlidir" .

5235 s. K. m. 14: "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının **üst sınırı** göz önünde bulundurulur" .

⁹⁷ 5237 s. TCK m. 66/4: "Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının **yukarı sınırı** göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır" .

5237 s. TCK m. 66/1,d: "Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası... d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl... geçmesiyle düşer" .

da, norm koyma tekniğinden bir hayli uzaklaşmıştır. Madde metninde yer verilen kavramların muğlâklığı, kullanılan ifadelerdeki özensizlik, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünün kendi içerisinde çelişiklere neden olacak eksiklikler, suç fiilinin veya suçun manevi unsurunun tespitini büyük ölçüde güçleştirmekte, ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan kanunilik ilkesini birçok yönden anlamsız hale getirecek yorum ve uygulamalara neden olmaktadır.

Çocukların cinsel yönden istismar edilmesinin hukuki boyutunun tespitinin yanında bu konunun “önleme” boyutu da büyük önem arz eder. Sorunun bu boyutu ayrı bir çalışmanın konusudur. Ancak, bu sorunun çözümüne toplumun temel kurumu olan ailelerin “bilinçlendirilmesi” ile başlamak en doğrusu olacaktır.⁹⁸ Çocukların sadece cinsel değil diğer tüm boyutlarıyla da istismarında ailelerin rolü “kara rakamlarda” kalmakta, bu nedenle tespit dahi edilememektedir.⁹⁹

Çalışmanın en başında da belirtildiği gibi, bu sorunun çözümü için hukukun olanaklarının yanı sıra psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerden de destek alınmalı, bu multi-disipliner çalışmanın veri, uyarı ve önerileri, devletin politika aracında yerini bulmalıdır. Zira bu sorunun, yalnızca çocukları değil, bizzat toplumun kendisini ilgilendiren bir sorun olduğu unutulmamalıdır.

⁹⁸ Yapılan bir istatistiksel araştırmada cinsel istismara uğramış çocukların aileleri de incelenmiş; annelerin eğitim düzeyine bakıldığında, %20,8’inin herhangi bir eğitim kurumuna başlamadığı, %70’inin ilköğretim, %5,6’sının da ortaöğretim düzeyinde kaldığı; babaların eğitim düzeyine bakıldığında %9,7’sinin herhangi bir eğitim kurumuna başlamadığı, %70,8’inin ilköğretim, %11,1’inin ortaöğretim düzeyinde kaldığı, %1,4’ünün de üniversite eğitimi aldığı gözlenmiştir (Seher Akbaş / Ahmet Turla / Koray Karabekiroğlu / Ahmet Şenses / Melih Nuri Karakurt / Gökçe Nur Taşdemir / Ömer Böke, “Adli Makamlarca Çocuk Psikiyatrisi Polikliniğine Gönderilen Cinsel İstismara Uğramış Çocukların İstismar Şekilleri, Ruhsal ve Fiziksel Muayene Özellikleri”, *Adli Bilimler Dergisi*, Mart 2009, S.1, s.27).

⁹⁹ İstismar edenin mağdura yakınlığı konusunda yapılan istatistiksel araştırmaya göre, istismar edenlerin %44,4’ünün mağdurla “akraba” oldukları; mağdurların % 58,3’ünün de istismar olayını kendilerinin söyleyemediği, olayı başka yollardan öğrenildiği; yalnızca %3’ünün polise başvurduğu gözlemlenmiştir (Akbaş / Turla / Karabekiroğlu / Şenses / Karakurt / Taşdemir / Böke, s.28, 29).

KAYNAKLAR

- A. Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, Eylül 2005, Yıl: 3, S. 33, s. 3284-3316.
- Abbas Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2008, S. 78, s. 167-204.
- Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, Beta Yay., İstanbul 1992.
- Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul 1985.
- Ayşe Nuhoglu, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul 1997, s. 59-70.
- Ayşe Nuhoglu, "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul 2004, s. 609-640.
- Bahri Öztürk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 143-145.
- Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fil Üzerinde Hata*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yay., Ankara 2006.
- Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Duygun Yarsuvat / Köksal Bayraktar / Necmi Yüzbaşıoğlu, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 285-318.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2003.
- Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2009.
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, Vedat Yay., İstanbul 2006.

- Esat Şener, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yay., Ankara 2001.
- Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 1997.
- Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2005, S. 57, s. 243-282.
- Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5, s. 280-302.
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=istismar&ayn=tam>, E. T.: 01.10.2010
- <http://www.saglikterimleri.com/4995-stimulasyon-nedir.html>, E. T.: 31.10.2010
- İbrahim Dülger, "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi)*, Mayıs 2010, Yıl: 2, S. 6, s. 41, 42.
- İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2006, C. 32, S. 1-2, , s. 99-144.
- İlhan Üzülmez, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, E. T.: 01.10.2010.
- İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Temmuz 2006, S. 7, s. 70-76.
- Mehmet Emin Artuk - Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Araştırmaları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 37-85.
- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 150-152.
- Meşe İctihat Programı.
- Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2008.

- Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2006, S. 63, s. 96-108.
- Necati Apaydın, "TCK Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 147-163.
- Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2005.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2007.
- Nevzat Toroslu - Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 1-20.
- Nezih Ahmet Kök, "Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)*, 2006, C. X, S. 3-4, , s. 3-13.
- Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954.
- Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I: Tanımlar*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Öykü Didem Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, E. T.: 01.10.2010.
- Sedat Bakıcı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yay., Ankara 1994.
- Seher Akbaş / Ahmet Turla / Koray Karabekiroğlu / Ahmet Şenses / Melih Nuri Karakurt / Gökçe Nur Taşdemir / Ömer Böke, "Adli Makamlarca Çocuk Psikiyatrisi Polikliniğine Gönderilen Cinsel İstismara Uğramış Çocukların İstismar Şekilleri, Ruhsal ve Fiziksel Muayene Özellikleri", *Adli Bilimler Dergisi*, Mart 2009, S.1, s. 24-32.
- Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'ndan Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 357 vd.
- Serap Keskin / Kızıroğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. 2, Ankara 2008, s. 995-1004.
- Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

- Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1987.
- Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1986.
- Ş. Cankat Taşkın, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Mart-Nisan 2010, S. 67-68, s. 77-110.
- Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Türkan Yalçın Sancar, "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu", *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2008, s. 12-16.
- Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yay., Ankara 1995.
- Türkan Yalçın Sancar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler", *AÜHFD*, Ankara 2002, C. 51, S. 3, s. 1-25.
- Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Hukukunun Anlamı C. 2, Özel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Veysel Gültaş / Remzi Gündüz, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar*, Bilge Yay., Ankara 2008.
- Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul 2008, s. 294-343.
- Yurdagül Erdem, "Çocuğa Yönelik İstismar ve İhmal: Hemşirelik Girişimleri", *Adli Bilimler Dergisi*, Eylül 2008, S. 3, s. 46-55.