

6545 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLER IŞIĞINDA 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

THE CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN BROUGHT BY THE LAW NO. 6545 AMENDING TURKISH PENAL CODE

Doğukan NİŞANCI*

Özet: Çalışmanın konusunu Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, suça ilişkin bazı kavramlar, suçun hukuki, maddi ve manevi konuları, fail ve mağduru, unsurları, meydana geliş şekilleri 6545 sayılı Kanun ile getirilen yenilikler ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstismar, Çocuk, Cinsel İstismar, 6545 sayılı kanun, Cinsel Suçlar, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Abstract: The crime of sexual abuse of children, set forth under Article 103 of the Turkish Penal Code, constitutes the subject of this study. In this respect, some terms related to this crime; the material and moral element of the crime, the perpetrator and the victim, the structural elements and the emergence forms are considered in the light of innovations, which are brought in accordance with law no 6545.

Keywords: Abuse, Child, Sexual Abuse, The Law No. 6545, Sex Crimes, The Crime of Sexual Abuse of Children

I. GİRİŞ

Çocuk istismarı; toplumumuzda hemen her gün gerçekleşen ve bu tür olayların çokluğu nedeniyle algımızda giderek normalleşmeye başlayan bir kavramdır. Bu kavramın; çocuk ihmali, fiziksel istismar ve duygusal istismar gibi farklı biçimleri olmakla birlikte¹ kamuoyu-

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu

** Bir yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda parantez içerisindeki kelime/kelimeler kullanılmıştır.

¹ Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s. 2; Oğuz Polat, Çocuk ve Şiddet, İstanbul 2001, s. 87; Bilgehan Savaşçı, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul 2013, s. 15.

nun en çok gündemine gelen, belki de çocuklar üzerinde en derin izler bırakan hali, çocukların cinsel yönden istismara uğramasıdır.

Çocukların cinsel istismara uğraması, toplumumuza yeni uğramış bir sosyal gerçeklik değildir. Ancak son zamanlarda bu vakıaların adliyelere ve basına fazla yansımaları konu üzerindeki kamu duyarlılığını arttırmıştır. Ne yazık ki, insanların duyarlılık seviyesinin artması; bizleri salt olarak sorunun çözümüne götürememektedir. Çünkü toplumumuzun bir kesiminde var olan “İçinde cinsellik geçen her konudan uzak durma isteği” ve “Biz çocuğumuza sahip çıkarız” anlayışı bizi önce bilgisizliğe, sonra kavram kargaşasına, en sonunda da var olan bir sosyal gerçekliği görmezden gelmeye sürüklemektedir.

Kanaatimizce, bu sorunların ortadan kalkması gerek kavramsal gerek hukuki anlamda konunun bilinirliğinden geçmektedir. Dolayısıyla, karşı karşıya kalınan fiillerin hukuki anlamlarının bilinmesi; bunların kanundaki karşılıklarının farkında olunması ve en önemlisi de çocukların cinsel istismarı açısından ebeveynlerin bu vakıaların hukuki sonuçları hakkında ön bilgi sahibi olması, bu tür olayların yaşanmasının önüne geçilmesinde büyük önem arz etmektedir.

Cinsel suçlar, farklı biçimlerde düzenlenip cezalandırılrsa da her toplum ve çağda suç tipleri içinde kendisine yer bulmuştur.² Bireylerin toplum içinde önemli olmadığı dönemlerde, genel ahlâka karşı suç kategorisinde yer alan cinsel suçlar, bireylerin toplum içinde önem kazanması ile birlikte kişilere karşı suçlar kategorisinde düzenlenmiştir.³ Ülkemizde de bu doğrultuda cinsel suçlar, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda topluma karşı suçlar arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) ise bu suçlar isabetli olarak kişilere karşı suçlar kategorisinde ele alınmış ve “**Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**” başlığı altında düzenlenmiştir.

Cinsel suçlar konusu incelenirken; bireyler için en temel haklardan birinin cinsel özgürlük olduğu unutulmamalıdır. Başka bir deyiş-

² Savaşçı, s.17; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 46-50.

³ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2013, (Özel Kısım), s.57; Ali Hakan Evik, “Ceza Kanunumuz ve Kadın”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 349; Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara 2013, s. 251.

le, bireylerin cinsel özgürlük alanına müdahale etmemek ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak arasında ince bir çizgi vardır. Bu hassas çizgide özgürlük ihlallerinin meydana gelmemesi ancak cinsel davranış ve cinsel suç kavramlarının farklarını iyi anlamakla sağlanabilir. Kanun koyucu; ceza normlarını düzenlerken cinsel davranışları değil; cinsel suça vücut veren davranışları cezalandırmaktadır.

TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar;102 ila 105. maddelerde dört farklı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bunlar; TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu ve bu çalışmanın konusunu oluşturan TCK m. 103'te düzenlenen "**Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**"dur.

Bu çalışmanın amacı da; ilgili mevzuat, doktrin, Yargıtay uygulamaları ve 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile getirilen yenilikler ışığında çocukların cinsel istismarı suçunun ortaya konulmasıdır.

II. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

A. GENEL OLARAK

1982 Anayasası'nın 41. maddesinin II. fıkrasında, her çocuğun korunma hakkı olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin III. fıkrasında ise *devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı* çocukları koruyucu tedbirleri alması gerektiği⁴ düzenlenerek, çocukların istismara karşı korunmaları anayasal güvence altına alınmıştır.

Çocuk hakları, uluslararası düzenlemelerde de yer almakta olup, Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 19. maddesinde; taraf devletlerin, çocuğun "*bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, irza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye*" karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir.⁵ Yine aynı Sözleşme'nin 34.

⁴ Anayasa madde 10/III' de, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı düzenleme altına alınmıştır.

⁵ Murat Aydın, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu,

maddesinin (a) bendinde, çocukların yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılmasını veya zorlanmasını önlemek için de tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir.⁶

Ülkemizde de Sözleşmenin işaret ettiği gibi çocukların her türlü istismardan korunması adına; idari, toplumsal, eğitsel ve yasal birçok önlem alınmıştır. Alınan yasal önlemlerden en önemlisi ise çocukların cinsel istismara maruz kalmaları halinin-*suç sayılmayan durumlar hariç olmak üzere*- özel bir suç tipi olarak düzenlenmesi olup işbu makalenin konusunu oluşturan suç tipi, TCK'da şu şekilde kaleme alınmıştır:

TCK 103

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) *On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya 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, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*

(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*

Ankara 2014, s. 17; Memiş Kartal, s. 71.

⁶ Aydın, s. 17; Taner, s. 266.

bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

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

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

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

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

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

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

B. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Cinsel suçlar açısından kanun koyucunun önünde her daim dengelenmesi güç iki menfaat bulunmaktadır. Bunlardan ilki kişilerin cinsel dokunulmazlıklarını koruma altına almak iken ikincisi ise insanların sahip oldukları cinsel özgürlüklerine müdahale etmemektir. Üstelik ortada çocuklara karşı gerçekleşen bir suç tipi varsa kanun koyucu için bu menfaatleri dengelemek bir hayli güç olmaktadır.

Bir suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin ne olduğu, suçun ceza kanunu sistematigi içerisinde düzenlendiği yer ile yakından ilişkilidir. Bu açıdan, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların düzenlendiği yer göz önüne alındığında, korunmak istenen hukuki menfaat "*genel ahlak ve aile düzeni*"dir. TCK açısından bu konu ele alındığında ise kanun koyucunun korumak istediği hukuki menfaatin, suç her ne kadar cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olsa da aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle "*kişilerin cinsel özgürlüğünü korumak*" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun hukuki konusunun ne olduğu hususunda çeşitli görüşler yer almaktadır. Öğretideki bir görüşe göre; suçun hukuki konusu, mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz biçimde cinsel gelişimini sürdürmesinin sağlanmasıdır.⁷

Bir diğer görüşe göre ise bu suç ile korunan hukuki menfaat, çocukların cinsel istismara maruz kalmama haklarıdır.⁸ Doktrindeki farklı bir görüş de bu suçun hukuki konusunu, çocuğun ruh ve beden bütünlüğünü koruma altına almak şeklinde ifade etmektedir.⁹

Ancak bu suç tipinin hukuki konusuna ilişkin yapılması gereken asıl tartışma, korunmak istenen menfaatin, cinsel dokunulmazlık mı cinsel özgürlük mü olduğudur. Konuyla ilgili olarak doktrinde bir görüş, suçta korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğunu kabul etmektedir.¹⁰ Bu suç tipinde korunan hukuki menfaatin cinsel özgürlük¹¹ olduğunu kabul eden görüş ise cinsel dokunulmazlığın, cinsel özgürlüğün negatif yönünü teşkil ettiğini, bunun aslında hukuki konudan ziyade hukuki korumanın sonucu olduğunu ve bu nedenle korunan hukuki değer, cinsel özgürlük olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹² Ne var ki bir görüşe göre de çocuğun üzerinde tasarruf edemeyeceği bir özgürlüğün, korunan hukuki menfaat yönünden sırf özgürlükçü bir yaklaşım benimsenmesi amacıyla tercih edilmesi düzenlemenin ruhu ile bağdaşmayacaktır.¹³

Cinsel özgürlük kavramı, içerisinde birden çok menfaati barındırmaktadır. Çocuğun istismar edilmeme hakkı ve sağlıklı cinsel ge-

⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, (naklen), s.358; Aydın, s.19; Memiş Kartal, s. 143; Gökhan Taneri, Cinsel Suçlar, Ankara 2014, s. 87.

⁸ Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 330.

⁹ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 304. İtalya'da ileri sürülen bir görüşe göre de, cinsel dokunulmazlık bu suçun hukuki konusu olmaya elverişli olmayıp bu kavram olsa olsa hukuki korumanın sonucu olabilecektir. (bkz. Taner, s. 268.).

¹⁰ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s.166; Ali Parlar/Meltem Banko, 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Ankara 2014, s. 97; Aydın, s. 19; Memiş Kartal, s. 144; Tuğrul, s. 251.

¹¹ Savaşçı, s.19; Taner, s. 269; Tezcan/Erdem/Önok, s. 358; İlhan Üzülmöz / Mahmut Koca, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 312.

¹² Taner, s. 268-269.

¹³ Memiş Kartal, s. 143.

lişimi, bütünü; eş deyişle, *cinsel özgürlük kavramının bir parçası*; çocuğun ruh ve beden bütünlüğü ise *cinsel özgürlük kavramının bir yansımasıdır*. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçu da kendine has yapısı dolayısıyla birden fazla menfaatin korunmasını zorunlu kıldığından bu suçun hukuki konusunun cinsel özgürlük olduğu kanaatindeyiz. Cinsel dokunulmazlığın, bu suçun hukuki konusuna vücut veremeyeceği düşüncemizin temelinde ise kavramın, hukuki konudan ziyade sonuç niteliğinde olduğunu savunan görüş¹⁴ yer almaktadır.

C. SUÇUN MADDİ UNSURLARI¹⁵

1. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu şahıs veya şeydir.¹⁶ Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi konusu ise “çocuk”tur.¹⁷

2.Fail

Bu suçun faili, çocuklar da dâhil olmak üzere herkes olabilir.¹⁸ Çocukların cinsel istismarı suçu, farklı cinsten kişiler arasında işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilir.¹⁹

3. Mağdur

a. Çocuk Kavramı

Çocuk olmak şartıyla; kadın veya erkek herkes bu suçun mağduru olabilir.²⁰ TCK'nın 6/1-b maddesi uyarınca on sekiz yaşını doldurma-

¹⁴ Taner, s. 269.

¹⁵ Bu başlık altında fail ve mağdur ile ilgili olarak yapacağımız açıklamalar tekrara düşmemek adına aşağıda değerlendirme konusu yapılacak olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit ve nitelikli hali için de geçerlidir. Ayrıca Manevi Unsur konusu; suçun sarkıntılık halinde kalmış, basit ve nitelikli halleri için ayrı ayrı incelenecektir.

¹⁶ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, (Genel Kısım), s. 93.

¹⁷ Toroslu, Özel Kısım, s.64; Memiş Kartal, s. 144; Koca/Üzülmez, s. 314.

¹⁸ Taner, s.277; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Tezcan/Erdem/Önok, s.358; Parlar/Banko, s. 97; Memiş Kartal, s. 144; Aydın, s. 20.

¹⁹ Denizhan Horozgil, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli”, *TBB Dergisi*, 2011, S. 93, s.108-146; Aydın, s. 20; Üzülmez/Koca, 313; Parlar/Banko, s. 97; Aydın, s. 20; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 306.

²⁰ Toroslu, Özel Kısım, s. 64; Tezcan/Erdem/Önok, s. 359; Aydın, s. 22; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 29.05.2013 tarihli 2011/8774 E. 2013/6770 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s.114.

mış kişi çocuk sayılır.²¹ Burada aranan şart erginlik değildir.²² Bir kimse evlenme ya da mahkeme kararıyla ergin olsa bile on sekiz yaşından küçük olması halinde çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olabilecektir.²³ On sekiz yaşını tamamlamış kişiler ise ancak TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı veya TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçlarının mağduru olabilirler.

b. 15 Yaşından Büyük veya Küçük Olma

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK'nın 103. maddesiyle mağdurun yaşına göre, ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. İlk grup, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklardır. İkinci grup ise on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklardır.

i. On Beş Yaşını Tamamlamamış veya On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklar

Kanun koyucu; bu gruba giren çocukların, kendilerine yönelik gerçekleşen cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, cinsel davranışlara ilişkin rızalarına itibar etmemiştir.²⁴ Bir başka deyişle, bu çocuklara karşı işlenen cinsel istismar eylemlerinin rızaları hilafına işlendiği kabul olunmuştur.²⁵ On beş-on sekiz yaş arası çocuklardan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olanların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri mutlak olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrinde; on beş-on sekiz yaş arasındaki çocuklar bakımından

²¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1-a maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

²² Tuğrul, s. 254; Aydın, s. 23; Koca/Üzülmez, s. 313.

²³ Tuğrul, s. 254; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.331; Koca/Üzülmez, s. 313.

²⁴ Taner, s. 270; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.331; Parlar/Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 166; Suat Çalışkan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu, Ankara 2013, s. 86; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Memiş Kartal, s. 145.

²⁵ Tuğrul, s. 255; Parlar/Banko, s. 99; Parlar/Hatipoğlu, s. 168.

cinsel istismar suçunun oluşması için, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmasının gerekli görülmesi eleştirilmiştir.²⁶ Burada, mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak açısından bu kıstasa yer verildiği açık olsa da doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, suçun varlığının kabul edilebilmesi için mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değil yalnızca fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin aranması yeterli olacaktır.²⁷

Yargıtay bazı kararlarında²⁸ kanunda yazıldığı gibi **“Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği”** kavramını, kanundaki şekliyle aynen aktarmış; bazı kararlarında ise bu kavram yerine **“Fiilin(ahlaki)kötülüğünü idrak edemeyecek durumda olma”**²⁹ ya da **“Fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması”**³⁰ ifadelerini kullandığı görülmüştür. Bu iki ayrı ifadenin aynı suç tipine ait kararlarda kullanılması Yargıtay’ın bu konuda netlik kazanmış bir içtihat yeknesaklığı olmadığını ortaya koymaktadır.

ii. On Beş Yaşını Tamamlamış ve Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmiş Çocuklar

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

Kanunun ifadesinden, fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilen on beş-on sekiz yaş arasındaki çocukların rızalarının yokluğunun yeterli

²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.360; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.332; Horozgil, s. 124.

²⁷ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, İstanbul 2006, C. 1, s.398; Tezcan/Erdem/Önok, s.360; Horozgil, s. 124.

²⁸ Yargıtay 5.Ceza Dairesi’nin 16.03.2009 tarihli 2009/463 E. -2009/3140 K. sayılı kararı ile 06.04.2009 tarihli 2006/9273 E. 2009/4239 K. sayılı kararı için bkz. Tanager, s. 271 (dip. 38). Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 05.07.2012 tarih ve 2012/3900 E. 2012/7731 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 347.

²⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 23.03.2009 tarihli 2008/14544 E. -2009/3539 K. sayılı karar [Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 07.01.2015].

³⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 5.2.2007 tarihli E/K 11527/592 sayılı kararı için bkz. Ahmet Gündel, Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara 2009, s. 119.

olmadığı; cebre, hileye, tehdide ve iradeyi etkileyen diğer durumlara maruz kalmalarının zorunlu olduğu gibi mantığı olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi karşısında, on beş-on sekiz yaş arasında, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından; cebir, tehdit ve hilenin suçun unsuru olduğu,³¹ on beş yaşın altında ya da on beş yaşın üstünde olsa da fiilin hukuki anlamını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar için ise suçu ağırlaştırıcı bir neden olduğunu kabul etmek zorunlu olmaktadır. Bu nedenle doktrinde yer alan ve katıldığımız görüşe göre, ortaya çıkacak bu sorunların önüne geçilmesi için m. 103/1-b bendinde yer alan ifade *“diğer çocuklara karşı rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar”* ifadesiyle değiştirilmelidir.³²

Cebir kavramından anlaşılması gereken; “Mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak mağdurun hareket etmesine neden olan fiziki güçtür”.³³ Cebirin, eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyip mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılması yeterlidir.³⁴ Bir aşamaya kadar cinsel davranışa rıza gösterilmesinden sonra, failin bu rızasının sınırını geçmek için zor kullanması durumunda da suç cebir kullanılarak işlenmiş sayılır.³⁵ Cebirin; mağduru kurtarmaya gelen bir üçüncü kişiye karşı uygulanması halinde de suç yine cebren işlenmiş olur.³⁶ Cebir, mağdurun direncinin kırılmasının ötesine geçmiş ve direnci kırılan mağdura uygulanmaya devam edilmiş ise cebir eylemi ayrıca suç teşkil edecektir.³⁷

³¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.01.2014 tarihli 2013/7436 E. 2014/18 K. sayılı kararı [Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 07.01.2015].

³² Taner, s. 282.

³³ Aydın, s. 33; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 18.1.2010 tarihli 2009/12606 E. - 2010/93 K. sayılı kararında; cinsel istismar eyleminin mağdurun ağzının kapatılarak işlenmesini cebir sayılmıştır [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2014 tarihli 2012/523 E. 2014/205 K. sayılı kararında; cinsel istismar eyleminin, mağdurun ağzının kapatılarak işlenmesi halinde suçun cebir ile işlenmiş kabul edileceği belirtilmiştir. Karar için bkz. Parlar/Banko, s. 121.

³⁴ Tuğrul, s. 256; Aydın, s. 33.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 328; Aydın, s. 33.

³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 328; Aydın, s. 33. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s. 242.

³⁷ İhsan Akçin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan, 2006, S.1-2, s. 106.

Tehdit; cinsel davranışa rıza gösterilmemesi durumunda, mağdurun ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içerir.³⁸ Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nun 106. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı üzere bir somut olayda tehdit unsurunun bulunması için objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi ve tehdidin mağdur üzerinde ciddi korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Tehdit unsurunun varlığının kabulü için, tehdidin suçun işlendiği esnada ya da öncesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Suçun işlenmesinden sonra gerçekleşen tehdit fiili, TCK m. 106'da ifadesini bulan bağımsız bir tehdit suçuna vücut verecektir. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2014 tarihli 2012/533 E. 2014/215 K. sayılı içtihadında *"Sanığın fiilini gerçekleştirdikten sonra mağdurenin olayı başkasına anlatmasını engellemek amacıyla söylediği, "bunu kimseye söyleme babamın adamları var seni öldürürüz" şeklindeki sözlerinin varlığı halinde ancak ayrı ve bağımsız tehdit suçunun oluşabileceğini"* kabul etmiştir.³⁹

Suçun, mağduru üzerinde işleneceğinin söylenmesinin yanı sıra bu kötülüğün, mağdurun bir yakınına işleneceğinin söylenmesi halinde de tehdit unsuru vardır.⁴⁰ Bu kişinin mağdurun akrabası olması da gerekmez.⁴¹ Yeter ki; suçun mağduru ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin boyutu ve sarf edilen tehdidin niteliği itibarıyla mağdur, ileri sürülen sonuca katlanmak yerine; cinsel istismar fiiline razı olmak zorunda kalsın.⁴²

Hile; mağdurun cinsel davranışa yönelik olarak vereceği rızayı sağlamak amacıyla, mağdurun iradesini yönlendirmeye elverişli vasıtalarıdır.⁴³ Burada mağdurun faile gösterdiği rıza onun gerçek iradesi

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 330; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 19.06.2013 tarihli 2013/4780 E. 2013/7858 K. sayılı ve 17.04.2013 tarihli 2011/10217 E. 2013/4611 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 273/231.

³⁹ Parlar/Banko, s. 121; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 25.11.2014 tarihli 2014/6499 E. 2014/13221 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 12.02.2014 tarihli 2013/10485 E. 2014/1588 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 135.

⁴⁰ Aydın, s. 34; Tuğrul, s. 256.

⁴¹ Aksi yönde görüş için bkz. Parlar/Banko, s. 100.

⁴² Aydın, s. 34; Koca/Üzülmez, s. 351.

⁴³ Aydın, s. 34.

değildir.⁴⁴ Bu noktadaki tartışma, failin mağdura evlenme vaadinde bulunması ve bu vadi sonucunda cinsel eylemleri için mağdurun rızasını alması durumunda suçun oluşup oluşmadığıdır. Evlenme vaa-di, tek başına hileli bir davranış olarak nitelendirilemez.⁴⁵ Mutlaka bu vadin yanı sıra failin tüm davranışları bir bütün olarak değerlendirilmeli ve ortaya konulan hileli davranışların mağdurun rıza beyanı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gereklidir.⁴⁶

İradeyi etkileyen diğer nedenlerin; ne olduğu ise doktrinde tartışmalıdır. Bu kavramın belirsizliği suçta ve cezada kanunilik ilkesi-ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile eleştirilmektedir.⁴⁷ Kanaatimizce iradeyi etkileyen bir başka nedenden anlaşılması gereken TCK m.33'te belirtilen sağır ve dilsizlik ile alkol veya uyuşturucu madde etkisidir. Failin, mağdurun içeceği-ne ilaç katmak suretiyle onun uyku halinden faydalanarak yaptığı davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Katıldığımız görüşe göre; "Mağdurun alkol ya da uyuşturucu maddeyi kendi isteği ile almış olması ve bunun sonucunda oluşan sarhoş-luğundan yararlanılması durumunda da fail suçu iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak işlemiş sayılmalıdır".⁴⁸

Açıklamalarımızdan hareketle son olarak ve önemle ifade edilme-lidir ki, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçla-rını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızasıyla gerçekleştirilen ancak **cinsel ilişki ya da mağdurun vücuduna sair cisim sokma boyutuna varmayan davranışlar**, herhangi bir cinsel suça vücut ver-meyecektir. On beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve so-nuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar ile rızalarının varlığı halinde cinsel ilişkiye girmek ise TCK'da ayrı bir suç tipi olarak dü-zenlenmiştir. Ancak bu suç, çalışmamıza konu olan çocukların cinsel istismarı suçu değil; TCK m. 104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur.

⁴⁴ Tuğrul, s.258; Aydın, s. 34.

⁴⁵ Akçin, s.107; Tuğrul, s. 258-259; aksi yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, s. 172.

⁴⁶ Aydın, s.35; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 20.01.2014 tarihli 2012/7531 E. 2014/515 sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 126-127.

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.361; Horozgil, s. 125-126; Tuğrul, s. 260.

⁴⁸ Aydın, s.35; aynı yönde görüş için bkz. Horozgil, s. 126; Parlar/Hatipoğlu, s. 166; Parlar/Banko, s. 98.

c. Evli Çocuğa Karşı Cinsel Davranışta Bulunulması

Çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin olarak mağdur bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise evlilik ile erginlik kazanmış bir çocuğun suça vücut verebilecek cinsel davranışa maruz kalması halinde TCK'nın hangi hükümleri ile korunacağıdır. Bu konuda doktrinde iki temel tartışma bulunmaktadır. Bunlardan ilki; evli olan çocuğa eşi tarafından, suç niteliğinde bir cinsel davranışta bulunulması halinde ne olacağı iken diğeri ise evli bir çocuğa karşı üçüncü bir kişinin cinsel davranışlarının hangi suç tipine vücut vereceğidir.

On beş yaşın altında bir çocuğun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine⁴⁹ göre evlenemeyeceğini; evlilikle erginlik kazanabilecek çocukların, cinsel istismar suçu bakımından on beş-on sekiz yaş grubu çocukların içinde yer alacağını hatırlatmak, konunun anlaşılabilirliği açısından oldukça önemlidir. Yasal evlenme yaşının altındaki geçersiz evliliklerde, on beş yaşın altındaki mağdura, suça vücut verebilecek bir cinsel davranışta bulunan failin fiili, mağdurun rızası olsun ya da olmasın çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.⁵⁰

On sekiz yaşını doldurmadan hâkimin veya velisinin izni ile evlenen bir çocuğa, eşinin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle cinsel suça vücut verebilecek bir fiilde bulunması durumunda suçun niteliğinin ne olacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş; kanun koyucunun evlilik içinde gerçekleşen cinsel istismarı düzenlerken **korumak istediği hukuki menfaatlerden birinin aile birliği olduğunu belirtmiş** ve evlilikle reşit olmuş on sekiz yaşın altındaki mağdur bakımından da 102. maddedeki cinsel saldırı suçunun oluşabileceğini ifade etmiştir.⁵¹ Bu görüşe göre; on sekiz yaşından küçük olan mağdura karşı eşi dışındaki kişilerce gerçekleştirilen cinsel davranışlar, 103. madde kapsamında iken aynı davranışlar eş tarafından gerçekleştirildiğinde 102. maddenin uygulanması gerekir.

Doktrindeki bir başka görüş; yukarıda belirtilen gerekçeden farklı olarak, **evliliğin kişiyi ergin kılacağı gerekçesiyle**, evlilik içinde bu-

⁴⁹ TMK madde 124/I, "Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez."

⁵⁰ Taner, s. 273.

⁵¹ Taner, s. 161.

lunan çocuğa yönelik eşi tarafından yapılan cinsel saldırı niteliğindeki davranışların, TCK'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵²

Doktrindeki bir diğer görüş ise TCK'nın 103. maddesindeki suçun, mağdurun yaşını esas alarak düzenlendiğini ve on sekiz yaşın altındaki kişiye rızası olmaksızın eşi tarafından yapılan cinsel davranışların, TCK'nın 103. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir.⁵³

Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki evli olan çocuk, her ne kadar evlilikle erginlik kazansa da TCK'daki çocuk tanımının (*18 yaşını doldurmamış kişiler*) dışına çıkmayacaktır. Dolayısıyla evli olan çocuğa, eşi tarafından suç oluşturabilecek bir cinsel davranışta bulunulması halinde, kanun koyucunun saiki de göz önünde bulundurularak, bu davranış TCK 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşün benimsenmesi, çocuğun eşi ve başka bir fail tarafından çocuk üzerinde cinsel suça vücut verecek şekilde gerçekleştirdikleri fiiller bakımından, faillerin farklı kanun hükümleri çerçevesinde yargılanmalarına da engel olacaktır.⁵⁴

Kanaatimizce, on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğa kanun koyucunun verdiği evlilik izni, çocuğun, eş olarak sahip olduğu haklara bir yetişkin kadar vâkıf olduğunu göstermez. Belki de bu çocuk, evlilik birliği içinde kendisinin de eşi kadar saygıya layık olduğundan dahi bihaber olabilir. Dolayısıyla çocuğun evli olması, onu hukuken ergin kılsa da onun çocuk olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlenme sebebi de ergin olmayanları değil çocukları korumak olduğuna göre; cinsel istismar suçuna vücut verebilecek bir fiilin varlığında çocuk evli olsun ya da olmasın; bu hükmün koruması altında olacaktır.

Evlilikle reşit olmuş on sekiz yaşından küçük çocuğa yönelik üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlarda ise durum açıktır. Burada uygulanacak hüküm TCK m. 103 olacaktır.⁵⁵ Yuka-

⁵² Aydın, (naklen) s. 26. dip. 20'deki yazar.

⁵³ Aydın, s. 25; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Horozgil, s. 116-117; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362; Memiş Kartal, s. 148.

⁵⁴ Memiş Kartal, s. 148.

⁵⁵ Soyaslan, s. 241; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362; Memiş Kartal, s. 148.

rıda da ifade ettiğimiz gibi çocuğun evlilik ile ergin kılınması asla ve asla onun çocuk olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır ve cinsel davranışlar karşısında bir yetişkin kadar farkındalık sahibi olduğu anlamına gelmeyecektir.

d. Fail ve Mağdurun Çocuk Olması

Çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların suça vücut verip vermediği; ortada bir suç varsa bu suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu doktrinde önemli tartışmalara neden olmuştur. Örneğin; on beş yaşından küçük iki çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmeleri ya da cinsel amaçlarla birbirlerine dokunmaları halinde ya da on beş on sekiz yaş aralığında bulunan bir çocuk ile on beş yaşından küçük bir çocuğun cinsel ilişkide bulunması halinde durumun ne olacağı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Yine üzerinde durulması gereken bir başka husus da çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların bir suça vücut vermesi halinde suçun failinin kim olduğu sorunudur.

Konuya ilişkin doktrin tartışmalarına geçmeden önce 6545 sayılı Kanun'un bu konu özelinde getirdiği yenilikten bahsetmek yerinde olacaktır. 6545 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme öncesinde, cinsel istismar suçu bakımından faile ilişkin bir düzenleme bulunmamakta ve bu eksiklik, yukarıda da belirttiğimiz gibi; on üç yaşındaki bir erkekle on dört yaşındaki bir kız arasında gerçekleşen cinsel içerikli temasların, ceza hukuku açısından nasıl bir değere sahip olduğu konusunda belirsizliğe yol açmaktaydı. Ancak 6545 sayılı Kanun ile birlikte kanun koyucu; **çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun failinin çocuk olması halinde**, soruşturma ve kovuşturmayı; mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılmıştır. Bir başka deyişle; kanun koyucu, getirdiği bu yenilik ile çocuklar arasında gerçekleşen ve sarkıntılık düzeyinde kalan fiilleri cezalandırmayı tercih ettiğini açıkça ortaya koymuştur. Ne var ki; bu değişiklik, çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması halinden başka bir duruma çözüm getirmediği gibi bu düzenlemeyle çocuklar arasında gerçekleşen ve sarkıntılık düzeyinde kalan davranışlar sonucunda fail çocuk; ağır cezai yaptırımlara maruz kalma tehdidi ile karşı karşıya kalmıştır. Üstelik kanun değişikliğinden önce de olduğu gibi bu değişiklikte birlikte 14 yaşındaki iki çocuk arasında

gerçekleşen cinsel davranışların suça vücut vermesi halinde suçun failinin kim olacağı konusuna da açıklık getirilmemiştir.

Kanun değişikliğinin soruna çözüm bulmaması nedeniyle on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların, arkadaşlıkları esnasında merak ya da şehvi duygularla birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları halinde ceza hukuku açısından nasıl bir çözüm bulunacağı hususunda doktrindeki tartışmalar devam etmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁶; her iki çocuk da hem mağdur hem fail olabilecektir. Ne var ki bu görüşün benimsenmesi halinde karşısındaki çocuğu cinsel yönden istismar eden çocuğun aynı zamanda istismar edilen çocuk olduğu gibi temel ceza hukuku prensiplerine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bir diğer görüşe göre ise bu durumda fail olarak belirlenmesi gereken kişi, karşındakini bu fiilin gerçekleştirilmesine ikna eden taraftır.⁵⁷ Ancak bu görüşün benimsenmesi halinde de ikna eden tarafın tespiti bir hayli zor olacak ve adaletsiz hükümlere varılmasına neden olabilecektir. Sorunu, isnat problemi ile çözmeye çalışan görüşe göre TCK m. 31 çerçevesinde yaş gruplarına göre bir çözümleme yapmak gerekmektedir.⁵⁸ Doktrindeki bir diğer görüş ise sorunun çözümünün mevcut düzenlemelerle mümkün olmadığını ve çözüm için çocuklar arası cinsel davranışları düzenleyen bir hükmün TCK'ya eklenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹

Kanaatimizce bu konunun çözümü bir hayli zor olup kanunun düzenlemesi ise durumu daha da zorlaştırmaktadır. Bu konunun çözümlenmesinin zorluğu karşısında bütün ihtimalleri değerlendirerek bir çözüme varacak olursak; on altı yaşındaki bir çocuğun on dört yaşındaki bir çocuğa karşı suça vücut verebilecek cinsel davranışlarda bulunması halinde, on dört yaşındaki çocuğun rızası geçerli sayılmayacağı için burada suçun faili on altı yaşındaki çocuk olacaktır. Birbirine rıza ile cinsel davranışlarda bulunan çocukların ikisinin de on beş yaşından küçük olması ya da ikisinin de on beş on sekiz yaş aralığında yer alması hallerinde ise failin tespitinin zorluğu ve fail durumunda gösterilecek çocuğun ağır cezalarla karşı karşıya kalacağı ihtimalleri

⁵⁶ Aydın, s. 21. dip. 14'deki yazar.

⁵⁷ İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2005, s. 156; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 307.

⁵⁸ Detaylı ve isabetli değerlendirmeler için bkz. Taner, s. 289.

⁵⁹ Memiş Kartal, s. 158.

göz önünde tutularak herhangi bir cezai yaptırım uygulanmamalıdır. Ne var ki 6545 sayılı Kanun ile gelen açık hüküm karşısında; çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların, çocukların cinsel istismarı suçuna sarkıntılık boyutuyla vücut vermesi halinde, fail çocuğun fiilinin suç olmadığını iddia etmek kanunilik ilkesine aykırı olacaktır ve fakat bu suçun gerçekleşmesi durumunda, suçun failinin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık da bulunmamaktadır. Kanun koyucu, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışları cezalandırmayı tercih edecek ise bunu kanunda açıkça ifade etmeli ve failin tespit edilme yöntemini de ortaya koymalıdır. Aksi halde ortada faili ve mağduru tespit edilemeyen veya suç olup olmadığı konusunda bir mutabakata varılamayan bir karmaşanın dışına çıkılamayacaktır.

Bu konuda değinmek istediğimiz bir diğer husus ise on dört yaşındaki bir çocuk ile yedi yaşındaki bir çocuk arasında gerçekleşen cinsel davranışlarla on beş yaşını tamamlamaya sayılı günler kalmış iki çocuğun birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların aynı çözümsüzlükte oluşunun hakkaniyetli olmadığıdır.

Sonuç olarak; yaşları birbirine yakın ve aynı idrak derecesinde olan çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışları cezalandırmak kanaatimizce suç tipinin düzenleniş amacına uygun değildir. Burada bu davranışları cezalandırma iradesi gösterilecekse de suç tipinde fail ve mağdurun yaşı açısından üçlü ya da dörtlü ayrımlara gidilmeli⁶⁰ ya da yaş farkı kıstası konulmalıdır.⁶¹

4. Davranış – Sonuç

a. Sarkıntılık

6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103. maddesi değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikte göze çarpan önemli hususlardan biri de cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun, suçun basit şeklinden daha az bir yaptırıma bağlanmış olmasıdır. TCK madde 103'ün deği-

⁶⁰ 15-18 yaş, 12-15 yaş, 9-12 yaş, 9 yaş altı gibi 4 farklı yaş grubunun benimsenmesi ve bu doğrultuda üst grup ile alt grup arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlarda üst gruptaki çocuğun fail sayılması gibi.

⁶¹ Örneğin; yaşları farkı 5'den fazla olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda yaşı büyük olan çocuğun fail sayılması gibi.

şiklikten önceki halinde suçun basit şeklini organ veya cisim sokma boyutuna varmayan fakat vücut teması teşkil eden cinsel davranışlar; nitelikli halini ise organ veya cisim sokma suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar oluşturmakta iken⁶² getirilen yeni düzenleme ile **sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı da** kanuna eklenmiştir.⁶³ 765 sayılı mülga TCK'daki suç tipleri ile getirilen yeni düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 765 sayılı mülga TCK madde 421'de düzenlenmiş olan sarkıntılık suçunun elle çocuğa karşı işlenmesi TCK'daki sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı suçu olarak tezahür etmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar mülga kanun zamanında failin mağdura karşı gerçekleştirdiği, temas içermeyen, laf atma boyutunda kalmış fiilleri de sarkıntılık suçuna vücut verse de TCK'da sarkıntılık suçunun çocukların cinsel istismarının basit halinin altında düzenlenmesi ve cinsel istismar fiilinin en temel unsurlarından birinin de "temas" unsuru olması nedeniyle laf atma boyutunda kalan fiillerin sarkıntılık suçuna vücut vermesi bugün için mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında failin, otobüste mağdurun kalçasına kısa süreliğine dokunması veya mağdurun yanağını/dudağını şehvi duygularla bir an için öpmesi sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, bütün yol boyunca bir erkeğin arkasından ıslık çalan ve onu takip eden kadının fiili ise temas unsurunu içinde barındırmadığı için sarkıntılık suçuna vücut veremeyecektir.

Çocukların basit cinsel istismarı suçunun sarkıntılık suretiyle işlenen hafif halinin getiriliş amacı madde gerekçesinde aynen şu şekilde belirtilmektedir: "*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102. maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.*" Gerekçeden de anlaşıldığı üzere "sarkıntılık" kavramının yeniden kanunda yer bulması, süre-

⁶² Fahri Gökçen Taner, "6545 sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", Güncel Hukuk, Ağustos 2014, S. 8-128, s. 60-63(6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri).

⁶³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 22.09.2014 tarih ve 14.Ceza Dairesi 2012/13556 E. 2014/10229 K. sayılı kararında; sanığın mağdureyi omzundan çekerek öpmeye çalışmak şeklinde gerçekleşen eyleminin sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

lilik arz etmeksizin ani hareketlerle yapılan ve fakat çocukların cinsel istismarı suçunun basit haline vücut vermeyen davranışlara verilecek cezanın hafifletilmesi, eş deyişle suça verilecek cezanın; suçun basit halinin temel şeklinden daha az olması gerekliliğinden doğmuştur. Zira madde metninde de açıkça belirtildiği üzere çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinde failin sekiz yıldan on beş yıla kadar; suçun sarkıntılık suretiyle basit halinin işlenmesinde ise failin üç yıldan sekiz yıla kadar cezalandırılabilmesi belirlenmiştir.

TCK madde 103'teki değişiklik değerlendirildiğinde; çocukların cinsel istismarının basit haline vücut vermeyen ve fakat çocuklara karşı gerçekleşen **sürekli nitelikte olmayan ani cinsel davranışlar** sarkıntılık düzeyinde kalacaktır ve suçun basit halinden daha az bir cezaya hükmedilecektir. Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 24.09.2014 tarih ve 2012/15273 E. 2014/10407 K. sayılı kararında "*Sanığın üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un ilgili maddesi ile değişik kanun maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu...*" hüküm altına alınmıştır.⁶⁴

Sarkıntılık suretiyle çocukların basit istismarı suçunun faili ve mağduru ile ilgili açıklamalarımız çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ile aynı içerikte olduğundan tekrara düşmemek adına bu bölümde belirtilen konulara yer verilmemiştir.

b. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Hali

i. Genel Olarak

TCK m. 103/I'de çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali düzenlenmiştir. Buna göre; mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen fakat cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ve sarkıntılık sınırını aşan cinsel davranışlar bu suça vücut verecektir.⁶⁵

⁶⁴ [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 06.01.2015].

⁶⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.09.2014 tarihli 2012/15205 E. 2014/10075 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 06.01.2015].

ii. Suçun Maddi Unsuru⁶⁶

Fiil

TCK m. 103/I' e göre; çocukların cinsel istismarı suçunun basit şeklinin maddi unsurunu oluşturan fiil, henüz on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış; on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını da algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara ise cebir, tehdit, hile ve ya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranıştır.

Maddede yer alan “her türlü cinsel davranış” deyimini, suçun sınırlarını belirsiz kılmakta ve TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu ile çocukların cinsel istismarı suçu arasındaki ayrımı da anlaşılabilir hale getirmektedir.⁶⁷ Yargıtay, bu sorunun çözümünde maddeyi dar yorumlamış ve çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için “**temas**” unsurunun varlığını aramıştır.⁶⁸ Bu noktada 6545 sayılı Kanun ile TCK'da yapılan önemli bir değişikliğe değinmek gerekmektedir. 6545 sayılı Kanun'dan önce, TCK 105' de düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenemeyeceğini savunan bir görüş⁶⁹ olmasına karşın işbu değişiklik, cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceğine dair bir şüphe kalmamıştır.⁷⁰

Dolayısıyla failin, mağdura yönelik gerçekleştirdiği cinsel davranış; mağdura dokunmayı, ona temas etmeyi içermiyorsa; fiil TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçuna vücut verecektir. Buna göre; çocuğun karşısına geçip ona cinsel organını göstermek, cinsel içerikli şarkılar söylemek, mağdura dokunmadan ondan soyunmasını istemek ve onu izlemek gibi eylemler; temas içermediğinden

⁶⁶ Tekrara düşmemek adına fail ve mağdur bölümlerine ilişkin yeniden açıklama yapılmayacaktır.

⁶⁷ Aydın, s. 28; Horozgil, s. 121.

⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 363.

⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 314; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362.

⁷⁰ TCK 105: “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.⁷¹ Kanaatimizce; çocukların cinsel istismarı suçunun vücut bulması için “temas” şartını katı bir biçimde aramak suçun düzenleniş saikine aykırıdır. Bu düzenleme ile çocuğun karşısına geçip saatlerce ona cinsel organını gösterip kendini tatmin eden bir kişinin fiili cinsel taciz suçuna vücut verecek ve failin alacağı cezanın miktarı kamu vicdanını tatmin etmeyecektir.

Temas kavramından, sadece failin, mağdurun vücuduna temas etmesi gerektiği sonucu varılmamalıdır. Örneğin; 11 yaşındaki çocuğun; failin zorlamasıyla failin vücuduna dokunması da “temas” unsurunu içerdiği için çocukların cinsel istismarı suçunun basit haline vücut verebilecektir.

iii. Suçun Manevi Unsuru

Failin objektif nitelikte şehvi bir davranış gerçekleştirdiğine dair bilinç ve iradesi suçun oluşması için yeterlidir; bir başka deyişle, suç genel kastla işlenebilir.⁷² Zira kanun metninde failde, cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre⁷³ ise çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinin oluşabilmesi için failde, özel kastın bir başka deyişle cinsel duyguları tatmin etme amacının aranması gerekmektedir. Ne var ki; suçun oluşması için, failin cinsel arzularını tatmin amacı taşıması bir şart olarak kabul edilirse; kıskançlık, öç alma, küçük düşür-

⁷¹ Aydın, s. 29; Parlar/Hatipoğlu, s. 168; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.05.2013 tarihli ve 2012/14-1538 E. ve 2013/255 K. sayılı kararında “Dosya kapsamına ve mahkemenin kabulüne göre, sanığın, cep telefonu ile 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurenin kullanmakta olduğu cep telefonuna, ‘ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin’ şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderme eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanlışlıkla düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmasında isabet görülmemiştir”. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli 2012/2052 E. 2014/280 K. sayılı kararında “Sanığın, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin yolda yürümekte olan mağdureye ıslık çalması, eliyle gel işareti yapması ve evine kadar takip etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, bedensel temas içermeyen eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmesi gerekir.” ifadelerine yer vermiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.05.2013 tarihli 2013/509 E. 2013/5632 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 106.

⁷² Horozgil, s. 131; Memiş Kartal, s. 214; Veysel Gültaş/ Remzi Gündüz, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Ankara 2008, s. 54; Özbek/Kanbur/Doğam/Bacaksız/Tepe, s. 341; Tuğrul, s. 275; Koca/Üzülmez; s. 316.

⁷³ Şen, s. 399; Parlar/Hatipoğlu, s. 168; Çalışkan, s. 89.

me özel saikleri ile gerçekleşen cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçuna vücut vermesi mümkün olmayacaktır.

c. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali

i. Genel Olarak

TCK'nın 103. maddesinin ikinci fıkrasında, çocukların cinsel istismar suçunun vücuda organ ya da sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Mağdurun vücuduna fail tarafından, failin kendisine veya bir başkasına ait bir organ veya herhangi bir cisim sokulması durumunda suçun nitelikli hali vücut bulacaktır.⁷⁴

Bu halde, suçun basit şeklinde olduğu gibi on beş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmemiş çocuğun rızası kabul edilmiştir. On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi, fiilin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Cinsel istismarın, on beş yaşını doldurmuş çocukların rızasıyla gerçekleşmesi halinde cezai sorumluluk tamamen ortadan kalkmaktaki; cebir, tehdit, hile olmaksızın gerçekleştirilen bu fiil TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermektedir. TCK m. 104 kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli bir sorun, on beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğun vücuduna cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel organ dışında başka bir organ veya sair bir cisim sokulduğunda ne olacağıdır. Cinsel ilişki Yargıtay kararlarında⁷⁵, "*Aktif failin tenasül organını, diğerinin vücuduna normal ya da anormal yollarla sokması*" olarak tanımlanmaktadır. Yani; on beş yaşını doldur-

⁷⁴ Aydın, s. 35; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 306; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 06.05.2014 tarihli, 2014/3536 E. 2014/6122 K. sayılı kararı; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 18.09.2014 tarihli 2014/4616 E. 2014/ 10137 K. sayılı kararı. 14.Ceza Dairesi'nin 2012/13488 E. 2014/10166 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.06.1990 tarihli ve 1990/101 E. 1991/56 K. sayılı kararı için bkz. Cankat Taşkın, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", <http://can-kattaskin.av.tr/wpcontent/uploads/2011/03/çocuğun-cinsel-istismarı.pdf>.

muş çocuğun rızasıyla cinsel organına bir cisim sokan kişi, bu fiil cinsel ilişki sayılamayacağından cezalandırılmayacaktır. Bu konuda bir boşluk olduğu açıktır. Doktrinde bu konunun çözümünün bir kanun değişikliğiyle mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre yapılacak değişiklikle 104. madde “*Cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokan kimse... cezalandırılır.*” şeklinde değiştirilmelidir.⁷⁶

ii. Suçun Maddi Unsuru

Fiil

Mağdurun vücuduna fail tarafından, kendisine veya bir başkasına ait bir organ veya herhangi bir cisim sokulması durumunda suçun nitelikli hali oluşacaktır.⁷⁷ Fiil, fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, failin cebir ve tehdit kullanması neticesinde bizzat mağdur tarafından da gerçekleştirilebilir.⁷⁸ Madde metninde sadece vücut kelimesi geçmesine rağmen vücudun hangi bölgesine organ veya sair bir cismin sokulacağı belirtilmemiştir. Zira sadece maddenin lafzına bakıldığında, mağdurun vücuduna herhangi bir yoldan cisim sokulması fiili de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli haline vücut verebilecektir. Ancak TCK'nın 103. maddesinin gerekçesinde “... İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.” şeklinde yapılan atıf ile suçun nitelikli haline ilişkin TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda fiilin; anal, oral ya da vajinal yoldan vücuda penis veya sair bir cisim ithal edilmek suretiyle gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.⁷⁹ Bu kapsamda kanaatimizce, vücutta yer alan kulak deliği, burun boşlukları gibi yerlerin her

⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 307.

⁷⁷ Aydın, s.33; Parlar/Banko, s. 101; Çalışkan, s. 107.

⁷⁸ Memiş Kartal, s.183.

⁷⁹ Tuğrul, s. 277; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/3081 E. 2014/1371 K. sayılı kararında mağdurun ağızına cinsel organını sokan failin fiilinin; çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli haline vücut vereceği ifade edilmiştir. Karar için bkz. Parlar/Banko, s. 133.

ne kadar organ ya da cisim sokma eylemine müsait olsa da maddenin düzenleniş amacı da dikkate alındığında bu eyleme cinsel davranış niteliği kazandırmaya elverişli değildir.⁸⁰

Madde metninde “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanılmış olması da değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Kanunun lafzına bakıldığında vücuda girme özelliği bulunan parmak, dil gibi diğer organlar ile de fiilin gerçekleştirilmesi mümkündür.⁸¹

Ağza parmağın veya cop gibi cisimlerin sokulmasının nitelikli cinsel istismar sayılıp sayılmayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş; bu gibi eylemlerin cinsel davranış sayılmayacağını dolayısıyla suç oluşturmayacağını savunmaktadır.⁸² Diğer bir görüş ise farklı bir gerekçeyle cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olsa da bunu gerçekleştirmeye elverişli olmayan parmak, cop ve sopanın ağza sokulmasının suçun nitelikli halini oluşturmayacağını ileri sürmüştür.⁸³ Yargıtay da aynı doğrultuda; cinsel amaçla da olsa failin mağdurun ağzına parmaklarını sokması ve dilini okşamaması şeklindeki eylemini basit cinsel istismar olarak kabul etmektedir.⁸⁴ Ağza parmak sokulmasının nitelikli cinsel istismar sayılması kanaatimizce mümkün değildir. Ancak cinsel saikle hareket ederek çocuğun ağzına elini sokan failin davranışına ilişkin; “cinsel davranış içermez” şeklindeki bir yorumun sonucunda suç oluşmaz hükmüne varmak da hakkaniyetli olmayacaktır. Kanaatimizce burada suçun basit hali vücut bulacaktır.

Kadın failin kendi vücuduna, erkek mağdurun bir organını veya bir cismi sokturmasının suçun nitelikli halini oluşturup oluşturmayacağı da tartışma konusu olmuştur. Doktrinde, kişinin kendisine organ veya sair bir cisim sokturması eyleminin de organ sokan çocuğa

⁸⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Parlar/Banko, s. 102; Parlar/Hatipoğlu, s. 170; Memiş Kartal, s. 182.

⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 09.04.2013 tarihli 2012/14-1421 E. 2013/125 K. sayılı kararında; failin, çocuğun vücuduna parmak sokması fiilinin suçun nitelikli haline vücut vereceği kabul edilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015]; Aydın, s.33.

⁸² Necati Apaydın, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, s.150.

⁸³ Akçin, s.111; Parlar/Banko, s. 102; Parlar/Hatipoğlu, s. 170.

⁸⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 27.05.2009 tarih ve 2009/618 E. 2009/6448 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 278.

karşı çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini oluşturacağı genel olarak kabul edilmiştir.⁸⁵ Bir görüşe göre failin, organ veya cisim sokma eyleminin aktif veya pasif süjesi olması aranmamaktadır. Bu nedenle organ veya cisim sokan kim olursa olsun, eyleme rızanın bulunmadığı ya da rızanın hukuken geçerli olmadığı ve taraflardan birinin maddede öngörülen çocuklardan biri olduğu durumlarda suç oluşacaktır.⁸⁶Yargıtay ise yaşı küçük mağdurun cinsel organının kendi vücuduna sokturan failin eylemini, cinsel istismar suçunun basit halini oluşturacağını, failin “organ sokma” fiilini düzenleyen 103.maddenin 2.fıkrası uyarınca cezalandırılmayacağını benimsemiştir.⁸⁷ Kanaatimizce madde metni yorumlandığında; kimin vücudu olduğuna dair *-fail ya da mağdur-* herhangi bir kısıtlama getirilmeksizin fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde suçun nitelikli halinin oluştuğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan Yargıtay’ın yukarıda belirtmiş olduğumuz kararındaki nitelemenin aksine yaşı küçük olan mağdurun cinsel organını failin zorla kendi vücuduna sokturması fiilinin de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini oluşturacağı muhakkaktır. Zira fail tarafından kendi vücuduna organ veya cisim sokturularak istismar edilen çocuğun, kendisine organ veya sair bir cisim sokulan çocuktan daha az mağdur olduğu veya cinsel yönden daha az istismar edildiği söylenemez.⁸⁸

ii. Suçun Manevi Unsuru

Doktrindeki bir görüş, TCK m. 103/II bakımından özel kastın aranması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁹ Doktrinde çoğunlukla kabul

⁸⁵ Parlar/Banko, s.102; Akçin, s.110; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 369.

⁸⁶ Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2005, s. 353; Parlar/Hatipoğlu, s. 170.

⁸⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 08.10.2013 tarihli ve 2013/7470 E. 2013/10266 K. sayılı kararı ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 03.05.2010 tarihli 2009/14703 E. 2010/3231 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 08.01.2015]. Aynı doğrultuda bkz. Gültaş/Gündüz, s. 55; Memiş Kartal, s. 183.

⁸⁸ Aydın, s.35.

⁸⁹ Şen, s. 399. Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/4067 E. 2014/1289 K. sayılı kararında “Sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olması için yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekir.” ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 08.01.2015]

edilen ve katıldığımız bir diğer görüşe⁹⁰ göre ise nitelikli cinsel istismar bakımından failde genel kastın var oluşu suçun oluşması için yeterli olacaktır.

D. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA HATA KAVRAMI

Ceza sorumluluğuna etki eden hallerden hata hali TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hatanın, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Mağdurun rızası hilafına cinsel davranışta bulunan fail, mağdur on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen onu 18 yaşından büyük zannediyorsa, hatasından yararlanır. Ne var ki failin bu hatası fiili hukuka uygun hale getirmez yalnızca suçun niteliğini değiştirir. Bir başka deyişle; fail, cinsel istismar suçundan değil, cinsel saldırı suçundan yargılanır. Çocuğun vücudunun erken gelişmesi, inandırıcı beyanı, çocuğun faile yaşının büyük olduğuna dair belgeler göstermesi durumlarında⁹¹ hatanın kaçınılmaz olduğu sonucuna varılabiliyorsa, hatanın kastı kaldırdığını kabul etmek gerekir.

On beş- on sekiz yaş aralığında olan bir çocukla cinsel ilişkiye giren failin mağdurun rızasının varlığı üzerinde bir hataya düşmesi, fiili suç olmaktan çıkartmaz. Ancak failin hatası esaslı bir hata ise artık vücut bulan suç, çocukların cinsel istismarı değil TCK 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olacaktır.

⁹⁰ Taner, s. 296-297; Şen, s. 399. Çalışkan, s. 108; Parlar/Banko, s. 17; Gültaş/Gündüz, s. 56.

⁹¹ Taner, (naklen) s.298; Faruk Erem/ Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003, s.300; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.11.2013 tarihli 2013/14-573 E. 2013/432 K. sayılı kararında Lise 1. sınıf öğrencisi olan mağdurla aynı okulda öğrenci olan sanığın, mağdurun yaşını bilmediği ve bu noktada hataya düştüğüne dair iddiasını hayatın olağan akışına uygun bulmamıştır. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.11.2013 tarihli 2013/14-564 E. ve 2013/445 K. sayılı kararında, mağdure ile bir süre nişanlı kaldıktan sonra düğün yaparak birlikte yaşamaya başlayan failin, mağdurenin yaşını bilmediğine ilişkin iddiasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.12.2013 tarihinde vermiş olduğu 03.12.2013 tarihli ve 2013/14-576 E. 2013/581 K. sayılı kararında, mağdure ile olay tarihinden 7 gün önce tanışan failin, mağdurenin görünüş itibarıyla 15 yaşından büyük gösterdiğine ve tüm uğraşlarına rağmen gerçeği öğrenme imkânının olmadığına ilişkin iddialarını haklı bularak, failin mağdurun yaşı konusunda düştüğü hatayı esaslı hata olarak kabul etmiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

Failin, çocukların cinsel istismarı suçunun kural ya da unsurlarında hataya düşmesi ise fail açısından bir değer taşımamaktadır. TCK'nın 4. maddesi uyarınca *"Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılamaz"*. Farklı bir örnek ile oraya koyacak olursak; failin *"Ben mağduru 17 yaşında sanyordum"* demesi ceza hukuku açısından bir değer taşıyabilecek ve bu hatası esaslı sayılabilecektir. Ne var ki failin *"Ben 14 yaşındaki mağdurla cinsel ilişki yaşamamın suç olduğunu bilmiyordum"* demesi ceza hukuku açısından bir değer taşımamaktadır.

E. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK 24 ve devamı maddelerinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen ve bunların varlığı halinde fiili suç olmaktan çıkaran haller şu şekilde belirtilmiştir: Kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası. Ne var ki belirtilen bu hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin suçta bulunabilmesi her zaman mümkün olmamaktadır.⁹² Çocukların cinsel istismarı suçunun kendine has yapısı gereğince; hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecek nadir durumlar aşağıda sayılmıştır:

TCK'nın 26/2 maddesi uyarınca; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olarak açıkladığı rıza beyanı, fiili hukuku aykırı olmaktan çıkarır. Ancak rıza beyanının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir konunun bulunması ve rıza gösterenin rıza açıklama yeteneğine sahip olması gerekmektedir.⁹³

Makaleye konu suç tipinde, suçun mağduru olan çocuğun on beş yaşından büyük olması durumunda, mağduru kendisine yönelik cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara karşı göstereceği rıza, eylemi hukuka uygun hale getirir. Ne var ki mağdur çocuğun on beş yaşından küçük olması halinde; her türlü cinsel davranışa karşı göstereceği rıza geçersiz olacaktır. Bununla birlikte on beş yaşından büyük mağdura yönelik cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna varırsa; mağdur, fiile karşı rıza gösterse dahi fiil suça **-reşit olmayanla cinsel ilişki-** vücut verecektir.

⁹² Memiş Kartal, s. 208.

⁹³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2013, s.285; Nur Centel/Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2014, s. 315.

Rızanın, suçu hukuka uygun hale getirdiği durumlarda; çocuğa karşı cinsel davranışta bulunan kişinin fiili, çocuğun rıza gösterdiği sınırdaki kalmalıdır. Bu sınırın aşılması halinde fiil; yeniden suça vücut verecektir. Örneğin; başlangıçta erkek arkadaşının bacaklarına dokunmasına izin veren on altı yaşındaki çocuğun; bacaklarından başka bir bölgeye temas edilmesine rızası yok ise bu aşamadan sonra çocuğun cinsel organına temas eden erkek arkadaşın fiili; çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.

Bir hekimin veya sağlık çalışanının tıbbi tedavi amacıyla bir çocuğun vücuduna dokunması, cinsel organına bakması veya dokunması hukuka aykırılık unsuru taşımadığı için suça vücut vermeyecektir. Ancak hekim ya da sağlık çalışanı, tıbben gerekmediği halde kendisine hasta olarak müracaat eden çocuğa temas ediyorsa bu fiil çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.⁹⁴

III. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

A. FAİL İLE MAĞDUR ARASINDAKİ AKRABALIK VE İLİŞKİ

TCK m. 103/III'e göre failin, mağdurun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısmı, üvey babası, üvey anası, üvey kardeşi, evlat edineni, vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, koruyucu ailesi olursa ya da fiil sağlık hizmeti veren veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenirse ceza arttırılmaktadır.

Maddenin 3. fıkrasında fail açısından kişisel ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir. Kişilerin sıfatı madde metninde sayılmıştır ancak bu ağırlaştırıcı nedenler, sadece maddede sayılan kişilere uygulanmayacaktır. Çünkü madde metninde "*...koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin ve hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle...*" ifadesine yer verilerek bu hükmün, sayılan kişilerle sınırlı olmadığı belirtilmiştir.⁹⁵

⁹⁴ Aydın, s. 59.

⁹⁵ Meran, s. 353.

a. Üçüncü Derece Dâhil Kan ve Kayın Hısmı

Üst Soy

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, çocukların cinsel istismarı suçunun üst soya yönelik olarak işlenmesi, suç tipinde nitelik unsur olarak düzenlenmişti. Yapılan değişiklikle üstsoy kavramı madde metninden çıkarılmışsa da yeni düzenlemede yer alan “üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı” kavramı üstsoyu da kapsadığı için; çocukların cinsel istismarı suçunun üst soy tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı neden olması hususunda bir değişiklik olmamıştır. Üst soy; TMK m. 17/II uyarınca, biri diğerinden gelen kişiler arasındaki üstsoy altsoy hısımlığını ifade etmektedir. Buna göre; cinsel istismar suçunun failinin, mağdurun üst soyu sayılan annesi, babası veya bunların anne ve babaları olması durumunda, suçun nitelikli hali meydana gelmiş olur. Bu failin, mağdura karşı eyleminin 103. maddenin birinci fıkrasında veya ikinci fıkrasında sayılan suç kapsamında kalması arasında bir fark yoktur. Mağdurun üst soyu sayılan failin fiili, 103. maddenin birinci fıkrası kapsamında kalıyor ise, bu madde uyarınca alt ve üst sınırlar arasında belirlenecek ceza üzerinden üçüncü fıkradan artışı yapılacaktır. Failin fiili, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokma niteliğinde ise, 103. maddenin ikinci fıkrası uyarınca alt ve üst sınırlar arasında belirlenecek ceza üzerinden üçüncü fıkradan artışı yapılabilecektir.⁹⁶

İkinci derece ve üçüncü derece kan ve kayın hısımlığı

TMK'nın 17/1 maddesine göre “*kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur*”. Buna göre mağdurun kardeşleri, mağdurun ikinci derece kan hısımları durumundadır. Yine mağdurun teyzesi, amcası ve halası ise üçüncü derece kan hısmı durumundadır. Adı geçen bu kişilerin mağdura yönelik cinsel istismarda bulunması durumunda, failin cezasında TCK m.103/III uyarınca artışa gidilecektir.

6545 sayılı Kanun ile yapılan önemli değişikliklerden biri de kayın hısımlığının da TCK m. 103/III kapsamında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olmasıdır. TMK m. 18/1 uyarınca “*Eşlerden biri ile diğer*

⁹⁶ Aydın, s. 38.

eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur". Bu bağlamda mağdurun eşinin üçüncü dereceye kadar kan hısımları, mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısmı olur. Bir başka deyişle; mağdurun eşinin annesi, babası, büyük annesi ve büyük babası, torunu, kardeşleri, teyzesi, dayısı, amcası ve halası; mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısmı durumundadırlar.⁹⁷ Oluşan bu hısımlık da TMK m. 18/II hükmü gereğince evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Evlilik birliğinin mutlak butlanla batıl olması halinde ise kayın hısımlığı hiç oluşmamış sayılır.

Bu nitelikli halin uygulanması için failin böyle bir akrabalık ilişkisinin varlığını bilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır.⁹⁸

b. Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, suçun, mağdurun üvey babası tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülürken; üvey anne ve üvey kardeşler bu düzenlemenin dışında idi. Yapılan isabetli değişiklikle birlikte üvey anne ve üvey kardeş de madde kapsamına alındı. *Mağdurun üvey babası*, mağdurun annesinin, kendi öz babasından sonra evlendiği erkek; *Mağdurun üvey anası*, mağdurun babasının, kendi öz annesinden sonra evlendiği kadın; *Mağdurun üvey kardeşi* ise, üvey ana ve babanın önceki evliliklerinden olma çocuklarıdır.⁹⁹ Mağdurun annesinin veya babasının, sonradan evlendiği erkeğin veya kadının önceki birlikteliklerinden olan çocukları mağdurun üvey kardeşi değildir.¹⁰⁰ Üvey babanın ya da annenin çocukların cinsel istismarı suçunu işlemesini suçun ağırlaştırıcı nedeni kabul etmek için üvey anne ya da babanın mağdur çocukla birlikte yaşamasına gerek yoktur.¹⁰¹ Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, çocuğun annesi ile üvey baba, babası ile üvey ana arasındaki evlilik ilişkisinin suç işlendiği sırada var olması gerekir.

Fail ile mağdur arasında evlatlık ilişkisi olması da TCK m. 103/III kapsamında cezayı arttıran nitelikli bir unsurdur. TMK'nın 305 vd. maddeleri gereğince mahkeme tarafından evlat edinme kararı veril-

⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 309; Memiş Kartal, s. 189.

⁹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 340

⁹⁹ Aydın, s.39; Parlar/Banko, s.104.

¹⁰⁰ Aydın, s. 39.

¹⁰¹ Aydın, s. 40.

mesi ve bu kararın kesinleşmesi ile evlatlık ilişkisi başlar.¹⁰² Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için evlat edinenin cinsel istismarda bulunduğu evlatlığı ile birlikte yaşıyor olması gerekli değildir.

c. Vasi

Vasi; TMK'nın 404 vd. maddelerine göre velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh hukuk hâkimi tarafından tayin edilen kimselerdir. Bu kimselerin, vasi olarak atandığı çocuğa yönelik olarak cinsel istismar suçunu işlemesi durumunda cezasında artış yapılır. Bu maddenin uygulanabilmesi için vasinin, istismarda bulunduğu çocuk ile birlikte yaşıyor olması gerekmediği gibi; vasinin erkek ya da kadın olması bakımından da bir fark bulunmamaktadır.¹⁰³ Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, madde düzenlenmesinde fiilin kayyım tarafından gerçekleştirilmesi halinin ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemiş olmasıdır. Yasanın korumak istediği amacın çocukların cinsel istismara karşı azami oranda korunması gerekliliği olduğu göz önüne alındığında düzenlemenin belirtilen çerçevede eksik olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁴

d. Eğitici, Bakıcı, Öğretici, Koruyucu Aile

Çocuğun eğitimi, öğretimi veya bakımı amacıyla görevlendirilmiş kimseler tarafından suçun işlenmesi de cezayı arttıran bir unsurdur. **Eğitici**; çocuğun eğitim ve terbiyesiyle ilgilenen -örneğin; satranç, basketbol, futbol, drama, bale gibi sanat ve sosyal aktivite konularını öğreten kişidir. Eğitcinin ücretli ya da ücretsiz çalışması, suçun ağırlaştırıcı nedeni olması bakımından bir önem taşımamaktadır.¹⁰⁵

Bakıcı; çocuğun süreli ya da süresiz, ücretli ya da ücretsiz olarak bakılması için kendisine bırakıldığı kişidir.¹⁰⁶ Öğretici ise; çocuğa -okulda, dil kursunda, vb.- bir şeyler öğreten kişi anlamına gelmektedir.¹⁰⁷

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için suçun görev sırasında işlenmesinin gerekip gerekmediği hususunda doktrin ve Yargıtay ara-

¹⁰² Parlar/Hatipoğlu, s. 172; Gültaş/Gündüz, s. 57; Murat Aydoğdu, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara 2010, s. 447-448.

¹⁰³ Aydın, s. 40.

¹⁰⁴ Tuğrul, s.302.

¹⁰⁵ Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s.651; Aydın, s. 41; Çalışkan, s. 110; Parlar/Hatipoğlu, s. 172.

¹⁰⁶ Artuç, s. 652; Bir başka tanım için bkz. Memiş Kartal, s. 193.

¹⁰⁷ Tuğrul, s.302.

sında fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre; suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim öğretim ilişkisinin varlığı bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterlidir.¹⁰⁸ Yargıtay ise ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için suçun işlendiği sırada bu ilişkinin bilfiil devam etmesi şartını aramaktadır.¹⁰⁹

e. Koruyucu Aile

Korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını gerektiren süreç içerisinde aile ortamında yetiştirilmesinin sağlanması amacıyla oluşturulmuş koruyucu aile modellerine göre; bir çocuğa koruyucu aile olarak atanan kişi veya kişilerin, bu çocuğa yönelik olarak cinsel istismarda bulunması halinde cezada artış yapılmalıdır.

f. Sağlık Hizmeti Veren

Sağlık hizmeti verenin kim olduğu kanunda belirtilmemiş olsa da; hekimler, hemşireler, ebeler, laborantlar, sağlık memurları, hasta bakıcılar bu kapsamda değerlendirilebilir.¹¹⁰ Sağlık hizmeti veren fail hakkında bu maddenin uygulanabilmesi için; failin suçu bu hizmeti yürütürken işlemesi gerekli değilse de, mağdur üzerinde, sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi gerekmektedir.¹¹¹ Bu doğrultuda; bir hasta bakımının sağlık hizmeti vermeksizin, arkadaşının çocuğuna karşı cinsel istismar suçu işlemesi durumunda suçun nitelikli hali oluşmaz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2012/15459 E. 2014/9529 K. sayılı kararında bu hususu aynen şu şekilde ifade etmiştir: *"Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde diş hekimi olarak görev yapan sanığın diğer mağdure Gözde'nin diş tedavisine devam ettiği sırada muayene salonunda refakatçi olarak bulunan mağdure K.'ya doğru yaklaşım belinden kavrayarak 'senin dişlerini de tedavi edelim, çürükler var' demesi biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın mağdure K.'ya yönelik bir sağlık hizmeti sunması söz konusu olmadığı halde hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır."*

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 310;Parlar/Hatipoğlu, s. 173; Çalışkan, s. 111;Parlar/Banko, s. 105;Aydın, s. 41; Taner, s. 308.

¹⁰⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.07.2008 tarih ve 2008/3995 E. 2008/7617 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 282.

¹¹⁰ Aydın; s. 43; Memiş Kartal, s. 193.

¹¹¹ Memiş Kartal, s. 193; Aydın; s. 45.

g. Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan

Gerek kanundan gerekse de sözleşmeden kaynaklanacak şekilde mağdurun koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünü üzerine alan kişi, mağdura yönelik olarak cinsel istismar suçunu işlediği takdirde cezasında artış yapılması gerekmektedir. Doktrinde mağdurun annesi ile birlikte yaşayan erkeğin mağdur üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. TMK m. 185/I uyarınca evlilik birliği evlenme ile kurulmuş olur. TMK'da belirtilen şekillere uygun olmayan bir birlikteliğin evlilik olduğu ve dolayısıyla da evliliğin hüküm ve sonuçlarının doğacağı söylenebilir. Bir erkeğin nikâhsız olarak birlikte yaşadığı kadının kendisinden olmayan çocuklarına karşı koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün varlığına dair bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin hukuken yükümlü olmadığı bir konuda, bu yükümlülüğü yerine getirmediğinden bahisle cezasının yarı oranında arttırılarak hukuki bir yaptırıma tabi tutulması kanaatimizce de "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹¹² Ne var ki Yargıtay bir kararında amcasının oğluna yönelik cinsel istismarda bulunan failin, mağdura karşı bakım, koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu bahisle cezasının TCK'nın 103/III maddesi uyarınca arttırılması gerektiğini¹¹³ vurgulamış ve fakat bu kararında, failin bu yükümlülüğünün nereden kaynaklandığını açıklamamıştır.¹¹⁴

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.09.2014 tarihli 2012/14202 E. 2014/9727 K. sayılı kararında "5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinde düzenlenen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle cinsel istismar eyleminin söz konusu olabilmesi için sanık ile mağdura arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği, kanunda düzenlenen hizmet ilişkisinden kastedilenin failin yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdura

¹¹² Aydın, s.41; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aksi yönde vermiş olduğu bir kararında; "Somut olayda; katılanın annesi G.'ın, evlilik birliği olmaksızın birlikte yaşadığı sanığa duyduğu güven nedeniyle katılanı sanığın koruma ve gözetimi altında bırakarak işe gittiği sabit olup, sanığın katılana karşı kanun maddesinde ifade edilen den olduğunun kabulü gerekmektedir. Buna göre, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işleyen sanık hakkında kanun maddesinin uygulanması gerekir." ifadelerine yer vermiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015].

¹¹³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 12.07.2010 tarihli 2006/12143 E.-2010/6142 K. sayılı kararı.

¹¹⁴ Aydın, s. 46.

üzerindeki işe alma, işten çıkarma ve ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz olmanın vermiş olduğu söz geçirebilmeden kaynaklanan nüfuzunun bulunması gerektiği, somut olayda ise sanığın, mağdurenin okula gidip gelirken kullandığı servis aracının şoförü olduğu, bu nedenle mağdure ile sanık arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığı, ancak sanığın mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu, sanığın atılı suçu hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle değil, yine 103/3. maddede suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olan koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek işlediğinin düşünülmemesi”ni bozma gerekçesi olarak kabul etmiştir.¹¹⁵

h. Kamu Görevinin ve Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması nitelikli hal olarak sayılırken kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesinin nitelikli hal durumuna getirilmesi işbu kanun değişikliğiyle olmuştur. Bu ağırlaştırıcı halin uygulanması için fail ile mağdur arasında bir nüfuzun olması gerekmektedir. Ancak nüfuzun varlığına karşın; bu nüfuz kullanılmadan cinsel istismar suçu işlenmişse bu artırım nedeni uygulanmayacaktır.¹¹⁶ Örneğin; aynı holdingde çalışması dolayısıyla küçük üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, ancak bu konumlarını veya otoritelerini kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemeleri halinde ceza ağırlaştırılacaktır.¹¹⁷

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için suçun ilgili kişilerin görevlerini yaptıkları sırada işlenmesi gerekmektedir. Fakat suç; aradaki hizmet, koruma ve gözetim görevi devam ederken işlenmelidir.¹¹⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında; failin, dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla

¹¹⁵ Aynı yönde Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.10.2013 tarihli ve 2013/3495 E. ve 2013/10440 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 130.

¹¹⁶ Tuğrul, s. 304.

¹¹⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, s. 195; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 29.03.2010 tarihli ve 2009/13328 E. 2010/2515 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 133.

¹¹⁸ Meran, s. 355.

hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsurunun bulunmadığına işaret etmiştir.¹¹⁹ Burada aradaki ilişkinin iş veya hizmet akdi olmasına gerek yoktur.

B. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Kanun koyucu; TCK'nın 103/III. maddesinin (a) bendinde çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesini, mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler nedeniyle ağırlaştırıcı unsur olarak belirlemiştir.¹²⁰ Bu kişilerin farklı cinsiyetlerde olması bir değişiklik yaratmamakta olup; yine bu kişilerden birinin cezai ehliyetinin olmaması da artırım sonucunu değiştirmeyecektir.¹²¹ Örneğin; akıl hastası bir yetişkin ile akıl sağlığı yerinde bir yetişkinin birlikte 14 yaşındaki bir çocuğu cinsel yönden istismar etmeleri halinde; faillerden birinin akıl hastası olması onun alacağı cezayı etkileyebilecek olsa da; bu suçun birden fazla kişi ile işlendiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla bu hal; suç için ağırlaştırıcı bir nitelik arz edecektir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleşmesini ifade etmektedir. Bundan dolayı; söz konusu suçun bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (a) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.¹²²

Faillerden birinin mağdura normal yoldan, diğerinin anal yoldan saldırması; birisi saldırırken diğerinin cebir uygulayarak mağdurun hareket etmesini engellemesi veya mağduru tehdit etmesi durumlarında **"birlikte suç işleme"** iradesi vardır. Buna göre; ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, çocukların cinsel istismarında bulunma suçunun aynı yerde ve zamanda birden fazla kişi tarafından birlik-

¹¹⁹ Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 20.09.2007 tarihli, 2007/7481 E. 2007/6548 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015].

¹²⁰ Sedat Bakıcı, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1994, s. 172; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 313.

¹²¹ Bakıcı, s.173.

¹²² Madde gerekçesinden (naklen) Tuğrul, s. 308; Çalışkan, s. 112; Parlar/Hatipoğlu, s. 173; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.06.2014 tarihli ve 2014/4102 E. 2014/7501 K. sayılı içtihadı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

te gerçekleştirilmesi gerekir. Failler aynı yerde ve zamanda mağdura cinsel istismarda bulunmuşlarsa, ayrıca birbirlerinin fiillerine yardım etmiş olmaları aranmaksızın cezaları artırılabacaktır.¹²³

Fail ile mağdurun birden fazla kişi olması ve her bir failin ayrı mağdura karşı cinsel istismar eylemini gerçekleştirme halinde bu artırım nedeninin uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur. Doktrindeki bir görüşe göre; A failinin B mağduruna; C failinin D mağduruna karşı aynı yer ve zamanda ve fakat birbirlerinin fiillerine yardım etmeden işledikleri çocukların cinsel istismarı suçunda bu ağırlaştırıcı neden uygulanamaz.¹²⁴ Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise¹²⁵ bu halin mağdurlar üzerindeki etkisi ve failerin birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda suça verilecek ceza arttırılmalıdır. Kanaatimizce; bu durumda her ne kadar nitelikli halin oluşacağını söylemek suçun düzenleniş amacına uygun olsa da kanunun mevcut düzenlemesi karşısında böyle bir hükme varmak mümkün değildir. Çünkü kanunda açıkça "Suçun birden fazla kişiyle işlenmesi" ifadesi bulunmaktadır. Ancak işbu durumda iki failin işlediği iki farklı suç bulunmaktadır. Dolayısıyla suçun ağırlaştırıcı nedeninin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.¹²⁶

Çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleşme aşamasında TCK'nın 103/III. maddesindeki birden fazla artırım nedeni bulunuyorsa, örneğin; öğretici ve üvey baba suçu birlikte işlerse; iki defa artırım nedeni uygulanmayacaktır.¹²⁷

C. SUÇUN, İNSANLARIN TOPLU OLARAK YAŞAMA ZORUNLULUĞUNDA BULUNDUĞU ORTAMLARIN SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN FAYDALANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

6545 sayılı Kanun ile çocukların cinsel istismarı suçunda, faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallere; suçun, insanların toplu olarak yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortamların

¹²³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 18.01.2010 tarihli 2009/12517 E. 2010/34 K. sayılı ve 16.11.2009 tarihli 2009/5702 E. 2009/12649 K. sayılı kararları için bkz. Tuğrul, s.310.

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 352.

¹²⁵ Aydın, s. 48.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 352.

¹²⁷ Akçin, s.122.

sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de eklenmiştir. İnsanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yerlere örnek olarak; kışla, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, huzur evi, hastane ve benzeri yerler gösterilebilir.¹²⁸ Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere; bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için toplu yaşama kıstası yeterli değildir; burada aranan koşul **zorunlu olarak** birlikte yaşamaktır. Bu zorunluluğun oluşmasının yanında failin; bu halin yarattığı kolaylıktan faydalanarak çocukların cinsel istismarı suçunu işlemesi halinde failin aldığı ceza arttırılacaktır.

D. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN 103/1-a BENDİNDEKİ ÇOCUKLARA KARŞI CEBİR VEYA TEHDİTLE YA DA 103/1-b BENDİNDEKİ ÇOCUKLARA KARŞI SİLAH KULLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

TCK'nın 103. maddesinin 4. fıkrasında; cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ancak bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için uygulanan cebrin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmaması gerekir.¹²⁹ Çünkü kanun koyucu, TCK m. 103/5'te; çocukların cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında fail tarafından mağdura uygulanan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine meydan vermesi halinde; ayrıca kasten yaralama suçunun hükümlerinin uygulanacağını açıkça ifade etmiştir.

6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle birlikte; cinsel istismar suçunun 103/1-b bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesinin verilen cezanın arttırılmasına neden olacağı kabul edilmiştir.

E. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞTIRILMIŞ HALLER

TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasında çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haline yer verilmiştir. Buna

¹²⁸ Parlar/Banko, s. 105.

¹²⁹ Gültaş/Gündüz, s. 59.

göre; cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenilecektir. Meydana gelmiş suçun bu düzenleme kapsamına girebilmesi için; vuku bulan ağır neticeden failin en az taksir düzeyinde sorumlu olması gerekmektedir. Bu koşulla birlikte; failin fiili ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik bağı da bulunmalıdır.¹³⁰

a. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi ya da Ölmesi

6545 sayılı Kanun ile TCK'da yapılan değişiklik sonrasında, çocukların cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından öngörölmüş tek durum, mağdurun cinsel istismara uğraması sonucunda bitkisel hayata girmesi ya da ölmesidir.¹³¹ TCK m. 103/6 hükmü gereğince fail; ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırılacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunun sonucunda; mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için, failin, ortaya çıkan sonucu istemeyerek ve iradesi dışında meydana getirmiş olması gerekir. Bu sonuçlarla cinsel istismar fiili arasında nedensellik bağı bulunması ve TCK m. 23 uyarınca bu ağır neticeler bakımından failin en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir.

Ne var ki fail, mağdurun bitkisel hayata girmesine ya da ölmesine kasten sebebiyet vermişse, meydana gelen bu neticeler, kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hali veya kasten adam öldürme suçlarına vücut verecek ve failin cezalandırılması bu hükümler kapsamında olacaktır.¹³²

Bu ağırlaştırıcı neden çocukların cinsel istismarı suçunun basit ve nitelikli hallerinde uygulama alanı bulabilir.¹³³ Ölüm sonucunun hemen meydana gelmesi şart değildir. Sonradan meydana gelen ölüm ile mağdurun karşı karşıya kaldığı fiil arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Neticenin mutlaka cinsel istismar sonucunda gerçekleşmesi de şart değildir. Fiili işlemek için kullanılan cebir dolayısıyla mağdur

¹³⁰ Bu koşulların aranmasının sebebi, TCK'nın 23. maddesidir.

¹³¹ Kanun değişikliğinden önce; suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal olarak düzenlenmişti (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.05.2014 tarih, 2014/2562 E. 2014/6543 K).

¹³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 235; Memiş Kartal, s. 205; Parlar/Hatipoğlu, s. 176.

¹³³ Taner, s. 214.

ölmüş veya bitkisel hayata girmiş ise de bu fıkra hükmü uygulanabilecektir. Fail, mağdura yönelik olarak cinsel istismar suçunu tamamladıktan sonra suçunu gizlemek veya suçu tamamlayamamaktan kaynaklanan kızgınlıkla mağduru öldürmüş ise cinsel istismar suçu bakımından TCK'nın 103/6 maddesi faile uygulanmaz.¹³⁴ Burada fail, nitelikli insan öldürme hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Cinsel istismara uğradığı için intihar eden mağdur kendi kararı ile yaşamına son verdiği için mağdura cinsel istismarda bulunan fail aleyhine çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini uygulamak mümkün değildir.

Suçun oluşumunda birden fazla failin bulunması ve faillerden birisinin cebir uygulayıp diğerinin cinsel davranışı gerçekleştirmesi durumunda netice bakımından taksir düzeyinde kusuru bulunan tüm fail ve suç ortakları ağır neticeden dolayı sorumlu tutulurlar.

Bitkisel hayat; *"Beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü"* olarak adlandırılır.¹³⁵ Yukarıda da ifade edildiği gibi mağdurun cinsel istismar fiili karşısında bitkisel hayata girmesi halinde de bu ağırlaştırıcı neden uygulanabilecektir.

Doktrinde, mağdurun suç sonucunda bitkisel hayata girmesi ve ölümünün ağırlaştırılmış netice olarak düzenlenip mağduru yaşamsal tehlike içine sokma halinin ve mağdurun yaşamını tehlikeye sokacak HIV, Hepatit C gibi bir takım hastalıkların mağdura bulaştırılması halinin de öngörülmemiş olması önemli bir eksiklik olarak vurgulanmıştır.¹³⁶ Kanaatimizce; yapılacak bir değişiklikte; mağdurun cinsel istismar sonucunda hayati tehlikesinin bulunması hali de TCK m. 103/6 kapsamına alınmalıdır. Aksi halde; cinsel istismar sonucunda mağdurun çok şiddetli iç kanama geçirmesine neden olan faile verilecek ceza tatmin edici olmayacaktır. Failin fiili sonucunda hastalık bulaşan ve devamında hayatını kaybeden mağdurun durumunda ise failin fiili ile mağdurun ölümü arasındaki illiyet bağı kesilmeyeceği için bu hususta bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

¹³⁴ Aydın, s. 63.

¹³⁵ Ahmet Sedat Çöloğlu, Adli Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, s. 47; Akçin, s. 113(naklen).

¹³⁶ Memiş Kartal, s. 206, dip. 727 ve 728.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

a. Teşebbüs

Suç bir süreç içinde işlenmekte olup buna suç yolu denilmektedir. Bu süreçte fail önce fiiline yönelik bir takım hazırlık hareketlerinde bulunmakta ardından fiili icraya başlamaktadır. Suçun kanuni tarifinde neticeye yer verilmiş ise bu neticenin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur.¹³⁷

Suçta teşebbüs kavramı TCK madde 35'de, *"İşlenmesi kastedilen bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanılmasına karşın, elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması"* biçiminde tanımlanmıştır. Dolayısıyla madde düzenlemesinden de açıkça anlaşıldığı üzere taksirli suçlarda teşebbüs mümkün olmamaktadır. Kanun koyucu bu tanımlamayla, suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen **"hazırlık hareketlerinin"** cezalandırılmayacağını belirtmiştir.¹³⁸ Unutulmamalıdır ki hazırlık hareketlerine ne kadar devam edilirse edilsin suç meydana gelmemekte; icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte fiil cezalandırılabilir bir nitelik kazanmaktadır.

Bu noktada işbu çalışma kapsamında tartışılması gereken husus, çocukların cinsel istismarı suçunda teşebbüs müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Öğretideki bir görüşe göre çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali, sırf hareket suçu niteliğindeki suçlardandır. Ancak hareketler kısımlara ayrılabilirdi için, bu suçta teşebbüs mümkündür.¹³⁹ Diğer bir görüşe göre ise cinsel saldırı niteliği taşıyan hareketlerin gerçekleşmesi ile çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali vücut bulacağından ve cinsel saldırı suçunun basit haline teşebbüs mümkün olmadığından bu suçta da teşebbüs mümkün değildir.¹⁴⁰ Ancak bu görüşteki yazarlar; suçun nitelikli halinde teşebbüsü mümkün görmektedir. Yargıtay ise bu suçun basit halinde teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir.¹⁴¹ Kanaatimizce; Yargı-

¹³⁷ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 390.

¹³⁸ Tuğrul, s. 307; Centel/Zafer/Çakmut, s. 434.

¹³⁹ Taner, s. 315; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 342; Tezcan/Erdem/Önok; s. 365, dip. 258.

¹⁴⁰ Meran, s. 350; Şen, s. 399.

¹⁴¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.06.2009 tarihli, 2006/10917 E. ve 2009/6690 K. sa-

tay kararlarında da isabetli bir şekilde kabul gördüğü üzere, mağduru cinsel güdülerini tatmin etmek amacıyla yere yatırmaya çalışırken birilerinin gelmesi üzerine fiilini tamamlayamayan failin fiili, basit cinsel istismar suçuna teşebbüsü oluşturmaktadır. Dolayısıyla suçun basit haline teşebbüs mümkündür.

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokma suretiyle tamamlanacağından, failin eylemine bu amaçla başlayıp elinde olmayan nedenlerle, vücuda organ veya sair bir cisim sokamadan eylemine son verirse suça teşebbüsten söz edilir. Yargıtay 14.Ceza Dairesi'nin 23.09.2014 tarihli, 2014/5323 E. 2014/10373 K. sayılı kararında *“Sanığın fiili livata suretiyle mağdurla ilişkiye girmek isteyip mağdurun direnmesi sebebiyle eylemini tamamlayamaması karşısında, eylemin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsü oluşturabileceği...”* şeklinde hüküm kurarak çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halinde teşebbüs olabileceğini açıkça kabul etmiştir.

Ancak hatırlatmak gerekir ki failin cinsel doyuma ulaşması bu suçun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁴² Yargıtay'ın bir kararında *“Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği”* ifade edilmiştir.¹⁴³ Burada failin amacının basit cinsel istismara mı nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğu failin söylediği sözlere ve olay öncesi davranışlar irdelenerek belirlenir. Örneğin failin mağdura; benim olacaksın, seni becereceğim, seninle yatmak istiyorum gibi sözlerinden veya mağduru ıssız bir yere götürüp mağdurun külotunu çıkarmaya çalışmasından, nitelikli cinsel istismar amacıyla hareket ettiği anlaşılır.¹⁴⁴

Yine Yargıtay başka bir kararında, failin gece yarısı arabayı ıssız bir yere park etmesi, mağdureyi araca kilitleyerek *“Bekâretine dokun-*

yılı kararı.

¹⁴² Tuğrul, s. 332.

¹⁴³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 08.04.2009 tarihli, 2008/3902 E. -2009/4389 K. sayılı kararı; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.03.2009 tarihli, 2008/14544 E. -2009/3539 K. sayılı kararı. Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 19.02.2015].

¹⁴⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.09.2005 tarihli, 2003/7673 E. -2005 sayılı kararı (naklen) Tuğrul, s. 331.

mayacağı, ters ilişkiye gireceğiz" demesi ve mağdurun üzerindeki çıkarılmasını sağlamak isterken mücadele etmeleri, bu mücadele esnasında failin aşırı alkol ve mağdurun karşı koyması nedeniyle dışarı boşalarak engel haller nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiremediği, bu nedenlerle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kanaatine varmıştır.¹⁴⁵

Fail nitelikli cinsel istismar kastını sözle ortaya koymuş, daha sonra çeşitli engeller nedeniyle eylemini tamamlayamamışsa failin eyleminin nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak fail nitelikli cinsel istismar kastını sözle veya hareketle ortaya koymamış, mağdurun veya kendisinin kıyafetlerini çıkarmaya çalışmamışsa veya olayın oluş şekline göre organ sokma kastıyla hareket etmediği anlaşılıyorsa eylem kastının basit cinsel istismara yönelik olduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁶

Failin cinsel açıdan iktidarsız olması nedeniyle suç tamamlanamamışsa şüphe yok ki işlenemez suç değil; teşebbüs halinde kalmış suç söz konusu olacaktır.¹⁴⁷ Daha önce de belirttiğimiz gibi failin cinsel tatmine ulaşması suçun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁴⁸

b. Gönüllü Vazgeçme

Çocukların cinsel istismarı suçuna teşebbüste en çok üzerinde durulan konu; failin fiilinin TCK'nın 103/II maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinde teşebbüs aşamasına ulaşıp ulaşılmadığıdır. Failin işlemeyi kast ettiği neticenin gerçekleşmemesi elinde olmayan bir nedenden kaynaklanıyorsa, fail cinsel

¹⁴⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.03.2007 tarihli 1363/2213 E. sayılı kararı. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli ve 2013/6974 E. ve 2014/290 K. sayılı kararında "Sanığın mağduru tehdit ile boş binaya götürüp cinsel organını mağdurun makatına sokmaya çalıştığı, sokamayınca dışarıya boşaldığı, organ sokmanın gerçekleşmediği kabul edildiği halde, organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar suçunun uygulama maddesi olan kanun maddesi uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." ifadelerine yer verilmiştir." [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2013 tarihli ve 2012/13596 E. 2013/45 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 151.

¹⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 19.01.2010 tarihli, 2009/2484 E. -2010/164 K. sayılı kararı (naklen) Tuğrul, s. 332.

¹⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364.

¹⁴⁸ Artuç, s. 660.

istismar suçunun nitelikli haline teşebbüs etmiş olur.¹⁴⁹ Netice; failin, suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçmesinden dolayı gerçekleşmemiş ise TCK'nın 36/I. maddesi uyarınca fail; TCK'nın 103/II. maddesinde düzenlenen suça teşebbüsten değil o zamana kadar tamamladığı; TCK'nın 103/I. maddesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçundan cezalandırılmalıdır.¹⁵⁰

Ancak suç iştirak halinde gerçekleşiyorsa faillerden biri netice meydana gelmeden önce suçu işlemekten vazgeçtiği takdirde, onun bu vazgeçmesi tek başına yeterli değildir. Gönüllü olarak suçtan vazgeçen failin, bu vazgeçme ile yetinmemesi ve suçun neticesinin gerçekleşmesi için mücadele etmesi gerekir. Bu gayrete rağmen suç gerçekleşmiş veya vazgeçen failin gayreti dışında bir nedenle suç gerçekleşmiş ise vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.¹⁵¹

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 teşebbüsten değil; cinsel taciz suçundan sorumlu olur. Aynı örnekte fail, mağdurun göğsüne dokunmuşsa ve ardından gönüllü olarak eyleminden vazgeçmişse; çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Yine fail, 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cebir vasıtasıyla cinsel ilişkide bulunmak isterken fiilin icrasından gönüllü vazgeçerse, olayın oluş şekline göre o zamana kadar ki eylemler cinsel istismar suçunun temel şeklini oluşturabilir. Fail, cebir kullandıktan sonra çocukla cinsel ilişkide bulunmaktan vazgeçerse, TCK 103/1 ve cebir suçundan (TCK 108) ayrı ayrı cezalandırılır.¹⁵²

¹⁴⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.09.2010 tarihli 2010/4449 E. 2010/6553 K. sayılı kararı.

¹⁵⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 09.02.2010 tarihli 2009/13575 E. -2010/747 K. sayılı kararı; aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmüş, s. 326; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 22.01.2014 tarihli 2012/3301 E. 2014/665 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 128. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 11.03.2013 tarihli ve 2011/9207 E. 2013/2448 K. sayılı kararında "Mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi tüzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsizdir." ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]

¹⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 453.

¹⁵² Memiş Kartal, s.222.

Örneğin; bir çocuğa yönelik olarak, organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmak için çocuğun iki kişi tarafından evinin önünden alınıp ıssız bir yere götürülmesinden sonra, bu çocuğa karşı cinsel istismar eylemine başlandığında, faillerden birisi çocuğa kıyamayıp olay yerinden uzaklaşırsa burada gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanamaz. Ancak fiilden vazgeçen fail; bu vazgeçmenin yanı sıra diğer faili de etkisiz hale getirirse ve mağduru kurtarırsa gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanır. Böyle bir durumda vazgeçen fail; organ sokmak suretiyle cinsel istismara teşebbüsten değil, o zamana kadar tamamlanmış olan kişiyi cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun kılma ve TCK madde 103/İ'de düzenlenen suçtan sorumlu olur.¹⁵³

B. İŞTİRAK

İştirake ilişkin hükümler, TCK madde 37 ila 40 arasında düzenlenmiştir. Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁵⁴ Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulacaktır.

Kişi, çocukların cinsel istismarı suçunu kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği takdirde dolaylı fail konumunda olur.¹⁵⁵ Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirake bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Bu suçun failine, onun haberi olmaksızın tek taraflı iradeyle, failin cinsel davranışlarda bulunmasına başlamadan, örneğin mağdurun içeceğine ilaç katarak, yardım eden kişi müşterek fail değil yardım eden olarak sorumlu olur.¹⁵⁶

¹⁵³ Aydın, s. 75.

¹⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, "5237 sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, s.292; Memiş Kartal, s. 227; Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009, s. 134; Koca/Üzülmez, s. 327.

¹⁵⁵ Sevük, s.293.

¹⁵⁶ Sevük, s. 293.

Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduruna karşı birlikte eylemde bulunan faillerden bir tanesinin suçu, mağdura organ veya sair bir cisim sokarak işlemesi, diğerlerinin ise böyle bir eylemde bulunmayıp organ veya sair cisim sokan failin eylemine –örneğin mağdurun ellerini ve bacaklarını tutması gibi- doğrudan iştirak etmesi halinde suça bu şekilde iştirak eden tüm failler suçun TCK'nın 103/2 maddesindeki nitelikli halinden, suçu birden fazla kişi olarak işledikleri için haklarında TCK 103/3 maddesi uygulanmak suretiyle sorumlu olurlar.¹⁵⁷

Sanık ile çocuk yaştaki mağdurun gayri resmi olarak evlenmelerine izin veren anne ve babaların suça iştiraklerinin var olup olmadığının, var ise de bu iştirakin derecesinin ne olduğu tartışmalıdır. Yargıtay önceki içtihatlarında, reşit olmayan kızını yasa dışı olarak evlendiren anne ve babalarla, oğluna henüz reşit olmayan kız isteyerek gayri resmi olarak evlenmesini ve bu birlikteliğin doğal sonucu olarak cinsel ilişkide bulunmasını sağlayan failin anne ve babasının¹⁵⁸ suça asli fail olarak iştirak ettiğini kabul etmekteydi.¹⁵⁹ Ancak daha sonra; isabetli olarak annelerin aile içi dinamikler dikkate alındığında söz hakkına sahip olmayışı ve yaşamsal şartlar gibi faktörleri göz önünde bulundurarak; bir kararında, annenin suça iştirakini kabul etmemiştir.¹⁶⁰ Bu konuda anne ve babaların durumu hassasiyetle ele alınmalıdır. Şüphesiz ki her durumda anne ve babanın kusurundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak özellikle mağdurun anne ve babasının; mağduru başlık parası gibi karşılıklar alarak veya zorlayarak gayri resmi şekilde evlendirmesi durumlarında, suça iştiraklerinin asli iştirak olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁷ Aydın, s. 78; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli 2012/10922 E. 2014/9309 K. sayılı kararı. [Sinerji İchtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.02.2010 tarihli ve 2009/13569 E. 2010/487 K. sayılı kararında "Her iki sanığın mağdureyi gece arabayla تنها bir yere götürüp sanığın birinin arabanın arka koltuğunun da istismarda bulunurken diğerinin ön koltukta gözcülük yaparak ve yanında bulunarak suçun işlenişini için fail ile birlikte hareket ettiği gözetildiğinde, her iki sanık hakkında da TCK'nın 103/13. maddesinin uygulanması gerekir." ifadelerine yer verilmiştir. [Kazancı İchtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.01.2010 tarihli ve 2009/12430 E. 2010/408 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 132.

¹⁵⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.07.2011 tarihli 2007/1609 sayılı kararı için bkz. Taner, s. 316.

¹⁵⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.10.1986 tarihli, 5095-4175 sayılı kararı, (naklen); Aydın, s. 78. Aynı yönde bkz. Gültaş/Gündüz, s. 62.

¹⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.05.1988 tarihli, 103-207 sayılı kararı, (naklen) Aydın, s. 78.

¹⁶¹ Aydın, s. 79.

C. İÇTİMA

Bazen fail tarafından gerçekleştirilen hareket birden fazla kanun hükmünü veya gerçekleştirilen farklı hareketler aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir. İşte bu durumlarda suçların içtimaı veya suçların bir araya toplanmasından söz edilmektedir.¹⁶² Suçların bir araya gelmesi; fikri içtima, zincirleme suç ve birleşik suç hallerinde mümkün olmaktadır.

Aynı mağdura yönelik olarak gerçekleşen birden fazla çocukların cinsel istismarı suçu, aynı suç işleme kararına bağlanabiliyorsa, zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Ancak zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için, suçun aynı kişiye karşı işlenmesi zorunlu olduğu için farklı çocuklara karşı işlenen çocukların cinsel istismarı suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kuralları uygulanmaz.¹⁶³

Yargıtay bazı uygulamalarında¹⁶⁴; art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde penetrasyonun farklı yollarla sağlanması halinde suçu birden fazla kabul edip zincirleme suç hükümlerini uygulamaktaydı. Ancak bunun, birden fazla bedeni davranışın aynı kast çatısı altında gerçekleşen bir durum olmasından dolayı kanaatimizce Yargıtay yanlış bir uygulama içerisindeydi. Yargıtay ileriki tarihli uygulamasında bu yanlışından dönerek *“Fail Ömer’in, mağdurenin cinsel organuna önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun, değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartının bulunmadığı gözetilmeksizin”* ceza verilmesini bozma nedeni saymıştır.¹⁶⁵

Burada önemli bir diğer husus da, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların, **“aynı çocuğa”** karşı işlenmiş olmasının

¹⁶² Demirbaş, s. 518.

¹⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 341; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/4078 E. 2014/1309 K. sayılı kararında *“Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, iki farklı günde tarlada hayvanları için ot biçerken köylüsü olan sanığın arkadan gelerek sarılmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerin zincirleme halde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun gözetilmesi gerekir.”* ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015] Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 18.2.2014 tarihli 2012/4654 E. 2014/1848 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 137.

¹⁶⁴ Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 23.02.2006 tarihli, 2008/11972 E. 2008/10675 K. sayılı kararı.

¹⁶⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 02.12.2008 tarihli, 2005/19512 E. 2006/1058 K. sayılı kararı.

gerekliliğidir. Bu nedenle farklı çocuklara karşı birden fazla cinsel istismar suçu işlenmişse, mağdur sayısı kadar suç olacak ve fail her suç için ayrıca cezalandırılacaktır.¹⁶⁶

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı hem çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini hem de nitelikli halini gerçekleştirirse doktrinde karşı görüşler¹⁶⁷ olmasına karşın TCK madde 43/I gereğince, bir suçun temel şekli ile daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılacağından, hakkında nitelikli cinsel istismar üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanarak TCK madde 103/II'de öngörülen ceza TCK m. 43 uyarınca arttırılarak verilecektir.¹⁶⁸ Failin eylemi, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda cinsel taciz ve cinsel istismar şeklinde gerçekleşmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹⁶⁹

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK madde 103/I. Fıkrasının (b) bendinde, cebir ve tehdit suçunun, çocukların cinsel istismarı suçunun bir unsuru; aynı maddenin 4. fıkrasında ise bir "ağırlaştırıcı nedeni" haline getirilmiş ve böylece iki halde de TCK 42 anlamında bir birleşik suç oluşturulmuştur. Bu tip suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağından fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilemeyecektir.¹⁷⁰ Ancak 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.¹⁷¹

Mağdura yönelik cinsel istismar fiili işlenirken mağdurun bir yere götürülmek suretiyle hürriyetinden yoksun bırakılması veya mağdurun konut ve işyerine girilerek suçun işlenmesi durumunda, bu fiiller çocukların cinsel istismarı suçunun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni

¹⁶⁶ Erdal Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 199.

¹⁶⁷ Sevük, s. 292.

¹⁶⁸ Artuç, s. 662; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 26.05.2014 tarihli 2014/2175 E. 2014/6854 K., 20.10.2014 tarihli ve 2014/4932 E. 2014/11320 K. sayılı kararları[Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

¹⁶⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin aynı doğrultudaki 27.03.2012 tarihli ve 2114/3521 E. sayılı kararı için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 317.

¹⁷⁰ Memiş Kartal, s. 229.

¹⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 366; Koca/Üzülmez, s. 327.

olmadığından faile, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak ve konut dokunulmazlığını ihlal etmek suçlarından da ayrıca ceza vermek gerekecektir.¹⁷² Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 29.09.2014 tarih 2014/5319 E. 2014/10566 sayılı kararında *"Sanığın mağdureyi gideceği yere bırakma bahanesiyle motosikletine bindirdiği, yolda hareket halindeyken mağdurenin bacağını okşadığı, "daha yukarıdan bir şey alacağım" diyerek mağdureyi evine çıkardığı, evde buldukları sırada sanığın mağdurenin göğsüne dokunduğu, mağdurenin de itekleyerek sanığı kendisinden uzaklaştırdığı anlaşılan olayda, sanığın sübuta eren çocuğun basit cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden beraatine karar verilmesi isabetsizdir."* şeklinde hüküm kurarak cinsel istismar suçunun basit hali ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişkiyi net bir şekilde ortaya koymuştur.

Diğer yandan TCK madde 103 uygulanırken, somut olayın koşullarına göre TCK madde 234'teki **"çocuğun kaçırılması ve alıkonulması"**¹⁷³ suçlarının da değerlendirilmesinde yarar vardır. Ayrıca, çocukların cinsel istismar suçuyla TCK madde 232/1' deki "aile bireylerine kötü muamele" suçları¹⁷⁴ arasında da TCK 44 anlamında fikri içtima ilişkisi bulunabilir.

D. HAKSIZ TAHRİK

TCK'nın 29. maddesinde haksız tahrik; *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemnin 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 kadarı indirilir."* hükmüyle düzenlenmiştir. Haksız tahrikte, failin suç işlemesinin nedeni; mağdurun haksız fiilinin yol açtığı öfke ve şiddetli üzüntüdür.¹⁷⁵ An-

¹⁷² Aydın, s. 79; Tezcan/Erdem/Önok, s. 365; Koca/Üzülmez, s. 328-329. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.09.2014 tarih ve 2014/5904 E. 2014/10048 K. sayılı içtihadında; gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar eylemlerinin mağdurenin evinde olması, bu suçun işlenmesi amacıyla mağdurenin başka bir yere götürülmesinin söz konusu olmaması nedeniyle somut olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle nitelikli cinsel istismar eylemi yönünden mahkûmiyet hükmünü onarken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi yönünden verilen mahkûmiyet kararını bozmuştur.

¹⁷³ Taner, s. 318.

¹⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 343.

¹⁷⁵ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 422 vd.

çak unutulmamalıdır ki haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; failin eylemi ile mağdur tarafından meydana getirilmiş haksız fiil arasında illiyet bağı bulunması şarttır.

Doktrindeki bir görüşe¹⁷⁶ göre; çocukların cinsel istismarı suçu; haksız tahrik hükümleri ile birlikte değerlendirilebilecek nitelikte değildir. Bu görüşü savunan yazarlara göre; bir haksız fiilin, çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecek bir fiile sebebiyet vermesi mümkün değildir. Kanaatimizce; ne koşulda olursa olsun çocukların cinsel istismarı suçuyla haksız tahrik hükümleri, bir arada bulunamaz. Çocuğun giydiği kıyafet, yaptığı davranış, söylediği söz ne olursa olsun suçun failinin haksız tahrik hükümlerinden faydalanması mümkün olmamalıdır.

SONUÇ

Cinsel suçlar, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda topluma karşı suçlar arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise bu suçları isabetli olarak kişilere karşı suçlar kategorisinde ele almış ve "**Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**" başlığı altında düzenlemiştir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu ve bu çalışmanın konusunu oluşturan ve ayrıntılarını açıkladığımız TCK m. 103'te düzenlenen "**Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**" olmak üzere 4 farklı suç tipi olarak kanunda yer bulmuştur.

Çocukların cinsel yönden istismar edilmesini suç olarak düzenleyen kanun koyucunun, suç ile korumak istediği hukuk değer çocuğun cinsel özgürlüğüdür. Bu suçun faili, çocuklar da dâhil olmak üzere herkes olabileceken; suç, farklı cinsten kişiler arasında işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilecektir.

Çocuk olmak şartıyla; kadın veya erkek herkes suçun mağduru olabilir. Çocukların cinsel istismarı suçu TCK'nın 103. maddesiyle mağdurun yaşına göre, ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. İlk grup, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla

¹⁷⁶ Memiş Kartal, s.218.

birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklardır. İkinci grup ise on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçları anlama yeteneği gelişmiş çocuklardır.

6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103. maddesi değişikliğe uğramıştır. Yapılan bu değişiklikte göze çarpan önemli hususlardan biri de cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun, suçun basit şeklinden daha az bir yaptırıma bağlanmış olmasıdır. TCK madde 103'ün değişiklikten önceki halinde suçun basit şeklini **(103/I)** organ veya cisim sokma boyutuna varmayan fakat vücut teması teşkil eden cinsel davranışlar; nitelikli halini **(103/II)** ise organ veya cisim sokma suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar oluşturmakta iken, getirilen yeni düzenleme ile **sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı da** kanuna eklenmiştir. Bir başka ifadeyle; kanunda yapılan değişiklikle çocukların cinsel istismarı suçunun, suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış hali, basit hali ve nitelikli hali olmak üzere üç görünüş şekli bulunmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçu kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenebilme olasılığı yoktur. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış hali ile basit ve nitelikli halleri genel kast ile işlenebilecektir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, failin hatasının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması için hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçu haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği bir suç tipi değildir.

TCK m. 103/III'e göre failin, mağdurun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısmı, üvey babası, üvey anası, üvey kardeşi, evlat edineni, vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, koruyucu ailesi olursa ya da fiil sağlık hizmeti veren veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenirse ceza arttırılmaktadır.

Kanun koyucu; TCK'nın 103/III. maddesinin (a) bendinde çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesini mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler nedeniyle ağırlaştırıcı unsur olarak belirlemiştir.

6545 sayılı Kanun ile çocukların cinsel istismarı suçunda, faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallere; suçun, insan-

ların toplu olarak yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de eklenmiştir

TCK'nın 103. maddesinin 4. fıkrasında; cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasında ise çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haline yer verilmiştir. Buna göre; cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır.

Kaynakça

- Akçin İhsan, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan, 2006, S.1-2.
- Apaydın Necati, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004.
- Artuç Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2013.
- Aydın Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009.
- Aydın Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara 2014.
- Aydoğdu Murat, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, Ankara 2010.
- Bakıcı Sedat, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul 1994.
- Baytemir Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, Ankara 2007.
- Çalışkan Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu, Ankara 2013.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2014.
- Ceylani Ahmet Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*, Ankara 2013.
- Çöloğlu Ahmet Sedat, *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul 1993.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.
- Erem Faruk/Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003.
- Evik Ali Hakan, "Ceza Kanunumuz ve Kadın", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

- Gündel Ahmet, Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara 2009.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Horozgil Denizhan, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli", *TBB Dergisi*, 2011, S. 93, s.108-146.
- Gültaş Veysel/Remzi Gündüz, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Ankara 2008.
- Kartal Memiş Pınar, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2005.
- Meran Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2005.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Parlar Ali/ Banko Meltem, 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Ankara 2014.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007.
- Polat Oğuz, Çocuk ve Şiddet, İstanbul 2001.
- Savaşçı Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul 2013.
- Sevük Yokuş Handan, "5237 sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012.
- Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, İstanbul 2006, C. 1.
- Taşkın Cankat, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/çocuğun-cinsel-istismarı.pdf>.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- Taner Fahri Gökçen, "6545 sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, s. 8-128, (6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri).
- Taneri Gökhan, Cinsel Suçlar, Ankara 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2013, (Özel Kısım).
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.
- Üzülmez İlhan/Koca Mahmut, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.