



T.C.  
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU / TCK m. 103

GÜROL HERKESECAN  
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN  
Dr. Esra ALAN AKCAN

İSTANBUL - 2020

## ÖZET

İçeriği itibariyle diğer suç tiplerinden farklılaşan çocukların cinsel istismarı suçu, sonuçları itibariyle yalnızca bir hukuk konusu değil, aynı zamanda başta sosyoloji olmak üzere pek çok alanı ilgilendiren bir konudur. Türk Ceza Kanunu'nun suç tipine ilişkin ilgili düzenlemesi irdelendiğinde, yasal düzenlemenin eksik ya da hatalı ele alındığı, bu sebeple ilgili düzenlemede açık bir kanun boşluğu olduğu görülmektedir. Keza, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesindeki yasal boşluğun Anayasa ve AİHS hükümlerine de aykırı olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda Türk Ceza Kanunu ile Anayasa, Uluslararası Sözleşmeler, Avrupa Birliği'ne üye veya Avrupa Kıtası ülkelerinin konuya ilişkin ceza hükümleri de nazara alınmış ve Türk Ceza Kanunu'nun 103. Maddesindeki yasal boşluğun ne suretle giderilebileceğine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki örnekler eşliğinde bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Cinsel Saldırı, Cinsel Suçlar, Küçük, Rıza, Karşılıklı Cinsel Davranışlar, Karşılıklı Rıza, Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı, Türk Ceza Hukuku, Çocukların Yargılanması, Çocuk İzlem Merkezi, Adli Görüşme Odası, Adli Tıp, Adli Tıp İhtisas Dairesi, Çocuk Koruma Kanunu, Eşitlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Lanzarote Sözleşmesi

## ABSTRACT

Crimes against sexual abuse of children which differs from other crimes regarding its content, it is not only a subject of Law but also a subject that comprises many areas, especially sociology due to its results. When Turkish Criminal Law's related type of crime is analyzed in detail, it is seen that the legal regulation has been handled either as deficiently or faultily that causes an obvious legal gap on the related regulation. It is also determined that legal gap in 103rd article of Turkish Legal Law is against the provisions of Constitution and European Convention of Human Rights. That's why, in our study Turkish Legal Law, Constitution, International Conventions and criminal provisions of EU Member states including all Countries in Europe related to the subject have been studied in detail and comparison is made to make an assessment how to eliminate the legal gap in 103rd article of Turkish Legal Law with the versions in comparative law.

**Key Words :** Child ,Sexual abuse , Sexual harassment, sexual assault , sexual crimes, young , consent, mutual sexual behaviors, mutual consent, sexual abuse of children in comparative law, Turkish Criminal Law, hearing of children,child monitoring center, medical jurisprudence , UN Convention on the rights of the child, European Convention of Human Rights, Lanzorate Convention

## ÖNSÖZ

Çocukların cinsel istismarı suçu uluslararası alanda ve Türkiye’de mağdurunun çocuk olması nedeniyle önemle üzerinde durulan bir suç tipidir. Çocukların cinsel istismarı suçunun kanun yapıcı tarafından Türk Ceza Kanunu’ndaki ele alınmış şekli her dönem tartışmalara neden olmuştur. Keza, bu tartışmalar bugün dahi güncelliğini korumaktadır. Çalışma konumuz olan Türk Ceza Kanun’unun 103. maddesinin eksik ele alınmış şekli nedeniyle bugün dersliklerinde görmeyi arzu ettiğimiz binlerce çocuğumuz mahkeme koridorlarında kendini ifade etme gayreti içindedirler. Öyle ki, bu çocuklardan kimisi tutuklu yargılanmaktayken, kimisi ise çoktan hüküm almış küçüklerdir. Konuyu ele alış nedenimiz, mağdurunun çocuk olduğu bu suç tipinde failin de çocuk olabileceğinin ancak böylesine önemli bir unsurun hatırdan çıkarılmış olması nedeniyle bu uğurda yaşanan ve adalet duygusuyla örtüşmeyen hatalı gidişe az da olsa özgün bir katkı sağlayabilme çabasıdır. İfade etmek gerekir ki, ülkemizin gelecek vaat eden çocuklarının hayatları, bir kanun boşluğuna veya yüksek mahkeme uygulamasına terk edilmeyecek kadar kıymetlidir. Bu nedenle, kanun lafzından hareketle yola çıkıp, binlerce çocuğun mağduriyetine neden olan Türk Ceza Kanunu’ndaki yasal boşluğun bir uzlaşma ortamında ve bilimin ışığında, gündelik reflekslere kulak asmadan, kanun yapıcı tarafından ivedilikle ele alınması gerektiği düşüncesindeyim. Çocukların cinsel istismarı konulu çalışmamızda konuya ilişkin yerli ve yabancı kaynaklar irdelenmiş olup, geleceğimizin tek mimarları olan çocuklarımızın korunması gereken yüksek menfaatleri ışığında, olan ve olması gerektiği düşünülen bütün öneriler ayrıntılı olarak çalışmamızda ifade edilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmayı hazırlama sürecinde, öncelikle meslekte var olabilmemin en büyük mimarları olan aileme ve emektar halalarımaya sonsuz teşekkür ediyorum. Böylesine hassas bir konuyu ele almak düşüncesindeki cesaretimi pekiştirdiği ve her daim yanımda olduğu için kıymetli eşim Ezgi Herkesecan’a çok teşekkür ediyorum.

Fakültenin ilk yıllarından itibaren büyük bir ilgiyle takip ettiğim Bahçeşehir Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi hocalarım Sayın Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Sayın Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu’na katkıları için çok teşekkür ediyorum.

İtalya'da bulunduğum sürece ilişkin benden desteğini esirgemeyen ABD Stanford Üniversitesi Öğretim Üyesi ve İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi eski Rektörü, Sayın Prof. Dr. Yılmaz Esmer hocama sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Kendisini tanıma ve derslerine katılma fırsatı yakaladığım, yaptığı çalışmalar ile binlerce meslektaşımıza ışık tutan çok kıymetli hocam, İstanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk hocama en derin saygı ve teşekkürlerimi sunuyorum. İstanbul Medipol Üniversitesinde bulunmama vesile olan Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Serdar Kale hocama çok teşekkür ediyorum.

Her daim desteğini yanımda bulduğum Türkiye Cumhuriyeti Varlık Fonu Yönetim Kurulu üyesi ve İstanbul Borsası Başkanı çok kıymetli hocam Sayın Prof. Dr. Erişah Arıcan hocama sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Sayın Hakim Hüseyin Serkan Yıldız'a paylaştığı mesleki tecrübe ve katkıları nedeniyle çok teşekkür ediyorum. İstanbul Medipol Üniversitesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi ve Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri kıymetli hocam Sayın Prof. Dr. Halit Eyüp Özdemir'e katkısı için çok teşekkür ediyorum.

En büyük teşekkürümü ise, diğer kıymetli hocalarımla affına sığınarak, oldukça yoğun bir dönemde bana inanarak danışmanlığımı kabul eden ve bu meşakkatli süreçte hiçbir zaman benden desteğini esirgemeyen İstanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi çok değerli hocam ve tez danışmanım, sayın Dr. Esra Alan Akcan'a sunuyorum.

Bu çalışmamı başta can oğlum Dağhan Herkesecan'a ve bütün çocuklarımıza ithaf ediyor, tüm hukukçu meslektaşlarıma katkı sağlamasını temenni ediyorum.

Suadiye - İstanbul

Av.Gürol HERKESECAN

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	i
ABSTRACT .....	ii
ÖNSÖZ .....	iii
İÇİNDEKİLER .....	v
KISALTMALAR .....	ix
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### ÇOCUK, ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ YERİ

I. GENELOLARAK .....	3
A. ÇOCUK TANIMI .....	6
B. CİNSEL İSTİSMAR KAVRAMI .....	9
C. TARİHÇE .....	14
II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE ÇOCUK İSTİSMARI .....	15
A. CENEVRE ÇOCUK HAKLARI BİLDİRİSİ .....	15
B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER .....	16
C. AVRUPA KONSEYİ .....	19
1. Lanzarote Sözleşmesi .....	22
2. AIHM'in Çocuk Cinsel İstismarına Yaklaşımı .....	24
D. AVRUPA BİRLİĞİ .....	26

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

I. GENEL OLARAK .....	28
II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DURUM .....	30
III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DURUM .....	36
A. KORUNAN HUKUKİ YARAR .....	36
B. SUÇUN UNSURLARI .....	36
1. Suçun Konusu .....	36
2. Fail .....	37
3. Mağdur .....	38
4. Maddi Unsur .....	46
5. Manevi Unsur .....	49
C. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....	52
1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme .....	52
2. İçtima .....	54
(a) Genel İçtima Kuralları Çerçevesinde Cinsel İstismar .....	54
(b) Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Kapsamında Cinsel İstismar Suçu .....	56
(c) Suçu Bildirmeme Suçu Açısından Cinsel İstismar Suçu .....	57
3. İştirak .....	58
D. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN DAHA AZ CEZAYI .....	
GEREKTİREN NİTELİKLİ HALİ .....	59
E. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ VE .....	
AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER .....	63

1. Cinsel İstismarın Üst Soy, İkinci veya Üçüncü Derece Kan Hısımları, Üvey ..... Baba, Üvey Anne, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Vasi Tarafından İşlenmesi .....63	63
2. Cinsel İstismarın Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi .....66	66
3. Cinsel İstismarın Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması ... Suretiyle İşlenmesi .....67	67
4. Cinsel İstismar Fiilin Birden Fazla Kişi Tarafından Gerçekleştirilmesi .....68	68
5. Suçun On Beş Yaşından Küçük veya On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla .... Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama yeteneği Gelişmemiş ... Çocuklara Karşı Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi .....69	69
F. NETİCE YÜZÜNDEN CEZANIN AĞIRLAŞTIRILMASINI GEREKTİREN..... HALLER .....72	72
1. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulmasına Yol Açması Hükmünün .... 6545 Sayılı Kanun Kapsamında Madde Metninden Çıkarılması ve ..... Değerlendirilmesi .....72	72
2. Suçun Mağdurun Ölümü veya Bitkisel Hayata Girmesi Sonucuna Yol Açması .. .....74	74
G. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ .....76	76
1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi .....77	77
2. Rıza .....78	78
I. CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİ EDEN HALLERDEN HAKSIZ TAHRİK ..... VE HATA .....80	80



1. Haksız Tahrik .....	80
2. Hata (Yanılma) .....	81
J. YAPTIRIM .....	83
K. ZAMANAŞIMI .....	85
L. MUHAKEME .....	86

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

<b>I. GENEL OLARAK .....</b>	<b>93</b>
A. İTALYAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI ...	94
B. ALMAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI .....	99
C. İSVİÇRE CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI ....	101
D. DANİMARKA CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI.....	102
E. İNGİLİZ CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI .....	104
<b>SONUÇ VE DEĞERLENDİRME .....</b>	<b>106</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>120</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>128</b>

## KISALTMALAR

AB.	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Anlaşması
ABİA	Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Anlařma
AD.	Adalet Dergisi
Age.	Adı Geçen Eser
Agm.	Adı Geçen Makale
Agt.	Adı Geçen Tez
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK.	Avrupa Konseyi
AMKD	Anaya Mahkemesi Kararlar Dergisi
B.	Baskı
Bkz.	Bakınız
BM.	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CE	Conseil Eurpeen
CGİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CK	Ceza Kanunu

CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Crim.	Criminal
ÇEKK	Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK	Çocuk Koruma Kanuna
Doc.	Document.
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
Ed.	Edition
HPD.	Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JOUE	Journal Officiel de la Republique française
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
N.	Numero
No.	Numara
P.	Page

PVSK	Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
SHÇEKK	Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurum Kanunu
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
UN.	United Nations
Vb.	Ve Benzeri
Vd.	Ve Devamı
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararlar Dergisi

## GİRİŞ

Dünyamızda ve ülkemizde her gün yeni cinsel istismar vakalarının meydana geldiği görülmektedir. Bu da, konuya ilişkin daha fazla ve kapsamlı çalışma yapmayı gerektirmektedir. İçeriği itibariyle diğer suç tiplerinden farklılaşan çocukların cinsel istismarı suçu, sonuçları itibariyle yalnızca bir hukuk konusu değil, aynı zamanda tıp, psikoloji, antropoloji, sosyoloji gibi pek çok alanı ilgilendiren bir konudur. Dolayısıyla, söz konusu suç tipine ilişkin gerek yasal düzenleme gerekse de uygulamaya ilişkin problemlerin sistematik olarak incelenmesi gerekmektedir.

Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasına katkı sağlayacağı düşüncesiyle çalışma konumuzu çocukların cinsel istismarı olarak belirledik. Diğer taraftan açıkça ifade etmek gerekir ki, insan vakarıyla örtüşmeyen ve bu suretle kamu vicdanında telafisi güç yaralar açan bu eylemin bir çocuğun başına gelmiş olması gerçeği bizi çalışmamıza daha fazla sarılmaya teşvik eden etkenlerden olmuştur. Öyle ki, Türk Ceza Kanunu'nun suç tipine ilişkin ilgili düzenlemesi irdelendiğinde, yasal düzenlemenin eksik ya da hatalı ele alındığı, bu sebeple ilgili düzenlemede açık bir kanun boşluğu olduğu görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki kıyas yasağı ve buna ilişkin diğer yasal düzenlemeler ise çocukların cinsel istismarına ilişkin yasal düzenlemedeki kanun boşluğunun önüne bir duvar örerek adeta mahkemelerin elini, kolunu bağlamaktadır.

Bu suretle, söz konusu yasal boşluğun kaçınılmaz sonucu olarak, çocukların cinsel istismarına ilişkin gerçekleştirilen yargılamalarda yerel mahkemelerin kurduğu hükümler, bir hakkın teslimi ya da kamu vicdanının adaletle olan güveninin temininden ziyade aksine, vatandaşın adaletle olan güven duygusunu sarsacak neticelere neden olmaktadır. Keza, ilgili yasal boşluk Anayasa, AİHS ve Türk Ceza Kanunu'nun çalışmamızda ele alınacak olan hükümlerine açıkça aykırı olmasına rağmen, bu uğurda yargılanan suça sürüklenen çocuklar çok ağır cezalar ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili düzenleme her ne kadar sakat bir düzenleme ise de, yargı erkinin ise bu uğurda tamamen işlevini yitirdiğini söylemek mümkün değildir.

Keza, Anayasanın ilgili maddesinde hükmün altına alınan somut norm denetimine ilişkin düzenleme yargı erkinin re-sen kullanabileceği hukuki bir mekanizma ise de, gerek iş yoğunluğu, gerek yerindelik denetimine gireceği veya sair başka nedenler ile yargı erkinin bu suç tipine ilişkin dava konuları hakkında somut norm denetimi yoluna gitmekten imtina ettikleri görülmektedir. Fakat, yargı erkinin somut norm denetimine ilişkin hukuki müesseseyi harekete geçirebilme imkanı var ise de, bu konudaki tartışmalar ile yargı erki arasındaki farklı uygulamalara son vermek adına burada esas olanın kanun yapıcı tarafından yeni bir düzenleme yolunun tercih edilmesi gerekliliğini ifade etmek gerekmektedir.

Tüm bu kısa açıklamalar ışığında Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı başlık ve konulu çalışmamızın üç ana bölüm ve alt başlıklardan oluştuğunu ifade edebiliriz. Birinci bölümde çocuk, cinsel istismar kavramlarını açıklamaya çalıştık. Yine aynı bölümde tarihçe ve ilgili suç tipiyle doğrudan veya dolaylı olarak konuyla ilgisi bulunan uluslararası sözleşmeleri ele aldık.

İkinci bölümde Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarına ilişkin temel ilkelere, suçun yasal unsurlarına, ceza sorumluluğuna etki eden haller ile ilgili suç tipine ilişkin yaptırım, zaman aşımı ve muhakeme gibi başlıkları inceledik. Üçüncü bölümdeyse, çocuk istismarının yasal temellerini ortaya koyduktan sonra ceza hukuku alanının temel ilkelerine sadık kalarak suç tipinin karşılaştırmalı hukuktaki düzenleniş biçimine değindik. Çalışmamızın sonuç kısmında ise kanundaki yasal boşluğun ne suretle aşılabileceğine ilişkin düşüncelerimizi örnekler dahilinde, olan ve olması gereken temsili kanun maddeleriyle açıklamaya çalıştık.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÇOCUK, ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ YERİ

#### I. GENEL OLARAK

Cinselliğe dair etik değerleri hedef alan cinsel şiddet,<sup>1</sup> toplumların düzenlediği ilk suç kategorilerindedir. Bu suç kategorilerine ilişkin düşünce, düzenleme ve yaptırım şekilleri her toplum açısından değişiklik arz etse de, çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler de dahil olmak üzere cinsel suçlar, toplumların tamamında ve her dönem suç tipleri içinde yer almıştır.<sup>2</sup> Keza, çocukların cinsel istismarı suçu gerek Türk hukuk sisteminde gerekse de yabancı hukuk sistemlerinde uzun bir süre genel adaba karşı suçlar içerisinde değerlendirilmiştir. Bu kısımda düzenlenen bu suç tipi, ikinci dünya savaşından sonra bireyin toplum içindeki öneminin artması ve kişinin cinsel dokunulmazlığının genel ahlaktan ziyade kişi ile doğrudan kaim olması gibi düşünce ve nedenlerle kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir.<sup>3</sup>

Çocukların cinsel istismarının uluslararası çevrelerin ilgisini çekmesi 20. yüzyılın sonlarında gerçekleşmiştir. 1990'lı yıllarda Birleşmiş Milletler'de *çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve pornografisiyle* ilgili konularda bir özel raportör atanması, İnsan Hakları Komisyonu'nun bu alanda bir eylem programı benimsemesi ve 1996 yılında Stockholm'de yapılan *Çocukların Ticari Amaçlarla Cinsel Anlamda Sömürülmelerine Karşı* dünya kongresinin düzenlenmesi ile bu konu güncel hale gelmiştir. Bundan sonra BM Genel Kurulu, 2000 yılında Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokolü Benimsemiştir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> TOPAL, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargulamalarında Cinsel Suçlar*, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.9 vd.

<sup>2</sup> CAN, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.463

<sup>3</sup> SAVAŞCI, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.17

<sup>4</sup> HODGKING, Rachel; Newell, Peter, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, 2.Baskı,Unicef Yayınları, Ankara, 2007, s.511

Cinsel suç ile cinsel davranış arasındaki ayrımın belirlenmesi kişilerin bu hürriyetlerini kullanabilmeleri açısından son derece elzemdir. Cinsel davranışlar; başta sosyoloji olmak üzere, kişinin doğrudan ruhsal düşünce ve davranış biçimini ele alan ve bu doğrultuda sübjektif olmayan cinsel düşünce veya dürtüleri harekete geçirici olarak ifade edilebilen fiillerdir.<sup>5</sup> Türk hukuk sistemi ve modern hukuk sistemlerinde, belirli bir yaş sınırının üzerindeki için cinsel suçlar ile cinsel davranışlar arasındaki fark, rızanın bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmektedir.<sup>6</sup> Örneğin ırza geçme, bu eyleme maruz kalan kişinin mecbur bırakıldığı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır. Failin mağdura karşı cebir uygulaması ise suçun olmazsa olmaz unsuru değil, rızanın yokluğunu gösteren bir kanıt niteliğindedir.<sup>7</sup> Burada esas olan mağdurun rızasının var olmasıdır. Keza, mağdurun rızasının her durumda fiziksel şiddet ile bertaraf edilmesi gerektiğinin kabulü bu suç tipine ilişkin düzenlemeyi işlevsiz kılacaktır.

Toplumsal hayatta kabul görmeyecek olan cinsel davranışların ceza hukuku açısından nasıl ele alınması gerektiği ve buna ilişkin düzenlenmelerin ne suretle yapılması gerektiği konusu hep tartışmalı olmuştur. Öyle ki, bu durum aynı ülke içinde yaşayan ancak farklı bölgelerde yetişmiş insanlar arasındaki cinsel suçlara karşı düzenlenecek yaptırımlarında hassasiyetle ele alınması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Keza, günlük hayatta gerçekleştirilen cinsel saldırıların önemli bir kısmının cinsel tatmin duygusunun yanında harici amaçlar ile de gerçekleştirildiği bilinmektedir.<sup>8</sup> Bu yüzdendir ki Türkiye’de kanun yapım sürecinde toplumsal hassasiyetler, ahlak, aile düzeni, örf ve adetler ile çocukların korunması gibi düşünceler etkili olmuştur. Bu düşünceler ise hiç şüphesiz ki kanun koyucunun ilgili suç tipine ilişkin yasal düzenleme sürecinde, diğer suç tiplerine nazaran daha fazla güçlüklerle karşılaşmasına neden olmuştur.<sup>9</sup> Cinsel suçlar kapsamındaki suçlarda

---

<sup>5</sup> TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.295

<sup>6</sup> SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s.233

<sup>7</sup> COHEN, David, “**Consent And Sexual Relations in Classical Athens**”, Angeliki E. Laiou, **Consent and Coercion to Sex and Marriage in Ancient and Medieval Societies**, Dumbarton Oaks, 1993, Washington, s. 5. (nakleden Savaşçı, a.g.e s.18)

<sup>8</sup> KÖKNEL, Özcan, **Bireysel ve Toplumsal Şiddet**, 2. Baskı, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2002, s.204

<sup>9</sup> AYDIN, Öykü Didem, **Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, HPD, Sayı:2, Sonbahar, 2004, s.159



korunan ortak hukuki değer bireylerin cinsel özgürlüğüdür.<sup>10</sup> Keza, bu suç ile korunmak istenen değer, kişilerin haysiyet veya aile düzeni şeklindeki, ilk bakışta söz konusu suç tipiyle ilgili gibi görünen bazı unsurlar değil, bireylerin cinsel eylemlerini diledikleri gibi kullanıp kullanamama hürriyetidir. Nihayetinde bu hürriyet alanında tıpkı kişisel hürriyet gibi olup, diğer bir kimseye zarar verecek biçimde kullanılmamalıdır.<sup>11</sup>

Suç mağdurlarının tümünün hiç şüphesiz ki hasara uğradıkları aşıkardır. Bu hasarın ölçüsü ise mağdurun maruz kaldığı suç tipine göre farklılık gösterebilmektedir. Ancak, cinsel suçlara maruz kalan kişilerin en ağır hasar gören suç mağdurları arasında olduğunu söylemek mümkündür. Aile içinden kimselerin cinsel eylemlerine maruz kalan mağdurlar ile aile dışındaki kişilerin uzun süre tekrarlayan eylemlerine maruz kalan mağdurların yaşadıkları travma ise diğer cinsel suç mağdurlarına kıyasla daha şiddetlidir. Genelleme yapıldığında cinsel suç mağdurlarının çoğunun kadın mağdurlardan oluştuğu, yetişkin çocuk ayırımına girildiğinde ise, çocuk mağdurların sayının yetişkin mağdurlara göre daha fazla olduğu fakat, eylemin, mağdurunun ve failinin bulunduğu yakınlık derecesi itibariyle bunun resmi kayıtlara yansımadağı bilinmektedir.<sup>12</sup> Cinsel suçlar, mağdurun birey olma ve bu suretle kişiliğini geliştirme, toplum içine karışma gibi temel gelişimine zarar vermektedir. Bu suç tipine maruz kalan kimselerin diğer suçlara maruz kalmış kimselere oranla suçtan, yetkili kişi ya da kurumları haberdar etme oranının ise oldukça düşük olduğunu ifade etmek mümkündür. Bunun en önemli nedenleri arasında cinsel istismar mağdurlarına karşı toplumun bakış açısı ve ön yargısı nedeniyle, suça maruz kalanların toplumdan dışlanacağı ve bu uğurda ikinci kez mağdur olacağı endişesi gibi etkenler gösterilmektedir.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> TOROSLU, Nezvati, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2009, s.57,

<sup>11</sup> CAN, Cahit, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, Seçkin yayınevi, Ankara, 2002, s. 475

<sup>12</sup> ÜŞÜR, Serpil Sancar, **“Bir İktidar Aracı Olarak Cinsel Şiddet”**, Kadına Yönelik Şiddet ve Hekimlik Sempozyumu, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 2003, s.25

<sup>13</sup> TAYLOR, Caroline S., GASSNER, Leigh, **“Stemming The Flow: Challenges For Policing Adult Sexual Assault With Regard To Attrition Rates Under-Reporting Of Sexual Offences”**, Police Practice and Research, Vol: 11, Issue: 3, 3, June 2010, s. 241. (nakleden Savaşçı, a.g.e. s.18)

## A. ÇOCUK TANIMI

Türk hukukunda çocuk on sekiz yaşından küçük kişi olarak kabul edilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin 1. Fırcasının b bendinde çocuk kavramı; ‘‘Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır’’ şeklinde ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Çocuklara ilişkin yaş sınırı uluslararası hukukta da aynıdır. Türkiye’nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesine göre; çocu ‘‘Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır.’’<sup>15</sup> şeklinde ifade edilmektedir.

Çocuk tanımı özünde çok güç bir kavramdır. Hukuk alanında çocuğa ilişkin genel bir tanım verilmemekte, çocukluk durumunun yaş ile alakalı olarak süresi belirtilmektedir. Çocuk, Türk Hukukunda birçok düzenlemede yer almakla birlikte, bu konuya ilişkin tanım sayılabilecek sınırlı sayıda hüküm bulunmaktadır. Keza, medeni hukukta çocuk tanımı, ‘‘...ana - baba ile hısımlık ilişkisi içinde bulunup onlara soybağı ile bağlı bulunan kişidir...’’<sup>16</sup> şeklinde ‘‘hısımlık’’ olgusunu ifade eden evlat olarak belirtilirken,<sup>17</sup> 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun Tanımlar Başlıklı 3. maddesinin a bendinde ise; ‘‘Çocuk: daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda, 1) Korunma İhtiyacı Olan Çocuk: Bedensel, zihinsel ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu, 2) Suça Sürüklenen Çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder.’’ şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> KARTAL, Pınar Memiş, **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, 1. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014, s.7

<sup>15</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Ülkemizde ihtirazi kayıtla 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak kabul edilmiştir. (nakleden Kartal, a.g.e., s.6)

<sup>16</sup> SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitabevi, İstanbul 2005, s.3

<sup>17</sup> SEROZAN, a.g.e., s. 3

<sup>18</sup> ÖZMEN, Remzi, **Çocuk Koruma Kanunu**, 54. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2019, s.629 vd.

İslam hukukunda ise çocuk kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmış olup, en genel haliyle çocuk; ‘*Yaş küçüklüğünden dolayı henüz mükellef olmayan, her çeşit muameleyi yapmaya yetkili bulunmayan kişi.*’<sup>19</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Çocuk kavramı cinsel istismar suçu açısından ise son derece tartışmalıdır. Öyle ki, on beş yaşını bitirip henüz on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin kanunen rüştünü kazanmış olduklarının kabul edildiği haller bu tartışmaların başında gelen nedenlerden biridir. Örneğin, evlilik ile rüştünü kazanmış olan bir küçüğün karısı veya kocası tarafından cinsel saldırıya maruz kalması durumunda, evliliği dolayısıyla rüştünü kazandığı kabul edilen çocuğun cinsel istismara uğradığı zaman, bu kişinin çocuk mu yoksa reşit mi kabul edilip edilmeyeceği durumu tartışmalıdır.<sup>20</sup>

Çocuk kavramı 5237 sayılı TCK. m.31’de suça sürüklenen fail çocuk yönünden ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>21</sup> Mağdur çocuk kavramı ise, suçun nitelikli halini oluşturduğu, çocuğun mağdur olarak kabul edildiği ya da suç tipinin mağdur çocuk açısından mahsus suç olarak düzenlendiği hükümlerde karşımıza çıkmaktadır.

Nihayetinde, on sekiz yaşını tamamlamamış olanlar çocuk olarak kabul edilmekle birlikte, çocuğun cinsel ilişkiye girme hususundaki rızasına ilişkin kabul

<sup>19</sup> ÇEKER, Orhan, **İslam Hukukunda Çocuk**, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1990, s.29

<sup>20</sup> KARTAL, a.g.e., s.9

<sup>21</sup> TCK’nın 31. maddesi yaş küçüklüğünü hüküm altına almaktadır. Bu hüküm yukarıda d belirtildiği gibi küçük küçük failer bakımından uygulanan bir hükümdür. Yaş küçüklüğünü tespiti itiraz halinde bilirkişi tarafından yapılacaktır. Burada yapılacak tespit de adli tıp tarafından yapılır zira yaş küçüklüğü tıbbi mülahazalarla ilgilidir. Bu açıklamalarla birlikte **TCK. m.31’e göre yaş küçüklüğü:**

(1) fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendir yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak, bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve her halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz.

görecek yaş veya yaş aralığının ise, ülkeden ülkeye değişkenlik gösteren bir durum olduğu görülmektedir.<sup>22</sup>

Bu konuda Dünya Sağlık Örgütü'nün cinsel suç mağduru çocuklara ilişkin gerçekleştirdiği araştırmada, çocukların reşit olmadan cinsel ilişkiye girme konusundaki rıza yaşının on dört ila on sekiz yaş arasında değiştiği belirtilmektedir.<sup>23</sup> Uluslararası hukukta bazı tanımlamalar verilmeye çalışılmış ise de<sup>24</sup>, tüm Dünyanın çocuklar açısından referans metin olarak kabul ettiği Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun; *“Kendisine uygulanan hukuk ile başka şekillerde reşit olmamış on sekiz yaşından küçük birey”* şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Sözleşmenin buradaki amacı çocuk tanımı vermek değildir. Amaç, kimlerin çocuk kabul edileceğine ilişkin düzenleme ile çocuk istismarı olarak nitelendirilebilecek her türlü eylemden çocukları korumak ve bu çerçevede devletlere hukuki bir sorumluluk yükleyerek buna uyma zorunluluğu sağlamaktır. Bu amaç, Türk Hukuk düzenlemelerindeki amaçla da aynıdır. Keza, TCK'nın 6., 103., ve 104. maddeleriyle Çocuk Koruma Kanunu'nda belirtilen yaş ayrımlarında mağdur çocuğun tanımından ziyade kimlerin mağdur çocuk olabileceği ifade edilmiştir. Benzer eleştiri Fransız hukuku bakımından da getirilmiştir. Fransız hukukunda da mağdur çocuk bakımından sıfır, on beş yaş ile on beş, on sekiz yaş aralığı şeklinde belirlenen ayırım kabul edilmektedir.

---

<sup>22</sup> İslam Hukukunda da yaş küçüklüğünün çeşitli evreleri vardır. Ancak bu da tıpkı TCK bağlamında belirtilen yaş küçüklüğünde olduğu gibi küçüğün cezai sorumluluğuna ilişkindir. Yaş küçüklüğü evreleri dörde ayrılır. Buna göre; 1. Temyiz öncesi devre; 2. Temyiz devresi; Buluş devresi; 4. Rüşt devresidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKER, **İslam Hukukunda Çocuk**, s. 30

<sup>23</sup> MONTES de OCA marcela/ YDRAUT Catherine/ MARKOWITZ Anne, **les Abus Sexuels A l'Egard Des Enfants, Centre Technique National d'Etudes de Recherches Sur les Handicapes et les Indadaptation**, Paris, Yayınlanmamış Araştırma, s. 15 (nakleden Kartal, a.g.e., s.10)

<sup>24</sup> Uluslararası metinlerde verilen çocuk kavramı çocuğun isnat yeteneği ile ilgili herhangi bir açıklama içermemektedir. Avrupa Birliği'nin çocukların insan ticaretinin konusu olmasına karşı düzenlediği 2002 tarihli çerçeve kararında çocuk ile ilgili olarak on sekiz yaşından küçük herkesin çocuk olduğu ifade edilmiş ve taraf devletlere erginlik yaşını tespit etmeleri bakımından serbesti tanımıdır. Çerçeve kararları için bkz., JOUE (**Journal Officiel de l'Union Européenne – Avrupa Birliği Resmi Gazetesi**) 1 Ağustos 2002, L.203, sh.1 ve JOUE, 20 Ocak 2004, L.13, sh.45 (nakleden Kartal, a.g.e., s.11)

Türk hukukunda olduğu gibi, buradaki ayırım da çocuk tanımı değil, çocuğun rızasının kabul edilebileceği yaşı ortaya koyabilmek için yapılmıştır.<sup>25</sup> Ancak ifade etmek gerekir ki, Fransız hukuku dışında başka ülkelerdeki düzenlemelerde benzer şekildedir.<sup>26</sup>

Pek çok ülke cinsel suç mağduru çocuklara ilişkin bir tanım vermek yerine, kimlerin bu suçun mağduru olacağına ilişkin tanımlama yapma yolunu tercih etmiştir. Keza, dünyadaki eğilim de bu yöndedir. Türk kanun koyucusunun cinsel suç mağduru çocuğa ilişkin yaklaşımı da BM Çocuk Hakları Sözleşmesindeki gibi olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'unda mağdur çocuk tanımı yerine kimlerin mağdur çocuk olabileceği ile yetinilmiştir. Sonuç olarak, on sekiz yaşını tamamlamamış olan her küçük, çocuk olarak kabul edilmiştir.<sup>27</sup>

## **B. CİNSEL İSTİSMAR KAVRAMI**

İstismar, en genel anlamıyla kötü davranış biçimlerini kapsayan ve bu suretle kötüye kullanma, başkasının veya kendisinin yararına ancak eyleme maruz kalan kişinin ise zararına olacak şekilde ondan faydalanma, yararlanma, sömürme anlamına gelmektedir.<sup>28</sup>

Çocuk istismarı ise genel olarak çocuk sayılmayan bir kimse, aynı yaş aralıklarında olsalar dahi, diğerinin bir diğerine göre gerçekleştirdiği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını idrak edebilecek kişi, toplum ya da devlet tarafından küçüğün sağlıklı bir birey olabilme yolunda kendisine karşı gerçekleştirilen, toplum düzenince kabul edilmeyen ve bu suretle hukuka aykırı olan olumsuz davranış biçimidir.<sup>29</sup>

Cinsel suçlar, temel değerlerle tezat düştüğü kabul edilen, bireyin cinsel özgürlüğüne ve nihayetinde toplumsal düzenin varlığına zarar veren, içinde bulunulan

---

<sup>25</sup> CABALLERO Francis, **Droit du sexe**, L.G.D.J. Paris 2010, sh. 691 (nakleden Kartal, a.g.e.,s.11)

<sup>26</sup> Les Abus Sexuels des Mineurs, Documents du Senat, Doc. Senat, serie L, Aralık 1996, no.LC.21. (nakleden Kartal, a.g.e., s.12)

<sup>27</sup> KARTAL, a.g.e., s.12

<sup>28</sup> YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 587;

ŞENER, Esat, **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.378

<sup>29</sup> KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.356

dönemin toplumsal hassasiyetleri gereğince müeyyideleri belirlenen cinsel kökenli fiillerdir.<sup>30</sup>

Burada istismarı, çocuğun istismarı ve çocuğun cinsel istismarı açısından ele almak ve her iki kavramı da birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Öyle ki, çocuğa karşı gerçekleştirilen her eylemin çocuğun cinsel istismarı şeklinde kabul edilmesi mümkün değildir. Buradaki ayırt edici unsur, çocuğun ne tür bir eyleme maruz kaldığının net bir şekilde saptanmasıdır. Bu suretle, çocuğun cinsel istismarını; ‘*bir çocuğa karşı, vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışlarda bulunulması...*’ şeklinde tanımlamak mümkündür. 1983 yılında kurulan Cinsel Tacize Uğramış Çocuklar Komitesi tarafından yapılan tanıma göre ise; ‘*Herhangi bir cinsel ilişki teklifini kabul etme yaşının altında olan bir çocuk, hukuken çocuk sayılmayacak olan bir kimsenin bu yöndeki tatminine imkan sağlayacak türden herhangi bir davranışla karşılaştığında ya da bu duruma göz yumulduğunda cinsel tacize uğramış sayılır*’ şeklindedir.<sup>31</sup> Burada çocuk ve istismar olgularının varlığı yanında failin eyleminin de mutlak suretle cinsel yönde olması gerekmektedir.<sup>32</sup> Keza, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde düzenlenen bu suçta ‘*İstismar*’ denilmesinin temelinde yatan esas gaye, korunan hukuki yarardan ötürü çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimidir.<sup>33</sup>

Çocuk istismarından ne anlaşılması gerektiği, tanım verilmeksizin Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 1. fıkrasının ‘*a*’ ve ‘*b*’ bentlerinde ifade edilmektedir. Buna göre; ‘*On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algulama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*’ cinsel istismar olarak kabul edilmektedir. Söz konusu madde çalışmamızın ikinci bölümünün konusu olması nedeniyle burada

<sup>30</sup> CAN, Cahit, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.486 – 487

<sup>31</sup> AKBAŞ, Turan, SANBERK, İsmail, **Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim**, Karahan Yayınları, Adana, 2011, s.2

<sup>32</sup> ARTUK, Mehmet Emin, v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.356

<sup>33</sup> ASLANTÜRK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.224

sadece *cinsel istismardan* ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır. Bu suretle, on beş yaşından küçük çocuğa veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan ancak gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını idrak ve kavrama kabiliyeti gelişmemiş olan çocuğa karşı rızası olsa bile gerçekleştirilen cinsel davranışlar ile yine aynı yaş aralığında olup da, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını idrak ve kavrama kabiliyeti gelişmiş bulunan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan harici bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar olarak kabul edildiğini ifade etmem mümkündür.<sup>34</sup>

Burada kanunun “*Her türlü cinsel davranış*” ifadesini ise ayrıca ele almak gerekmiştir. Her türlü cinsel davranıştan anlaşılması gerekenin ne olduğunun şüpheye yer bırakmayacak, kişiden kişiye geniş ve keyfi olarak yorumlanamayacak şekilde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir kimsenin küçük bir kız çocuğuna karşı, yetişme şekli, karakteri ve kendi doğası gereği çok samimi bir şekilde sevgisini göstermesi suretiyle onu sıklıkla öpmesi, kucağından indirmemesi, çocuk olması münasebetiyle vücudunun sair yerlerine temas etmesi (vurmak, cimcik atmak vb. gibi.) ve çocuğa karşı olan sevgi ve ilgisini bu şekilde göstermesi, idrak kabiliyeti olmayan çocuğun ebeveynleri tarafından şikayet konusu yapılabilecekken, bir başka ebeveyn tarafından ise hoş karşılanabilecektir.

Bu nedenle, cinsel taciz şeklindeki fiilin çocuklara karşı gerçekleştirilmesi durumunda eylemin ne şekilde niteleneceğinin, TCK m. 103’te ifade edilen her türlü cinsel davranış ifadesi kapsamında nazara alınıp alınamayacağını ve buna ilişkin değerlendirmenin ne suretle yapılması gerektiğinin daha net bir biçimde tanımlanması gerekmektedir.<sup>35</sup> Keza, burada ifade edilen her türlü cinsel davranış ifadesi oldukça geniş, temaslı temassız bütün davranışları kapsayabilecek bir ifadedir.

Öyle ki, cinsel saldırıyı düzenleyen TCK m.102’de “*...cinsel davranışlarla vücut bütünlüğünün ihlali...*” ile TCK m. 103’te belirtilen “*...tüm cinsel davranışlar ifadelerindeki farklılığın sebebi...*” cinsel saldırıda belirtilen cinsel davranışların,

---

<sup>34</sup> KARTAL, a.g.e., s.15

<sup>35</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 304 - 305

cinsel istismarda belirtilen davranışlar bakımından farkını ortaya koymak ve cinsel tacizinde ancak reşit olanlara karşı işlenebileceğini, çocuk olanlara karşı gerçekleştirilen tüm cinsel davranışlar ifadesiyle ise cinsel tacizinde bunun içinde yer alacağını belirtmek içindir.<sup>36</sup> Oysa, kıyas yasağını hüküm altına almış olan Türk Ceza Kanununun, reşitlere karşı gerçekleştirilen bir takım cinsel amaçlı hareketlerin taciz olabileceğini düşünürken, çocuklara yönelik vuku bulun bütün cinsel fiillerin ise istismar olacağı şeklindeki ifadesi yerinde ve fakat, çok geniş ve keyfi olarak yorumlanabilecek bir düzenlemedir. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, toplumun demografik yapısı, bölgesel bir takım alışkanlıkları, örf ve adetleri, kırsalda yaşayan kimseler ile sahil kasabasında ya da büyük şehirlerde veya metropollerde yaşayan bireylerin bu gibi olaylara ilişkin yaklaşım şekilleri, düşünce biçimleri ile hal ve hareketleri karşısında, hangi eylemin “*her türlü cinsel davranış*” kapsamında kaldığını saptamak çoğu zaman güç olduğu gibi, çoğu zaman ise iyi niyetli birey ile kötü niyetli bireyi ayırt etmede yargı erkini vicdanı ile baş başa bırakacak ve nihayetinde özünde adaletin tecellisine imkan sağlamaya yardımcı olmayacak bir düzenlemedir. Bu nedenle, kanun yapıcının özellikle cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerinde geniş yorumlanabilecek her türlü ifadeden kaçınarak, açık ve net düzenlemeler yapması, bu düzenlemelere ilişkin hareketlerin neler olduğunun çerçevesini şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirlemesi, bu belirlemeyi yaparken ise toplumun ve içinde bulunulan çağın dinamiklerini gözetererek tüm bireyleri kapsar şekilde daha dikkatli ve objektif düzenlemeler yapması gerekmektedir.

Bir diğer önemli konu ise sarkıntılık eyleminin cinsel istismar eyleminden ayıran unsurun ortaya konulması ve sarkıntılık eyleminin çocuklara karşı gerçekleşmesi halinde suçun faili hakkında nasıl bir ceza tatbik edileceği konusudur. Keza, sarkıntılık suçu Türk Ceza Kanununda ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olup, cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddesinin 1. fıkrası ile ve cinsel istismar suçunun düzenlendiği 103. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlelerinde hüküm altına alınmıştır<sup>37</sup> Sarkıntılık fiilini; *kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki seviyesine ulaşmayan, yüzeysel, ani*

<sup>36</sup> POLAT, Oğuz, Tanım, in: **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1- Tanımlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.27

<sup>37</sup> SAVAŞCI, a.g.e., s. 57



*ve geçici cinsel davranışlar...* şeklinde ifade etmem mümkündür. Keza, fail cinsel amaçlı eylemini mağdurun vücudu üzerinde kesintisiz bir şekilde sürdürmeye devam ediyorsa o halde sarkıntılık suçundan değil, cinsel saldırı suçundan, eyleme maruz kalanın çocuk olması durumunda ise cinsel istismar suçundan söz etmek gerekecektir.

Çocukların cinsel istismarını hüküm altına alan TCK m. 103 ise, çocuklara yönelik vuku bulan her türlü cinsel davranışın suçun yasal unsurlarının oluşmasına imkan tanıyacağını hüküm altına almıştır. Bu nedenle uygulamada sarkıntılık fiilinin çocuğa karşı gerçekleşmesi halinde failin eyleminin TCK m. 102/1 hükmü kapsamında mı yoksa TCK m. 103/1 kapsamında değerlendirileceğine ilişkin duraksamaların yaşandığı görülmektedir. Öyle ki, uygulamada kimi zaman söz konusu eylemin çocuğa karşı gerçekleşmesi durumunda sanık hakkında TCK m.102/3 hükmünün tatbiki yoluna gidildiği, keza yargı erkince bu konudaki çıkış noktasının *“suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak düzeyde bulunan kişiye karşı işlenmesi”* şeklinde hüküm altına alınan TCK m. 102/3 olarak kabul edildiği görülmektedir. Hiç şüphesiz ki çocuk gerek fiziki yetersizliği gerekse de ruhsal ve psikolojik olgunluğa ulaşmamış olması nedeniyle kendisini savunamayacak kimsedir ancak, kanunun bu nitelikli halden kastettiği kimselerin çocuk kişiler olmadığını, yetişkin olmakla birlikte bedensel veya ruhsal nedenlerle kendilerini koruyamayacak derecede çaresiz olan kişiler olduğuna ilişkin ayrımı iyi yapmak gerekmektedir.<sup>38</sup>

Dolayısıyla tüm bu tartışmalardan bağımsız olarak, suçun mağdurunun TCK m. 6’da hüküm altına alınan çocuk tanımı içinde kalması halinde mağdurun kendisini savunabilecek bedensel ya da ruhsal olgunlukta olup olmadığı hususunda herhangi bir araştırmaya gerek kalmaksızın failin doğrudan TCK m. 103 gereğince sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir. Keza, TCK m. 2 de hüküm altına alınan kıyas yasağı ile TCK m. 103/1 de hüküm altına alınan açık kanun hükmü gereğince sarkıntılık suçunun çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında TCK m. 103/1 hükmünün tatbiki gerekecektir.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> MEMİŞ, a.g.e., s. 137 vd.

<sup>39</sup> ÖZMEN, a.g.e., 72

## C. TARİHÇE

Tarihsel süreçte çocukların cinsel suçlar içerisindeki yeri oldukça yenidir.<sup>40</sup> Çocuklara yönelik gerçekleştirilebilen cinsel davranışların suç olarak kabulünün Avrupa’da 18. yüzyıl sonlarında çocuk haklarının konuşulduğu döneme denk geldiği bilinmektedir. Keza, 18. yüzyıl ve 19. yüzyıl başlarında günah ve suç birbirinden ayırt edilememiş ve bu nedenle cinsel suçlar en ağır şekilde cezalandırılmıştır. 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra Avrupa’da özellikle Fransa ve Almanya’da cinselliğe yönelik bir takım ahlak kurallarının ceza hukukuna ve bunun tabii sonucu olarak yaptırımlara bağlanması bir takım tepkilerin doğmasına neden olmuş ise de, bu durum cinselliğe ilişkin düzenlemelerin dinden bilime doğru kaymasına engel olamamıştır.<sup>41</sup> Bu kaymanın etkisiyle 19. yüzyılda yapılan kanunların daha önce ele alınan kanunlara kıyasla din ve ahlak yönünden ayrıldığı görülmüştür. Örneğin, iradeyi sakata uğratacak herhangi bir eyleme başvurulmadıkça ve alenen yapılmadıkça kişinin bu yöndeki kendisini tatmini, sosyal ahlakı ilgilendirmedikleri için suç sayılmamıştır.<sup>42</sup>

Cinsel suçlar İslam hukukunda ise *had suçlarından* olup, evlilik dışı gerçekleştirilen bütün cinsel münasebetler zina suçu olarak kabul edilmiştir. Suçu işleyen kişiler ister bekar olsun ister evli, aralarında evlilik bağı olmayan herkes bu suçun faili olarak kabul edilmekteydi. Dolayısıyla İslam hukukundaki zina suçu ile günümüzdeki zina kavramı birbirinden farklıdır. Keza, zina, çoğu kanunda karı veya kocadan birisinin bir başka kimse ile kurduğu cinsel münasebet şeklinde değerlendirilirken, İslam hukukunda ise bekar iki kişinin de cinsel münasebeti zina olarak kabul edilmekteydi. İslam hukukunda zina suçu ile nesebin, genel ahlak ve iffet ile aile ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır.<sup>43</sup>

Osmanlı hukukuna da değinecek olursa, Osmanlı hukunda söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları Kanuni Kararnamesinde düzenlenmiş olup, ırza geçme suçu ise ilk defa 1274 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunun*’da düzenlenmiştir.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> MEMİŞ, a.g.e., s. 57

<sup>41</sup> KILIÇ, Abbas, **Cinsel Hakimiyet ve Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu**, TBB Dergisi Sayı 78, s.174.

<sup>42</sup> KILIÇ, a.g.e., s.174

<sup>43</sup> AVCI, Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, S. 163

<sup>44</sup> AKBULUT İlhan, **İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, AÜHF Dergisi, 2003, C: 52, S:1., s. 174

Çocuklara özgü olmamakla birlikte, cinsel suçların tarihte çok ağır yaptırımlarla sonuçlandırılan eylemler olduğu, bunun sebebin ise, yok olup giden değerlerin artık yerine konulamayacağına ilişkin anlayıştan ileri geldiği ifade edilmiştir.<sup>45</sup> Bu suçların tarihsel gelişimine bakıldığında önceleri tabu olarak kabul edilen değerler üzerinden kişilerin cezalandırıldığı görülmüş olup, ceza hukukunun gelişimiyle birlikte cezalandırmanın ilk olarak ahlak kuralları nedeniyle yapıldığı görülmüştür. Bundan sonraki aşamada ise ceza hukuku ve ahlak ayırımının yapıldığı, buradaki cezalandırılmanın yerini artık ahlak anlayışının yerine bireyin cinsel özgürlüğü üzerindeki söz hakkının aldığı görülmüştür.<sup>46</sup>

Belirtmek gerekir ki, bugün mevcut hukuk sistemimizde düzenlenen cinsel suçların neredeyse tamamının Roma Ceza Hukukunda da düzenlendiği<sup>47</sup> ve Roma hukuku incelendiğinde, buradaki cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin günümüz ceza hukukunda yer alan hükümlerin temelini oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Nihayetinde, insanlığın bugün geldiği aşama, cinselliğin bir genel ahlak değil, özgürlük sorunu olduğuna ilişkin anlayış ve bu anlayışın kabulü, cinsel suçlara karşı bakış açısını değiştirmiş ve artık bu suçta korunan değerlerin kişilerin cinsel özgürlüğü olduğu benimsenmiştir. Batı temelli ve kaynaklı olan Türk hukuk sistemi, Avrupa hukuk sistemindeki gelişmelerden etkilenmiş ve nihayetinde bu gelişmeler ülkemizdeki ceza yasaları üzerinde de oldukça etkili olmuştur.<sup>48</sup>

## II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE ÇOCUK İSTİSMARI

### A. CENEVRE ÇOCUK HAKLARI BİLDİRİSİ

Türkiye'nin de taraf olduğu,<sup>49</sup> çocuk haklarına ilişkin atılan ilk önemli adım 26.09.1924 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'dir. Söz konusu bildiri de bütün çocukların fiziksel ve ruhsal

<sup>45</sup> CAN, Cahit., **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.288

<sup>46</sup> TANER, Fahri Gökçen., **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Seçkin Yayınları, 2013, s. 49

<sup>47</sup> KILIÇ, a.g.e., s.173

<sup>48</sup> TANER, a.g.e., s. 48

<sup>49</sup> TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.8 vd.

gelişimlerinin sağlanması, aç çocukların beslenmesini, hasta çocukların tedavi edilmesini, suçlu çocukların ıslah edilmesini, yetim ve kimsesiz çocukların korunmasını, felaket anında ilk çocuğa yardım edilmesini, çocuğun her sömürüden korunmasını ve kardeşlik duyguları içinde eğitilmeleri gerektiği belirtilmektedir.<sup>50</sup>

20 Kasım 1959 tarihli çocuk hakları bildirisinde çocuk haklarına ilişkin kabul edilen birçok ilkenin içinde çocuğun her türlü ihmâl, sömürü ve zalimlikten korunması ve hiçbir şekilde ticaret konusu yapılmaması hususları da bulunmaktadır. Fakat, bu iki belgenin de uhdesinde çocuk haklarına ilişkin birtakım ilkeler ihtiva edilmiş ise de, bu belgeler, ilgili ülkelere karşı hiç bir hukuksal müeyyide öngörmemesi nedeniyle yazılı bir metin olmaktan öteye geçememiştir.<sup>51</sup>

## B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

Uluslararası hukukta çocuk ve çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler, 1923 Milletler Cemiyeti Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nde, 1959 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nde ve 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde karşımıza çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 25 Mayıs 2000 tarihinde Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek, Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisi ile İhtiyari Protokolü benimseyerek, durumun ciddiyetine ve önemine dikkat çekmeye çalışmıştır.<sup>52</sup>

Protokol, taraf devletlere, bu suçlardan ötürü çocukların mağdur olmalarının önüne geçilmesini ve ola ki mağduriyet söz konusu ise bu mağduriyetin de en iyi ve hassas şekilde giderilmesi üzerine temin yükümlülüğü getirmiştir.<sup>53</sup> Bu konudaki ilk temel metin olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere istismar ile mücadelede aktif bir rol üstlenerek bu konuda yeterli ve etkin düzenlemeler yapmaları yükümlülüğü getirmiştir. Keza, sözleşmenin amacı da; '*Çocukların korunması için*

---

<sup>50</sup> Bkz. Geneva Declaration, of the Rights of the Child, Adopted 26 September 1924, League of Nations, <http://www.un--documents.net/gdrc1924.htm>, ET: 14.02.2010. (nakleden Savaşçı, a.g.e., s.41)

<sup>51</sup> İNAN, Ali Naim, "**Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**", AÜHFD, C:44, S.1, 1995, s.765

<sup>52</sup> Türkiye, söz konusu Protokolü, **28.06.2002 tarih ve 24799 sayılı Resmi Gazetede** yayımlayarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.

<sup>53</sup> AYRAL, Fatma, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele**, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.47

*evrensel ilkeleri belirlemek , onları her türlü ihmal, istismar ve kötü muameleye karşı korumaktır.*” Hemen ifade etmek gerek ki, Türkiye Çocuk Haklar Sözleşmesi’ne 1990 yılında taraf olmuş, 1995 yılında ise onaylayarak iç hukukuna geçirmiştir.<sup>54</sup>

Diğer taraftan, sözleşmede internet vasıtasıyla çocuk pornografisiyle mücadeleye ilişkin düzenlemeler, internetin insanların hayatına henüz günümüzdeki kadar aktif bir şekilde girmediği ve bu durumda o tarihte öngörülemediği gerekçesiyle, BM Genel Kurulunca, 25 Mayıs 2000 tarihinde çocuk haklarına dair sözleşmeye ek (*Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol* ) protokol şeklinde kabul edilmiş ve bu suretle sözleşme tamamlanmıştır.<sup>55</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde eksik kalan hususların giderilmesi ve bu anlamda sözleşmenin güncellenmesi bakımından ek protokol, çocukların cinsel istismarı ve çocukların sömürüsü bakımından önemli bir metindir.

Çocuğun her türlü şiddete karşı korunma hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 19. maddesinde belirtilmekte ve ilgili maddenin 1. fıkrasında, *“Bu sözleşmeye taraf devletler, çocuğun, ana – babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmal veya ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitimsel bütün önlemleri alır.”* şeklinde cinsel istismarı da kapsayan ancak buna ilişkin herhangi bir tanım vermeyen bir düzenleme yer almaktadır. Çocuğu her türlü istismara karşı korumak devletlerin görevidir.<sup>56</sup> Bu da ifadesini sözleşmenin 34. maddesinde; *“Taraf Devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi verirler.”* şeklindeki hükümden almıştır.

<sup>54</sup> Türkiye, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni ihtirazi kayıtla 14.09.1990 tarihinde imzalamış, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş; **27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede** yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin ihtirazi kayıt koyduğu maddelerde azınlık çocuklarının dil, eğitim ve kültür hakları yer almaktadır.

<sup>55</sup> Türkiye, söz konusu protokolü, 28.06.2002 tarih ve 24799 sayılı Resmi Gazetede yayımlayarak iç hukukun bir parçası haline getirmiştir.

<sup>56</sup> KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.357

İlgili hükme göre sözleşmeyi benimseyen devletler;

1 - *Çocuğun yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere ve zorlanması,*

2 - *Çocukların fuhuş ya da diğer yasa dışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini,*

3 - *Çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla, ulusal düzeyde ve ikili ve çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.*

Bahsi geçen hükümde, hangi eylemin istismar ya da sömürü teşkil edebileceği ifade edilmişken, cinsel istismarın ya da cinsel sömürünün tanımı ise kasıtlı olarak verilmemiştir. Buradaki amaç, bunların toplumdan topluma değişen kavramlar olması nedeniyle, ÇHS ile çerçevesi çizilen hükmün içinin taraf devletlerce doldurulması gerektiği düşüncesidir. Keza, BM burada sadece genel bir çerçeve çizmekle yetinmiştir.<sup>57</sup> Sözleşmeye taraf devletlerin, *çocukların yaşam haklarından, kendilerini geliştirme, isim ve vatandaşlık, kimliğin korunması, ana – baba ile yaşam haklarına, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, bilgiye ulaşma, suiistimal ve ihmalden korunma, aile ortamından yoksun ise korunma, mülteci, özürlü çocukların korunması, sağlık hizmetlerinin sağlanması, eğitim hakkı, azınlık hakları, cinsel sömürü, fuhuş, silahlı çatışmadan korunma, işkenceden korunma gibi daha birçok hakları haiz olduklarını bildiklerini teyit ederek her beş yılda bir BM Çocuk Hakları Komitesine rapor sunmakla yükümlü kılındıkları bilinmektedir. Söz konusu raporda yasal düzenlemeler başta olmak üzere, süreç içinde tezahür eden çocuklarla ilgili gelişmeler ve değişiklikler, iyileştirmeler ile devletin yükümlü bulunduğu konulara ilişkin tüm çalışmalar yer almaktadır. (ÇHS m.43) ÇHS çocukların istismara uğramadan önce gerekli tedbirlerin alınmasını ve suçun faillerine uygulanacak yaptırıma ilişkin çocuklara yönelik eylemleri maddi ceza hukuku bağlamında ele aldıktan sonra, bu eylemlere maruz kalan çocukların tedavisi ile buna ilişkin her türlü tıbbi desteği ve rehabilitasyonu da devletlerin zorunlu yükümlülüğü olarak öngörmektedir. (ÇHS m.39) Bu yükümlülükler; rehabilitasyon merkezleri kurmak, rehabilitasyonda bulunan*

---

<sup>57</sup> KARTAL, a.g.e., s.73

çocukları korumak, bunlara iş bulmak, şeklinde ifa edilebilir.<sup>58</sup> Çocukların rehabilitasyonuna ilişkin benzer düzenleme ÇHS'ne Ek Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol'de de öngörülmüştür. (m.8 ve 9)<sup>59</sup>

### C. AVRUPA KONSEYİ

Avrupa Konseyi'nin birçok alanı ilgilendiren düzenlemeleri gibi çocuklarla da ilgili çok önemli düzenlemeleri vardır.<sup>60</sup> Keza, Konsey'in bu düzenlemeleri, sadece şiddet eylemleri ile ilgili olmayıp, çocukların sosyal haklarından, medeni haklarına kadar uzanan çok geniş bir yelpazede ele alınan düzenlemelerdir.<sup>61</sup> Konseyin çalışma sahası dahilindeki konuların, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları şeklinde veya sözleşme şeklinde düzenlendiği bilinmektedir. Şüphesiz ki, Avrupa Konseyi'nin insan hakları konusundaki etkinliği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>62</sup> ve bu sözleşmenin uygulama organı konumunda bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sayesinde işlerlik kazanmakta ve sözleşmeye taraf devletlere, sözleşmeye ve bu sözleşmenin uygulayıcısı pozisyonunda olan AİHM'nin kararlarına uyma yükümlülüğü getirmektedir.

İfade etmek gerekir ki, AİHS'de hüküm altına alınan bir madde kapsamındaki hakkının ihlal edildiğini düşünen bir kimsenin mensubu olduğu devlet AİHS'ne taraf olmasa dahi, hakkı ihlal eden kişinin mensubu olduğu devlet AİHS'ne taraf ülke ise, ihlale uğradığını düşünen kişi kendi iç hukuk düzeninin amir hükümlerine ilişkin süreci tamamladıktan sonra AİHM'ne başvurabilecektir. Bir diğer anlatımla buradaki

<sup>58</sup> GEMALMAZ, Haydar Burak, **Çocuk Hakları Sözleşmesine Göre İşkence ve Kötü Muamele Mağduru Çocukların Rehabilitasyonu**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 577 vd.

<sup>59</sup> GEMALMAZ, a.g.e., s. 590 vd.

<sup>60</sup> ERDOĞAN, Oktay, **Çocuk Hakları**, Acar Basım, İstanbul, s.169

<sup>61</sup> Resolution ResAP (2005) 1 sur la protection des adultes et des enfants handicapés contre les abus, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 2 Février 2005 (nakleden Kartal, a.g.e., s.76)

<sup>62</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on iki devlet tarafından 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış, 03.09.1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf ülkeler insan haklarına saygıyı uluslararası bağlamda taahhüt etmiş bulunmaktadırlar. Türkiye Sözleşmeyi 1954 yılında onaylamış ve **6366 sayılı Kanunla, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî gazetede** yayımlayarak yürürlüğe sokmuştur.

kriter, kişinin mensubu olduğu devletin AİHS'nin tarafı olması değil, sözleşme ile korunan bir hakkın, bir başka *sözleşmeci* devlet tarafından ihlal edilmesidir.<sup>63</sup> Keza, çocuklar adına başvuru ise, hukuksal durumu uygun olan anne ve baba tarafından yapılabilmektedir.

AİHS'nde doğrudan çocuk istismarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Çocuk istismarına ilişkin hak ihlalleri, sözleşmenin 3. maddesi kapsamında temel haklarla bağlantı kurulmak suretiyle nazara alınmaktadır. Keza, çocukların cinsel istismarı, özel olarak çocukların cinsel dokunulmazlıklarının ihlali olmakla birlikte aynı zamanda kötü muamele teşkil eden davranışları da ifade etmektedir. Öyle ki, AİHS'nde çocukların cinsel istismarına ilişkin doğrudan bir düzenleme olmasa da, AİHS'nin 3. maddesi ışığında AİHM'nin verdiği kararlar bu suçlarla mücadelede ülkelerin yaklaşımlarının şekillenmesi açısından mühim bir önem taşımaktadır. Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta da, çocuk istismarına ilişkin hak ihlallerinin yalnızca sözleşmenin 3. maddesini ihlal etmeyeceği keza, böyle bir ihlalin vuku bulması durumunda sözleşmenin adil yargılanma hükmünü ihtiva eden 6. maddesi, özel ve aile hayatına saygı hakkının hüküm altına alındığı 8. maddesi, etkili başvuru hakkına ilişkin 13. madde ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile ek protokol hükümlerini de ihlal edeceği bu nedenle çocuk istismarına ilişkin hak ihlallerinin tespitinde ve değerlendirilmesinde bu maddeler ile ek protokol hükümlerinin de nazara alınması gerekmektedir. Örneğin, 8. maddenin ilk fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi gerekliliğinden söz edilmiş olup, 14. maddesinde ise bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin hakkı ihlal edilen herkese sağlanması gerektiğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla, çocuğun da bir birey olduğu, bir takım haklara insan olmasının doğal sonucu olarak doğuştan sahip olduğu, bu gibi temel hakların tanınmasında ya da kullanılmasında çocuk, yetişkin, yaşlı ya da harici herhangi sebeple, kişinin dini, dili, ırkı, etnik kökeni gibi bir ayrıma gidilemeyeceği ifade edilmek istenmiştir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> X ve Y/ Hollanda (&34) Kararı; M.C./ Bulgaristan Kararı; E ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı gibi çeşitli karar için bkz. DOĞRU Osman/ NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar – 1. Cilt, Avrupa Konseyi/ T.C Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2012, s.171 (nakleden Kartal, a.g.e., s76)

<sup>64</sup> AİHS (Erişim) [https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf) 05.08.2020



Avrupa Konseyi'nin çocukların korunmasına ilişkin birçok tavsiye kararı bulunmakla birlikte, konseyin çocukların cinsel istismarıyla mücadele konusunda aldığı kararlardan biri de 24.02.1997 tarih ve 419997X0154 sayılı İnsan Ticareti ve Çocukların Cinsel İstismarının Önlenmesi Hakkında Ortak Önlem Kararıdır.

Söz konusu kararla konsey, insan ticaretiyle birlikte ele aldığı cinsel istismarı organize bir şekilde sınır aşan boyutu ile öngörüp, etkin mücadele edilmesi konusunda devletlere sorumluluk yüklemektedir.<sup>65</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2001 yılında kabul ettiği, çocukların cinsel istismarı ile ilgili '*Çocukların Cinsel Sömürüye Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı*'<sup>66</sup> ile Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 2002 yılında yürürlüğe koyduğu '*Çocukların Cinsel Sömürüsü; Sıfır Tolerans*'<sup>67</sup> kararı<sup>68</sup>, taraf devletlerin, çocukların fuhuş maksadı ile kullanılmalari konusunda sıfır tolerans göstermeleri ve bu konuda çok etkin bir mücadelede bulunmalarını öngörmektedir. Konseyin, cinsel istismarın önlenmesi bakımından önem teşkil eden yakın tarihli sözleşmesi ise; *Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*' adı ile bilinen sözleşmedir.

Avrupa Konseyi, 16,17 Mayıs 2005 tarihinde Polonya'nın Varşova şehrinde gerçekleştirdiği Devlet ve Hükümet Başkanları 3. zirvesinde çocukların cinsel suiistimalini durdurmaya yönelik tedbirlerin geniş bir çerçevede ele alınması ve düzenlenmesi çağrısında bulunarak, bu konuda bir yol haritası çizmiştir.

Konsey bu yol haritasıyla sözleşmeye taraf devletlere, çocuk suiistimalinin ve istismarının önüne geçme ve konuya ilişkin tedbir alma yükümlülüğü getirmiştir. Avrupa Konseyi yetişkin sayılmayan tüm küçüklerin, gerek ailesi, gerek toplumda gerekse de devlet nazarında çocuk olmasının gerektirdiği koruma ve gözetim

---

<sup>65</sup> İÇEL, Kayhan, v.d., **Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza Hukuku**, İstanbul, 2000, s. 57 – 58

<sup>66</sup> Recommandation Rec (2001) 16 sur la Protection des enfants contre l'exploitation sexuelle adoptée par le Comité des Ministres. (nakleden Kartal, a.g.e., s.78)

<sup>67</sup> Resolution 1307 (2002), Exploitation Sexuelle, des Enfants: tolérance zero, adoptée par l'Assemblée parlementaire le 27 Septembre 2002. (nakleden Kartal, a.g.e., s.78)

<sup>68</sup> DORSÍ, L'engagement du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne pour la promotion et la protection des droits de l'enfant, s.11 (nakleden Kartal, a.g.e. s.78)

tedbirlerinden yararlanmasına ve bu hak çerçevesinde çocukların özellikle başta fuhuş ve çocuk pornografisi ile cinsel suiistimali ve ülke sınırları dışında gerçekleştirilen olaylar da dahil olmak üzere her ne türden olursa olsun hiçbir cinsel istismara maruz bırakılmamasını, bu gibi hadiselerin çocukların sağlığını, ruhsal gelişimini, topluma adaptasyonlarını zayıf hale getireceğinin kabulünden hareketle ‘*Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme*’” diğer adıyla LANZAROTE sözleşmesini 25.10.2007 tarihinde imzaya açmıştır.<sup>69</sup>

## 1. Lanzarote Sözleşmesi

Çocuk hakları insan haklarından ayrı değildir. Keza, çocuk hakları, insanın doğuştan sahip olduğu öz, temel bir haktan farklı bir hak değildir. Bu nedenle çocuğun cinsel istismara uğramama, kötü muameleye maruz kalmama hakkı, çocuğun özünde insan olmasından kaynaklı ve fakat ona bahşedilmiş harici bir hak olmayıp, onun insan olması gereği haiz olduğu haklarından bir tanesidir. Bu kapsamda, temel hak ve özgürlükleri korumayı kendisine ilke edinmiş Avrupa Konseyi’nin çocukların cinsel istismarının önüne geçebilmek için hazırlayıp yürürlüğe koyduğu Lanzarote Sözleşmesi çok detaylı ve koruyucu hükümler içermektedir. Bunun nedeni ise söz konusu sözleşmenin varlığına kadar bu uğurda atılan tüm adımların bütün hukuki çalışmaların tamamının dikkate alınarak hazırlanmış olmasıdır. Keza, Lanzarote Sözleşmesi, yalnızca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin çeşitli tavsiye kararlarının ve konuyla ilgili olabilecek sözleşmelerin dayanak alınması suretiyle değil, diğer uluslararası kuruluşların konuya ilişkin karar ve sözleşmelerinin de ele alınıp incelenmesi suretiyle hazırlanmıştır.

Söz konusu sözleşmenin temelini oluşturan çalışmalar, sözleşmenin giriş kısmında açıklanmıştır.<sup>70</sup> Bu kısımda oluşturulan düzenlemelerin hepsinde çocuklar hakkında hukuka aykırı tüm istismar ve sömürü biçimleri çeşitli şekillerde ele

---

<sup>69</sup> Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşmesi için bkz., <https://www.coe.int/en/web/children/lanzarote-convention>, (Erişim) 12 Nisan 2020

<sup>70</sup> Lanzarote sözleşmesi için bkz., <https://www.coe.int/en/web/children/lanzarote-convention> (Erişim) 12 Nisan 2020,

alınmıştır.<sup>71</sup> Bu suretle Lanzarote Sözleşmesi, çocukların cinsel suiistimali ve cinsel istismarına ilişkin, sözleşmenin giriş kısmında belirtilen tüm uluslararası düzenleme ve tavsiye kararlarını derleyerek bir bütün halinde ele almıştır. Sözleşmenin yegane amacı, çocukların cinsel istismarı, sömürüsü ve suiistimalinin önlenmesi ve bu konuda gerçekleştirilecek kararlı mücadeleyle çocuk haklarının korunmasına ilişkin uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmaktır.

Lanzarote Sözleşmesinin 3. maddesine göre çocuk; “18 yaşını bitirmemiş bireydir”. Avrupa Konseyi, Lanzarote sözleşmesinin 3. maddesinden anlaşılacağı üzere bu sözleşmede, çocuk ve cinsel istismar kavramlarına ilişkin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne paralel bir düzenleme yapmıştır. Sözleşmenin 18. maddesine göre cinsel istismar ise, “ *Ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak; çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak;*

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

Maddenin son fıkrasında iki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin kapsam dışı olduğu belirtilmiştir.

Önemli ve ayrıntılı hükümler içeren sözleşme ile Türk Hukukunun paralellik gösterdiği düşünülse de, sözleşmenin kapsam dışında tuttuğu, “iki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki” durumu, TCK m. 103’te<sup>72</sup> hüküm altına alınmamıştır. Yine, sözleşmede düzenlenen aile içi cinsel istismar ise, kanunumuzda harici bir

<sup>71</sup> Sözleşmenin giriş kısmı için bkz., <https://www.coe.int/en/web/children/lanzarote-convention>, (Erişim) 12 Nisan 2020,

<sup>72</sup> 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesi ayrıntılı ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile buna ek İhtiyari Protokole uygun şekilde düzenlenmiştir. TCK m. 103 kapsamında çocukların cinsel istismarı ayrıca ele alınacağı için burada madde metnini yazmıyoruz.

hüküm kapsamında değerlendirilmemiş olup, eylemin aile içinde vuku bulması suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak öngörülmüştür.

Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanabilirliğindeki en önemli faktör hiç şüphesiz ki uluslararası adli yardımlaşma müessesesidir. Bu kapsamda taraf devletlerin, sözleşme kapsamında hüküm altına alınan, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmaları yaparak işbirliği içerisinde olmaları amaçlanmıştır.

Diğer taraftan, Avrupa Konseyi'nin hazırladığı bu sözleşme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocukların Alınıp Satılması, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisine ilişkin İhtiyari Protokolden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri bertaraf etmeyecektir. Keza, Lanzarote sözleşmesiyle amaçlanan, çocuklar hakkında, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Çocukların Alınıp Satılması, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisine ilişkin İhtiyari Protokolün sağladığı korumayı artırarak bu sözleşmelerde yer alan standartları geliştirmektir (Söz. m. 42).

## **2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Çocuk Cinsel İstismarına Yaklaşımı**

AİHS'nin ihlaline ilişkin konular hakkında uygulayıcı pozisyonunda olan AİHM'nin, 1980'li yıllarda, çocukların cinsel istismarına ilişkin kararları hakkındaki değerlendirmesiyle, günümüz kararlarına ilişkin değerlendirmesi arasında farklı yaklaşımlar oluşmuştur. Keza, AİHM, sözleşmenin 3. maddesinde yer alan kötü muamele yasağının cinsel saldırıyı kapsamadığından yola çıkarak Hollanda ile ilgili vermiş olduğu bir kararında, Hollanda iç hukukunda üçüncü kişilerin cinsel saldırı fiilinin kovuşturulmasını engelleyen hukuki boşluk ile AİHS'nin koruması arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı görmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir.<sup>73</sup> AİHM bu karardan nice zaman sonra 2003 yılında ise, Bulgaristan aleyhine verdiği bir kararda, on beş yaşındaki bir çocuğa önceden tanıdığı iki erkek tarafından cinsel saldırıda bulunulup, mağdurun direnmesi ile ilgili kanıt bulunamadığından bahisle, söz konusu saldırı fiilini ırza geçme olarak nitelendirmeyen Bulgar Adli Makamının kararını eleştiren bir karar vererek, burada ‘‘mağdurun direnmesini dikkate alma’’

<sup>73</sup> X ve Y/ Hollanda kararı için bkz., DOĞRU/ Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, s.170 – 171.

kıstası yerine ‘rıza vermeme’ kıstasının daha yerinde bir ölçüt olacağını vurgulamıştır.<sup>74</sup> Nihayetinde AİHM, Bulgar Devleti hakkında, yaptığı değerlendirme sonucunda, AİHS’nin 3. ve 8. maddelerini ihlal ettiğine ilişkin karar vermiştir.

Küçüklerin cinsel istismarının konu olduğu Birleşik Krallık Aleyhine de, Hollanda kararının aksine, AİHS’nin 3. maddesinin bu olguları kapsadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiş ve burada devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu ancak bunu yerine getirmediğini ifade etmiştir. AİHM, E. ve Diğerleri/ Birleşik Krallık kararında ensest ilişkiye konu olmuş bir vakayı incelemiştir. Karara konu olayda, üvey baba yıllarca dört çocuğun ırzına geçmiş ve bu durum yetkililerce, idare tarafından bilinmesine rağmen göz ardı edilmiştir. Bu çerçevede olayı inceleyen AİHM devletin müdahale etmesi gerekirken duruma göz yummasını AİHS’nin 3. maddesi kapsamında değerlendirmiş ve Birleşik Krallık hakkında ihlal kararı vermiştir.<sup>75</sup>

AİHM zaman içinde daha önceki tutumundan vazgeçerek, çocukların cinsel istismarı hakkında önüne gelen vakaları AİHS’nin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiş ve bu uğurda devletlerin pozitif, aktif bir yükümlülük içinde olduklarını belirterek birçok ihlal kararına hükmetmiştir. Keza, mahkeme, çocuğun da her şeyden önce bir insan olduğu bu sebeple her bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden yararlanması gerektiğini savunmuş ve çocuğun saygınlığı, kişiliğini geliştirme hakkı, cinsel dokunulmazlığı ile insan vakarına yaraşmayacak her türlü davranışı kabul etmeme haklarının her birinin özünde tek bir hakkın varlığına ve bu hakkın ise insan olmanın ayrılmaz bir parçası olan en temel hak olduğuna işaret etmiştir.

Öyle ki, cinsel istismarında kötü muamele olduğu hususunda hiçbir duraksama yaşanmaması gerektiği AİHM ilgili kararları ile ifade edilmiştir. AİHM, burada devletlerin sorumluluğunu, çocuğun maruz kaldığı cinsel eylemden sonra harekete geçen ve failin cezalandırılmasına ilişkin mekanizmayı çalıştıran otoriteden ziyade,

---

<sup>74</sup> M.C./ Bulgaristan & 169 – 187, 04.12.2003; 39272/98; <http://www.echr.coe.int>. (nakleden Kartal, a.g.e., s.87)

<sup>75</sup> DOĞRU, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, s.171

çocuğun böyle bir muameleye maruz kalmadan önce önlem almakla yükümlü olan otorite olarak kabul etmektedir.<sup>76</sup>

#### D. AVRUPA BİRLİĞİ

Çocukların cinsel istismarına ilişkin hukuki metinleri Avrupa Birliği'nin belgeleri arasında da görmek mümkündür. Söz konusu belgelerin bir bölümü öneri, bir bölümü ise taraf ülkeleri bağlayıcı niteliği haiz belgelerdir.<sup>77</sup> Birliğin bu anlamdaki ilk bağlayıcı düzenlemesi 1997 yılında Amsterdam Anlaşması'nın 81. maddesine "özellikle tehlikeli" eylemler olarak giren, Avrupa Birliği üye ülkelerinin kadın ve çocukların ticareti, fuhuşu ve pornografi malzemesi olarak kullanılmasına yönelik fiillerin durdurulması, bunlarla mücadele edilmesine ilişkin bağlayıcı nitelikteki düzenlemesidir. Söz konusu fiillerin soruşturma ve kovuşturulması ise adli yardımlaşma ile çözümlenmektedir.

Birliğin, 24 Eylül 1988 tarihli *Küçüklerin ve İnsan Onurunun Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı*, Avrupa Parlamentosu'nun Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanmış olan ilk tavsiye kararıdır. Parlamento bu karara göre, küçükleri ve insan onurunu, internet veya elektronik bir başka yolla, kişilere ulaşılabilecek tüm araçlarla gerçekleştirilebilecek fiillere karşı korumayı öngörmektedir.

Birlik, üye ülkeler ile iş birliği içinde bulunmak, beraber hareket etmek ve bu suretle özellikle internet üzerinden çocuk istismarının, pornografisinin yapımının ve dağıtımının önüne geçebilmek amacıyla hedeflenen çocukların tespiti ile bu uğurda bir profil belirlemek amacıyla 29 Mayıs 2000 yılında İnternet Üzerinde Çocukların Pornografisi ile Mücadele Kararı almıştır.<sup>78</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 24. maddesinde ise, yalnızca çocuk haklarının ele alınarak çocukların korunma ve ifade özgürlüğü gibi temel haklarından söz edilmiştir. Nihayetinde Avrupa Konseyi tarafından, 19 Temmuz 2002 ve 22 Aralık 2003 tarihinde çocuk pornografisi ve çocukların cinsel sömürüsü ile mücadeleye ilişkin çerçeve kararlar hazırlanmış olup,

---

<sup>76</sup> DOĞRU, a.g.e., s.171

<sup>77</sup> CLERGERIE Jean – Lois/ GRUBER Annie/ RAMBAUD Patrick, l'Union Europeenne, Dalloz, 2008, no. 314 vd. (nakleden Kartal, a.g.e., s.88)

<sup>78</sup> Les textes Internationaux de Lutte Contre Les Abus Sexuels, l'Exploitation Sexuelle des Enfants et la Pedopornographie (nakleden Kartal a.g.e., s.88)

bu kararlar üye devletlere çocuk pornografisini cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir. Öyle ki, Avrupa Birliği'nin bu konuda daha etkin mücadele edebilmek adına kendi kuruluş düzenlemelerinde bazı reformlara gittiğini söylemek mümkündür.

Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) ve Avrupa Birliğinin işleyişine ilişkin antlaşma (ABİA) üzerinde değişiklik öngören Lizbon Antlaşması<sup>79</sup> bu nedenle önemlidir. 1 Ocak 2010 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması Ceza hukuku bakımından önemli düzenlemeler öngörmektedir. ABİA'nın 83. maddesinin 1. fıkrası, Avrupa Birliğine çocuğun cinsel sömürsü eyleminin sınır aşan bir niteliği haiz olması durumunda Avrupa Birliğine mücadele olanağı yaratmaktadır. Keza, AB, Lizbon Antlaşmasıyla ABİA'da yaptığı değişiklikle iç güvenlik politikalarını somutlaştırmıştır.<sup>80</sup>

AB, 2010 tarihli "*Avrupa Birliği İçin İç Güvenlik Stratejisi*" tasarısıyla, çocukların gerek üye ülkeler gerekse de sınır aşan vakalara ilişkin cinsel sömürsüne karşı mücadelesinde hiçbir ülkenin bu mücadeleye engel olmaması ve bu uğurda kapsamlı tedbirlerin alınması tavsiye edilerek konuya ilişkin Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından 2011 yılında, ülkelerin iç hukuk normlarında değişiklik yapmaları direktifi ile ülkelerin yasalarını uyumlu hale getirmeleri öngörülmüştür.

---

<sup>79</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan, "**Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği**" (Erişim) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179456> , 15 Nisan 2020, s.1019 - 1020

<sup>80</sup> ERDEM, "**Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun geleceği**", s. 1019 -1020

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

#### I. GENEL OLARAK

Çocuğun cinsel istismarı, “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” içerisinde bulunan, eylemin çocuğa gerçekleştirilmesi suretiyle vuku bulan suç şeklidir. Keza, suçun unsuru olan cinsel davranışın çocuğa değil de yetişkin bir kimseye gerçekleştirilmesi suretiyle ortaya çıkan suç şekli ise cinsel istismar değil, cinsel saldırı olarak tanımlanmaktadır.<sup>81</sup> Çocuğun cinsel istismarı, kanunda düzenlendiği yer itibariyle çocuğun cinsel dokunulmazlığına karşı gerçekleştirilen fiillerin tamamı olarak değerlendirilse de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda çocukların cinsel dokunulmazlıklarını ihlal eden başka fiiller de yer almaktadır. Bunlar, Türk Ceza Kanunu’nun 226 ila 227. maddelerindeki müstehcenlik ve fuhuş suçları olup, söz konusu suç tipleri çalışma konumuz dışında kaldığı için ilgili hükümlerin içeriğine girilmeyecektir.

Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara*”<sup>82</sup> ilişkin altıncı bölümünde cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m.104) ve cinsel taciz (m.105) suçları yer almakta olup, söz konusu suç tiplerinin kanundaki düzenlendiği yer itibariyle, bireyin cinsel dokunulmazlığının toplumsal tartışmalardan, genel ahlak anlayışı ve edep gibi kavramlardan ayrı ve bağımsız bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.<sup>83</sup>

Çocukların korunmasına ilişkin düzenlemenin, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 41. maddesinde hüküm altına alınan “*Ailenin Korunması*” başlığı altında da yapıldığı görülmektedir.

<sup>81</sup> OĞUZ, Polat, **Klinik Adli Tıp**, 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.60

<sup>82</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 3. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara, 2010, s.122

<sup>83</sup> HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, a.g.e. s.155.



Keza, kanun koyucu çocukların cinsel istismarına ilişkin konunun önemi açısından 2010 yılında gerçekleştirdiği değişiklik ile bu maddenin sonuna iki fıkra daha eklemiştir. Bu değişiklikten sonra ilgili hüküm; ‘‘Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları’’ şeklinde revize edilmiştir.<sup>84</sup> Bu düzenleme, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere de paralel bir düzenleme olmuştur. Öyle ki, çocuğun her türlü kötü muamele ve istismarı açısından anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş olmasını önemli bir insan hakkı adımı olarak da ifade etmek mümkündür.<sup>85</sup>

Çalışmamızın konusu her ne kadar cinsel istismar ise de, öncelikle cinsel istismar suçunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisindeki yerini tespit etmek gerekmiştir. Keza, bu tespitin suçu anlamayı kolaylaştıracağı düşüncesiyle, cinsel istismar suçunun detaylarına girmeden önce diğer cinsel eylemlere ilişkin suç tiplerinin de kanunun aynı bölüm ve başlığı altında yer aldığını belirtmenin yararlı olacağı düşünülmüştür.<sup>86</sup> Diğer taraftan çalışma konumuzun çocukların cinsel istismarı suçu olması nedeniyle, diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suç tiplerinin ise içeriğine girilmemiştir.

İstismar kelimesi, yukarıda açıklandığı üzere bireyin maruz kaldığı cinsel saldırı vb. gibi eylemlerin çocuğa karşı gerçekleştirilmesi anlamında kullanılmış olup, dolayısıyla TCK’da ilgili suç tipinin düzenlendiği hükümde, istismar kelimesinden sonra haricen ‘‘Çocuğun’’ ifadesinin kullanılmasının elzem olmadığı kanaati oluşmuştur. Keza, çocuğa karşı gerçekleştirilen olumsuz eylemin istismar olarak nitelenmesindeki gerekçe, çocuğun kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel tatmine yönelik davranışların hangi amaçla gerçekleştirildiğini kavrayamaması ve bu suretle kendisinin bu uğurda sömürülmesi, istismar edilmesi nedeniyle kullanılan bir deyimdir. İstismar ve cinsel saldırı kavramlarının özünde her ikisinin de mağdura karşı faileri tarafından gerçekleştirilen cinsel tatmine yönelik eylemler olup, bu eylemlerin birbirlerinden ayrılmasını sağlayan fark ise, birinin mağdurunun çocuk, diğerinin ise yetişkin, bir başka ifade ile çocuk tanımını dışında kalan bir kimse olmasıdır.

---

<sup>84</sup> ÖZMEN, Remzi, **T.C. Anayasası**, 39. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019

<sup>85</sup> Kanun çalışmaları, teklif ve öneriler için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr>.

<sup>86</sup> ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.1027 vd.

Bu nedenle, çocukların cinsel istismarı yerine, cinsel istismar ifadesinin yeterli olacağını söylemek mümkündür.

TCK m. 103/1'de ‘‘Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi...’’ nin cezalandırılacağı öngörölmüş, ardından da ‘‘Cinsel İstismar’’ deyiminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre cinsel istismar;

- 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte failin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

- Diğer çocuklara karşı yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.<sup>87</sup>

Şeklinde ifade edilmiş olup, maddenin diğer bentlerinde ise suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir.

## II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DURUM

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların ilk olarak ‘‘Genel Adap ve Aile düzeni aleyhine işlenen suçlar’’ arasında düzenlendiği görölmektedir.<sup>88</sup> Cinsel suçlar olarak bilinen ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık, 765 sayılı kanunun İkinci Kitabın Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler başlıklı sekizinci Babının, Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taaruz edenler başlıklı birinci faslında 414 ila 423. maddeler arasında düzenlenmekteydi.

Bu suçlardan ırza geçme; ‘‘Failin cinsel arzularını gidermek maksadıyla mağdur üzerinde rızası hilafına cinsel organını ithal etmesi’’ şeklinde ifade edilmektedir.<sup>89</sup>

765 sayılı eski TCK'da düzenlenmiş olan bu suç tipinde 5237 sayılı kanundan farklı olarak failin yalnızca erkek olabileceği, bu yönüyle söz konusu suç tipinin

<sup>87</sup> TEZCAN, Durmuş; ERDEM Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.332

<sup>88</sup> DÖNMEZER, Sulhi, **Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950

<sup>89</sup> ORAL, Mehmet, **Irza Geçme Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 1994, s. 33 vd.

mahsus bir suç olduğu neticesine ulaşılmaktadır. Bu suçta bir diğer fark ise failde ‘‘şehveti tatmin kastının’’<sup>90</sup> aranmasıdır. Yargıtay’ın<sup>91</sup> içtihatlarına göre, 765 sayılı TCK’da ırza geçme suçunun koca ile karısı arasında işlenemeyeceği, keza böyle bir eylemin cezalandırılmayacağı ancak kocanın karısının rızası hilafına gerçekleştirdiği anal yoldan organ ithali durumunda ise kocanın kötü muamele suçu kapsamında sorumluluğuna gidileceğine ilişkin kararlarının olduğunu söylemek mümkündür.

Burada yer alan diğer bir suç tipi ırza tasaddidir. Irza tasaddi suçunu, *eyleme maruz kalanın rızası hilafına organ ithali olmaksızın bedeni üzerinde zorla ve doğrudan doğruya cinsel ilişkiye varmayacak ve fakat mağdurunun ırz ve namusuna tasaddiyi gösteren şehveti nitelikteki hareketler olarak ifade etmek mümkündür.*<sup>92</sup> Bu suç özel kast ile işlenen bir suçtur. Keza 765 sayılı eski TCK’daki bu suç tipi 5237 sayılı TCK’nın 102. maddesinde hüküm altına alınan cinsel saldırı suçu ile 103. maddesinde hüküm altına alınan cinsel istismar suçunun basit hallerini karşılamaktadır.

Eski TCK’da düzenlenen bir suç tipide sarkıntılıktır. Bu suçun tespiti diğer suç tiplerine nazaran daha zordur. Keza sarkıntılık suçu ‘‘Bir erkek tarafından kadın, kız veya genç erkeğe karşı aleniyet şartı aranmaksızın, ırza geçme veya tasaddi suçlarının teşebbüs derecesini de teşkil etmeyen, mağdur üzerinde devamlılık arz etmeyen ve fakat vücutta temasında mecbur olmadığı, söz, yazı veya diğer hareketlerle gerçekleştirilen temelinde cinsel dürtünün bulunduğu fillerdir.’’<sup>93</sup> Örneğin failin mağdureye karşı söz atma eylemi sırnaşık bir hale bürünmüş ise bu eylem artık sarkıntılık suçu olarak nitelendirilecektir. Oysa failin mağdureye karşı birden çok kez söz atmasına rağmen sırnaşık bir hale bürünmemiş ve bedensel temas aşamasına ulaşmamış eyleminin ise cinsel taciz hükmü çerçevesinde ele alınması gerekecektir.

<sup>90</sup> ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi**, İstanbul, 1994, s. 454 vd.

<sup>91</sup> ‘‘..Oluşa ve kabule göre; sanığın resmi eşi olan mağdureyle isteği dışında zorla fiili livata suretiyle birden fazla cinsel ilişkide bulunduğu, eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan 765 sayılı TCK.nun 478. maddesinde düzenlenen aile efradına kötü muamele suçunu oluşturduğu, ancak bu suçun kanun maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibariyle aynı Kanununun 102/4. maddesinde belirlenen beş yıllık asli zamanaşımına tâbi olduğu, zamanaşımını en son kesen 15.06.2006 günlü sorgu tarihi ile inceleme tarihi arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından..’’(14. CD. 27.12.2011 T. Esas No: 2011/3355, Karar No: 2011/5971),

Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3639 (nakleden, Soydan, a.g.e., s.15)

<sup>92</sup> DÖNMEZER, a.g.e., s.84

<sup>93</sup> ÖNDER, a.g.e., s. 531 vd.

Diğer taraftan sarkıntılık suçuna konu olacak hareketin ani ve devamlılık göstermeyen biçimde olması gerekmektedir. Hareketin cinsel ilişki boyutuna varmayıp ve fakat mağdurenin üzerinde devamlılık arz eden bir hale gelmesi durumunda failin 765 sayılı kanunda hüküm altına alınan ırza tasaddi suçu kapsamında, 5237 sayılı kanunda ise cinsel saldırı veya cinsel istismarın basit şeklini düzenleyen hükümler gereğince sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Sarkıntılık suçuna örnek olarak Yargıtay 5. CD.'nin, '*mağdurenin külotuna el atan failin...*'<sup>94</sup> eylemi göstermek mümkündür.

Varsayılan (mefruz) cebir ile ırza geçme olarak bilinen 765 sayılı TCK madde 414 gereğince '*Her kim 15 yaşını bitirmemiş bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.*

*Eğer fail cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.*' Şeklinde hüküm altına aldığı bu düzenleme ile kanun koyucu 15 yaşını doldurmamış kişinin rızasına değer atfetmemiş ve bu yaş gurubundaki çocukları koruma altına altına aldığı görülmüştür. Keza, kanunun metni bu nedenle mefruz cebir ile ırza geçme olarak ifade edilmiştir.

765 sayılı TCK'nin 415. maddesinde de ırz ve namusa tasaddi düzenlenmişti. İlgili düzenlemeye göre '*Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.*'

Zorla ırza geçme ve tasaddi suçu olarak bilinen 416. madde düzenlemesinde 15 yaşını bitirmiş kişiler yönünden düzenleme yapılmıştı.

İlgili düzenlemeye göre '*On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiile*

---

<sup>94</sup> Yargıtay 5. CD. 24.07.1967, 2155/2323, (nakleden, ÖNDER, a.g.e., s. 531)

*mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşığı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.’’*

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

*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelsiz bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.’’*

Maddenin son fıkrasında reşit olmayan bir kimsenin söz konusu fiile rızası olsa dahi failinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştı.<sup>95</sup> Kanun aradığı reşit olma durumu ise on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış olan kimseydi. Keza, on beş yaşının altındaki kişilerin rızaları zaten yok hükmünde idi.

Eski TCK'nın 421. maddesinde yer alan elle sarkıntılık fiili de yine küçükler bakımından öngörülen yürürlükteki ceza kanunundaki cinsel istismar fiiline karşılık gelen eylem olarak kabul edilmektedir.<sup>96</sup>

Aile içi çocuk cinsel istismarı 765 sayılı TCK'da da tıpkı 5237 sayılı TCK'daki gibi ağırlaştırıcı sebepti. Bu ağırlaştırıcı sebep diğer ağırlaştırıcı sebeplerle birlikte 765 sayılı TCK'nın 417. maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: ‘‘ Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna diğer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısında kadar artırılır.’’ Burada belirtilen ağırlaştırıcı haller mağdur ya da failden kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı hallerdir. Keza fiile bağı ağırlaştırıcı

<sup>95</sup> Yargıtay 5. CD.'nin vermiş olduğı 29.03.1984 tarihli kararında ‘‘Su. Tarihinde 15 yaşını bitiren mağdureye karşı gönüyle işlenen tasaddi eyleminin suç oluşturmayacağıının göz önüne alınması doğru değildir.’’ İçin bkz. YKD. 1984, s. 1269 (nakleden Kartal, s.118)

<sup>96</sup> UYAR, Didem, **Cinsel Saldırı Suçu**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, (Erişim) <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/bitstream/handle/20.500.12416/3952/Uyar%2C%20Didem.pdf?sequence=1&isAllowed=y> 07.09.2020, s.28

sebepler 418. madde de düzenlenmiş olup, ilgili düzenleme: “ *Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile idam cezası verilir.*

*Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasına veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur.*” şeklinde hüküm altına alınmış olup, görüldüğü üzere failin işlediği ırza geçme veya ırza tasaddi suçunun o suçla beraber daha ağır ve farklı bir neticeye sebebiyet vermesi halinde fail tarafından öngörülmesi gereken neticeden dolayı ağırlaştırılmış hükmün uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>97</sup>

Failden yada fiilden kaynaklanan sebepler 765 sayılı TCK’da ayrı olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’da ise bu durum daha sistematik hale getirilmiş ve 103. madde kapsamında ele alınmıştır.

765 sayılı kanunda olan ve fakat 5237 sayılı kanunun kabulü ile hükmünü yitiren bir önemli düzenleme de evlilik vaadi ile kızlık bozma suçu idi.<sup>98</sup> 423. madde düzenlemesi olan hükme göre on beş yaşını doldurmuş olan bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozan failin daha sonra mağduru ile evlenmesi halinde fail hakkında tatbik olunacak ceza askıya alınmakta ve beş sene sonra bütün hukuki sonuçları ile kendiliğinden ortadan kalkmakta idi. Mağdurun istismarcısı ile evlenme yoluna iten bu düzenlemenin 5237 sayılı kanunda yer almaması son derece isabetli olmuştur. Keza, söz konusu düzenleme suçun mağdurunu bir kez daha mağdur ederken faili hakkında ise adeta örtülü af şeklinde hakkında hiçbir ceza tatbik edilememesine yol açan bir düzenlemeydi.<sup>99</sup>

Failin yaşı ve suçu işlediği tarih, fail hakkında uygulanacak hükümler ile görevli mahkemenin belirlenmesi açısından son derece önemlidir.

Keza, 1 Haziran 2005 tarihine kadar gerçekleştirilen suçlarda fail hakkında *765 sayılı TCK’nun 55. maddesinin<sup>100</sup> tatbiki ile 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin*

<sup>97</sup> MEMİŞ, a.g.e., s. 120 vd.

<sup>98</sup> SELÇUK, Sami, **Kızlık Bozma Suçu**, Öğreti – İçtihat, Adil Yayınevi, Ankara, 1996

<sup>99</sup> 5237 sayılı TCK’da Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, bkz. (Erişim) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160> 08.09.2020

<sup>100</sup> (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103445.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103445.pdf) 08.09.2020

*Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 11. Ve 12. maddesinin*<sup>101</sup> uygulanması gerekeceken, belirtilen tarihten sonra vuku bulan suçlarda ise 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesi ile çocuk koruma kanunu maddeleri uygulanacaktır. Buna göre burada failin yaşı açısından üçlü bir ayrıma gidilecektir. 765 sayılı TCK'na göre on bir olan sorumlu olmama yaşı, 5237 sayılı kanunda on iki yaşına çıkarılmıştır. On iki yaşını doldurmuş ve fakat on beş yaş tamamlamamış olan kişilerin ise fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı şartı aranacaktır. On beş ila on sekiz yaş aralığında bulunan kişilerin eylemleri açısından ise bir alt yaş kategorisindeki gibi herhangi bir tespit yapılmaksızın fail hakkında suçun oluş şekline ve TCK'nın 31. maddesi gereğince yargılama yapılacaktır.

Suçun işlendiği tarih açısından nazara alınması gereken bir diğer durumda TCK'nın 31. maddesinin ikinci fıkrasında 5377 sayılı kanun ile yapılan ve ceza ile indirim miktarlarında eskisinden daha ağır bir düzenleme getiren değişikliktir. Buna göre söz konusu değişikliklerin yürürlüğe girdiği 08.07.2005 tarihinden önce gerçekleştirilen suçlarda lehe olan önceki uygulamanın nazara alınması gerekecektir.<sup>102</sup> Çocuk koruma kanuna göre çocuğa karşı yapılan yargılama sonucunda Ceza Muhakemesi Kanunundaki şartların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Diğer taraftan çocuk koruma kanunun ilgili 23. maddesinde 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bir değişiklik yapılmış olup, bu değişiklikten önce üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis ve adli para cezaları için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmekteydi ancak, ceza muhakemesi kanunu ise bu uğurda çocuklar ve erişkinler için herhangi bir ayrıma gitmediği için, 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlara ilişkin daha lehe olan çocuk koruma kanununun değişiklik öncesi hali uygulanacaktır.<sup>103</sup>

Eklemek gerekir ki, 765 sayılı TCK'da, on beş yaşındaki çocukların yargılanması ve kararın açıklanması gizli olmaktaydı. CMK'nın kabulü ile bu yaş haddi on sekiz olarak değiştirilmiştir. Keza yüksek mahkemenin daha sonraki verdiği

<sup>101</sup> (Erişim) <https://cte-ds.adalet.gov.tr/mevzuat/kanunlar/ckk.pdf> 08.09.2020

<sup>102</sup> BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 15

<sup>103</sup> BAYTEMİR, a.g.e., s. 17

kararlarda da yaş sınırı dışında herhangi bir değişiklik görülmemiş olup, gizlilik kuralına riayet edilmemesi ise yüksek mahkemece bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>104</sup>

### III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DURUM

#### A. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bu suç tipinde ilk bakıştaki hukuki menfaat (yarar), çocuğun cinsel dokunulmazlığı şeklinde görünmekte ise de, bununla birlikte, küçüğün erken yaşta cinsel deneyim kazanmasının önüne geçilerek,<sup>105</sup> küçüğün cinsel olgunluğunun süreç içerisinde engelsiz bir biçimde gelişmesine imkan sağlanması ve çocuğun bu uğurdaki özgürlüğü ile temel hakkı bakımından kendisine münhasır olan cinsel yaşamını şekillendirme ve koruma altına alabilme menfaatidir.<sup>106</sup> Keza, karşılaştırmalı hukukta da korunan hukuki yararın zaman içerisinde değişikliğe uğradığı, söz konusu suç tipinin nice zaman sonra kişi dokunulmazlığı suçlar içinde değerlendirildiği ve bu suretle korunan hukuki yararın, cinsel hürriyet olarak kabul edildiği görülmektedir.<sup>107</sup> Öyle ki, genel kabul bu şekilde olsa da, çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda, korunduğu kabul edilen hukuki yararın, cinsel dokunulmazlık veya özgürlükten ziyade, çocuğun ruhsal ve bedensel bütünlüğüne kadar birden çok hukuksal yararı içinde barındırdığını söylemek mümkündür.<sup>108</sup>

#### B. SUÇUN UNSURLARI

##### 1. Suçun Konusu

Çocukların cinsel istismarı suçunun konusu çocuktur. Bir başka anlatımla, bu suçun konusunu, üzerinde cinsel istismar gerçekleştirilen çocuğun vücudu şeklinde

<sup>104</sup> Bkz. Yar. 5 CD., 4.10.1995, 1995/1796, 1995/2939, Yar. 5 CD. 27.9.1995, 1995/2854, 1995/2775, BAYTEMİR, a.g.e. s. 16 (nakleden, Savaşçı a.g.e., s. 61)

<sup>105</sup> SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.250

<sup>106</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.Baskı, Legal Yayınevi, Ankara, 2005, s. 164

<sup>107</sup> CABALLERO, Droit du Sexe, sh. 91- 99 (nakleden Kartal, a.g.e., s.141)

<sup>108</sup> MALKOÇ, İsmail, **Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Malkoç Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 122



ifade etmek mümkündür.<sup>109</sup> Cinsel istismar suçunun maddi konusu yalnızca yaşayan bir insandır. Keza, insan dışındaki canlılar ve ölü kişiler bu suçun konusunu oluşturmazlar.<sup>110</sup> Diğer taraftan bu suçun konusunu yaşayan her insan değil, yalnızca yaşayan her çocuk oluşturabilir. Dolayısıyla suçun konusunu yaşayan ve fakat TCK m. 6 gereğince on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin oluşturabileceğini söylemek mümkündür. Bu kişiler aynı zamanda suçun mağduru pozisyonundaki kişiler olup, bu suç tipinde suçun konusu ile mağdurunun aynı kişiler (çocuklar) olduğu görülmektedir.

## 2. Fail

Bu suç tipinde, suçun faili olabilecek kimselerde herhangi bir özellik aranmamıştır. Bir başka ifade ile, herhangi bir cinsiyet ayırımına tabi kılınmaksızın herkes bu suçun faili olabilir.<sup>111</sup> Keza, fail ile mağdurun aynı cinsiyette kimseler olması da mümkündür.<sup>112</sup> Failin, mağdur arasındaki belirli akrabalık ilişkisi ise suçun nitelikli haline vücut vermektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, bu suçun failinin kendisinin de çocuk olması mümkündür ancak bu tür durumlarda suçun mağduru ile faili birbirine karışmakta ve bu durum uygulamada çoğu zaman kamu vicdanını yaralayan kararlar verilmesine neden olabilmektedir. Örneğin, her ikisi de on dört yaşında olan iki çocuğun karşılıklı rızaları doğrultusunda birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışları neticesinde bu çocukların ikisi de ilgili kanun gereğince hem mağdur hem fail konumundadırlar. Ancak, bu durum ceza hukukunun temel ilkelerine ve kanunun güttüğü amaç ile örtüşmemektedir. Keza, cinsel olarak istismar edildiği kabul edilen çocuğun aynı anda karşısındaki diğer çocuğu istismar ettiği şeklindeki bir anlayışın kabul

---

<sup>109</sup> ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN Koray; BACAŞIZ Pınar., **Türk Ceza hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 352 (nakleden, Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3332.)

<sup>110</sup> TANER, a.g.e., s. 80

<sup>111</sup> AYDIN, Murat, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.26 vd.

<sup>112</sup> TANER, Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.277 vd.

edilemeyeceği gibi, bu kişilerin birbirlerinden faydalanma amacı güttüklerini söylemek de mümkün olmayacaktır.<sup>113</sup>

Aynı hukuki problem on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan gruptaki küçüklerin gerçekleştirdikleri eyleme ilişkin, idrak kabiliyetleri gelişmemiş olan her iki kişinin karşılıklı olarak rızalarına binaen sergiledikleri cinsel davranışta da ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu bu iki durumda bulunan kimselerin rızalarına, cinsel özgürlük bakımından değer tanımamıştır. Bu suretle, çocukların birbirlerine karşı iradelerini sakatlayacak hiçbir etkide bulunmaksızın ve hiçbir dış etki altında da kalmaksızın, insan olmanın doğası ve hayatın olağan akışı içerisinde, birbirleri üzerinde cinselliği tanımaya çalışan veya cinselliği belki de bir oyun olarak algılayan çocukların bu uğurda birbirlerine karşı sergiledikleri hareketlerin cezalandırılmasına yol açacaktır.<sup>114</sup>

### 3. Mağdur

Suçun mağdurunun cinsiyetinin herhangi bir önemi yoktur. Bu suç tipinde önemli olan tek şey, mağdurun çocuk sıfatını haiz olmasıdır. Öyle ki, kişi, kanunun cevaz verdiği harici haller nedeniyle (evlenme, mahkeme kararıyla ergin kılınma vb. gibi) ergen kılınmış olsa dahi, yine bu suçun mağduru olacaktır. Keza, TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendindeki tanıma göre 18 yaşından küçük herkes çocuktur.

Diğer taraftan çocuk, TCK'nın bahsi geçen maddesinde 18 yaşını tamamlamamış birey şeklinde ifade edilmiş<sup>115</sup> ise de; cinsel istismar suçunun vuku bulabilmesi bakımından ise küçüklerin kanunda belirli yaş aralıklarına göre kategorize edildiği görülmektedir.

Buna göre on beş yaşına kadar olan küçükler ile bu yaşı tamamlamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen fiili idrak edebilme ve bu fiilin hukuki

---

<sup>113</sup> TANER, a.g.e., s. 289

<sup>114</sup> AYDIN, a.g.e., s. 19

<sup>115</sup> AKCAN, Esra Alan; EGEMENOĞLU, Alaaddin; YILMAZ, Erkam, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.101 – 485

neticesini anlama kabiliyeti gelişmemiş bulunan küçüklere yönelik vuku bulan her türlü cinsel davranış bu suç tipini oluşturacaktır.

Diğer taraftan, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan gruptaki küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar ise ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise suç teşkil edecektir.<sup>116</sup>

Dolayısıyla, on beş yaşını tamamlamış ancak fail tarafından iradesi sakata uğratılmamış, tehdit edilmemiş, kandırılmamış veya zor kullanılmamış bir kimsenin açıkladığı rızası kanun tarafından geçerli sayıldığını söylemek gerekecektir. Böyle bir rızanın doğal sonucu gereği de artık cinsel istismar suçundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Ancak, eylemin cinsel ilişki düzeyine varmış olması ve şikayet halinde,<sup>117</sup> TCK'nın 104. maddesinde hüküm altına alınan '*Reşit olmayanla cinsel ilişki*' hükmünün, ilişki düzeyine varmadığı hallerde ise TCK'nın 105. maddesinde tanımlanan '*Cinsel Taciz*' hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Suçun mağdurunu ele aldığımız bu başlık altında tartışmalara konu olan Anayasa mahkemesinin '*İptal Kararları*' ile '*6763 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin de*' ayrıca ele alınması gerekmiştir.

Anayasa mahkemesi ilk olarak Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, TCK m. 103/2'nin Anayasa'nın 2. ve 10. hükümlerine aykırılığını öne sürerek iptaline karar verilmesini talep etmiştir.<sup>118</sup> Anayasa Mahkemesinin gündemine gelen bu talep üzerine Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 GÜN, 2015/26 Esas ve 2015/100 ilam sayılı kararı ile<sup>119</sup> TCK'nın 103. maddesinin 2. fıkrasının '*Hukuk Devleti*' ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş ve fakat 10. maddeye ilişkin talebin ise değerlendirmesine gerek görmemiştir. Keza, yüksek mahkemece, talebe konu fıkranın

<sup>116</sup> HATİPOĞLU, Muzaffer; Parlar, Ali, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2007, s.863

<sup>117</sup> GÜNDÜZ, Remzi; GÜLTAŞ, Veysel, **Açıklamalı - İctihatlı Cinsel Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s.281

<sup>118</sup> İŞTEN, İnanç, **Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel istismarı Suçu**, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayımlanmış Makale, Haziran 2017, s.156 vd.

<sup>119</sup> 11.12.2015 tarihli Resmi Gazete.

iptalinden sonra oluşabilecek yasal boşluk ve bu boşluğun kamu yararını doğrudan ihlal edeceğinin tespiti ile iptal edilen hükmün, kararın resmi gazetede yayım tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı özetle;<sup>120</sup> *''Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlemesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir... Kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkanını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle*

<sup>120</sup> Anayasa Mahkemesi, t.:12.11.2015, E.: 2015/26, K.:2015/100; RG., T.:11 Aralık 2015, S.:29559. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/> 24.04.2017, (nakleden, İştin, 30.09.2020)

*kuralda belirlenen ceza miktarının, bu caza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.*'<sup>121</sup> şeklindeki gerekçeler ışığında verilmiş olup yüksek mahkeme, yerel mahkemenin başvurusunu Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulduğunu ifade etmiştir.

Bafra Ağır Ceza Mahkemesi'nin Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün, 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptaline karar verilmesine ilişkin talep ile Anayasa Mahkemesi ikinci kez, 26.05.2016 tarihinde itiraz konusu 103. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan '*...tamamlanmamış...*' sözcüğü yönünden 1. fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, yerel mahkemenin diğer taleplerinin ise reddine karar vermiştir. Talebe konu söz konusu hükümlerin iptalinden sonra oluşabilecek yasal boşluk ve bu boşluğun kamu yararını doğrudan ihlal edeceğinin tespiti ile iptal edilen hükmün, kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.<sup>122</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı özetle; '*İtiraz konusu kuralla on beş yaşını tamamlamamış çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğuna şüphe yoktur. Ancak cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi eylemi hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı gerekçelerinin itiraz konusu kural bakımından da geçerli bulunması ve Anayasa'nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef*

<sup>121</sup>Anayasa Mahkemesi, T.: 26.05.2016, E.: 2015/108, K.: 2016/46; RG., T.: 13 Temmuz 2016, S.: 29769. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/> 24.04.2017, (nakleden, İşten, 30.09.2020)

<sup>122</sup>Anayasa Mahkemesi, T.: 26.05.2016, E.: 2015/108, K.: 2016/46; RG., T.: 13 Temmuz 2016, S.: 29769. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/> 24.04.2017, (nakleden, İşten, 30.09.2020)

*alınması gerekliliği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucu ortaya çıkarabilecek niteliğe sahiptir.*<sup>123</sup> şeklindeki gerekçeyle itiraz konusu kuralın ölçsüz bir yaptırım olduğuna ve bunun da Anayasa’da hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin ilgili iptal kararlarına dayanak yapılan üç temel gerekçe vardır. Bunlar, **(a)** mağdurun yaşına göre kademeli ceza sisteminin öngörülmesi ihtiyacı, **(b)** failin de küçük olması durumunda cezada indirim yolunun benimsenmesi, **(c)** fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun nazara alınması gerektiği şeklindeki gerekçelerdir.

İfade etmek gerekir ki, 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik,<sup>124</sup> özünde iptal edilen hükümlerin olduğu gibi yeniden yasalaştırılmasından ibaret olup, burada getirilen tek yeniliğin TCK’nın 103. maddesinin .1 ve 2. fıkralarına eklenen, *mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın; istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ise, on sekiz yıldan az olamayacağına* ilişkin cümlelerdir.

Bu düzenlemeden sonra, on iki yaşını doldurmamış mağdura yönelik gerçekleştirilen her türlü cinsel fiil suçun nitelikli hali olarak kabul edilerek failin daha ağır yaptırıma tabi tutulacağı esası benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının, suçun konusunun çocuk oluşu, toplumda bu suç tipine ilişkin eylemlerin giderek arttığı ve bu durumun kamu vicdanını olağanüstü derecede yaraladığına ilişkin somut durum nazara alındığında

---

<sup>123</sup> İlk iptal kararı 11 Aralık 2016 tarihinde, ikinci iptal kararı ise 13 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girecek iken, 6763 sayılı Kanun bu tarihlerin dolmasına kısa bir süre kala, 24 Kasım 2016 tarihinde kabul edilerek 2 Aralık 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir. (nakleden, İştin, a.g.e., s. 159 vd.)

<sup>124</sup> İlk iptal kararı 11 Aralık 2016 tarihinde, ikinci iptal kararı ise 13 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girecek iken, 6763 sayılı Kanun bu tarihlerin dolmasına kısa bir süre kala, 24 Kasım 2016 tarihinde kabul edilerek 2 Aralık 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir. (nakleden, İştin, a.g.e., s. 159 vd.)

söz konusu düzenlemenin yerinde olduğunu söylemek mümkündür ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde yer alan tespitlerden yalnızca fiilin farklı yaş guruplarındaki mağdurlara yönelik işlenmesine farklı ceza öngörülmesi gerektiğine ilişkin bölümünü kısmen karşılar nitelikte bir düzenleme oluşu itibariyle söz konusu düzenlemenin eksik bir düzenleme olduğunu ifade etmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar 103. madde de failin çocuk olması durumunda fail hakkında verilecek cezada kademeli ve daha düşük bir cezanın tatbiki gerektiğinden söz etmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına konu bu ikinci gerekçesi kapsamında 6763 sayılı kanunla herhangi bir düzenleme yoluna gidilmediği görülmüştür. Burada 12 Kasım 2015 tarihli ilk iptal kararına katılan bir üyenin konu hakkındaki görüş ve gerekçesi çok önemlidir. Buna göre; ‘‘... *Hayatın olağan deneyimlerinin ve her türlü bilimsel verinin ortaya koyduğu gibi, ergenlikten yetişkinliğe geçiş yaşlarında çocuklarda cinsellik aşırı derecede önem kazanmakta, bu alanda deneyimler yaşamak için yoğun bir biyolojik ve psikolojik ortam, çocuğa egemen olmaktadır. Bu yaşlardaki gençler karşılıklı rıza ile cinsel bir deneyim yaşamak isteyebilirler. Kaldı ki iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. Farklı özellikleri olan bu suça tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz...*’’<sup>125</sup>

şeklindeki gerekçeyle benimde şiddetle katıldığım şekilde bu suç tipinde eylemin faili konumundaki küçüğe (SSÇ) ilişkin TCK m. 31 haricinde farklı bir düzenlemenin yapılması gerektiği açıkça ortaya konulmuştur.

Keza, karşı görüş, ‘‘*Failin çocuğa karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediğinde ne ceza ile cezalandırılacağını bildiğine ve ceza hükmü de açık ve ulaşılabilir olduğuna göre...*’’ şeklinde ifade edilmiş ise de<sup>126</sup> bu görüşün ancak bir

<sup>125</sup> Anayasa Mahkemesi T.:12.11.2015, E.: 2015/26, K.:2015/100 Üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün farklı gerekçesi, s.10-26. (nakleden, İšten, a.g.e., s.160)

<sup>126</sup> ŞEN, Ersan, Anayasa Mahkemesi'nin TCK m. 103/2'yi İptali, Yayımlanmış Makale, İstanbul, 15.12.2015 (Erişim) <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-tck-m1032yi-iptali-makale,4489.html>, 10.09.2020

yetişkinin çocuk mağdura yönelik eylemleri açısından kabul görmesi mümkündür oysa faili çocuk olan küçük açısından ise fail çocuğun gerçekleştirdiği eylemin niteliğini ve ceza karşılığını bildiği şeklindeki bir kabulün ceza adalet sistemi ile bağdaştığını söylemek mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan eklemek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hukuk devleti olduğu, güçler ayrılığı ilkesine tabi olduğu, bu ilke gereğince kanun yapıcının dilediği zaman ve dilediği şekilde istediği yasal düzenlemeyi yapabilme imkanının bulunduğu kabulü ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yasal düzenlemeyi kanun yapıcıya bırakmak yerine kendisinin yasa koyucu gibi hareket etmesine ve bunun da hukuk devleti ilkesine, güçler ayrılığı ilkesine ve Anayasa'nın 153/2 hükmüne açıkça aykırı olduğuna ilişkin görüşe ise iştirak etmek gerekecektir.<sup>127</sup>

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu da gerek yargı erki tarafından gerekse de kanun yapıcı tarafından bu suç tipinin önüne geçilmesinin belirlenmiş olan cezanın artırılması yoluyla çözülemeyeceğinin, bunun için özellikle gelişim çağında olan çocukların daha bu çağa varmadan gerek ailede gerekse de eğitim kurumlarında iyi bir şekilde bilinçlendirilip, bu konuda eğitilmesi gerektiği gerçeğidir. Keza, TCK m. 4 "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklindeki düzenlemesinin ancak bu şekilde toplumda bir karşılığının olabileceğinin aksi halde toplumda bir karşılığı olmayan bu düzenlemenin henüz gelişim çağında olan kişilerin birbirlerine karşı merak duygusuyla gerçekleştirdikleri bir takım fiillerinden ötürü olağanüstü cezalar ile karşılaşmalarına neden olacağı aşikardır.

Mağdurun yaşı bakımından farklı görüş bildiren hukukçular, genel olarak on beş yaşına bir gün kala suçun mağduru olan kimse ile beş yaşında aynı suçun mağduru olan kişinin failine aynı ceza tayininin kanuna aykırı olduğu düşüncesiyle, mağdurun yaşının faile verilecek cezada önem arz ettiğini ve bu suretle kademeli bir ceza tayinine gidilmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> ŞEN, Ersan, a.g.m., <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-tck-m1032yi-iptali-makale,4489.html>,

<sup>128</sup> ASLANTÜRK, a.g.e., bkz. s. 247



Savunulan bu görüş kısmen benimsenebilirse de, buradaki kademelendirilmesi gerektiği ifade edilen yaş haddini on beş değil, on iki olarak belirlemek gerekmektedir. Keza, on iki ya da beş yaşındaki bir küçüğün maruz kaldığı bu tür bir eyleme ilişkin idrak kabiliyetinin olmayacağı, bu nedenle mağdur açısından aradaki yaş sınırının nazara alınarak, yaşı büyük mağdurun failine kademeli olarak daha az ceza verilmesi şeklindeki görüşe katılmak mümkün olmamıştır. Keza, aksi düşünce TCK ve Uluslararası Sözleşmelerde hüküm altına alınan “Çocuk” tanımını anlamsız kılacağı gibi, mağdur çocukların ise bir kez daha mağdur olmalarına yol açacaktır.

Mağdur açısından üzerinde durulması gereken en önemli konulardan biri de, mağdurun on sekiz yaşından önce ergin sayılmasına imkan tanıyan kanuni düzenlemeler karşısındaki durumudur. Bilindiği üzere, 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun<sup>129</sup> 11. maddesinde erginlik yaşı on sekiz olarak kabul edilmiş, 12. maddesinde on beş yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkeme kararıyla ergin kılınabileceği hüküm altına alınmış, on altı yaşını doldurmuş kimsenin hakim kararıyla, on yedi yaşını doldurmuş kimsenin ise anne ve babasının rızasıyla evlenebileceği ve bu kişilerin artık ergin olduğu kabul edilecek ise de, bu kişilerin mevcut yasal durumlarında Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu açısından ise herhangi bir değişiklik olmayacağını ifade etmek mümkündür. Buradaki esas amaç, çocuğu korumaktır. Dolayısıyla evlilik izni ya da harici bir nedenle reşit kabul edilmiş olan çocuğun, bir yetişkin gibi kendisini koruyacağı veya koruması gerektiği beklenemeyecektir. Bu nedenle, yukarıda belirtilen herhangi bir sebepten ötürü reşit kabul edilen çocuğun, TCK ve ÇKK gereğince çocuk kabul edilmesinin, kanun güttüğü amaç ile doğru orantılı olduğunu söylemek mümkündür.

İptal kararına konu olan “*Fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılmasına yönelik karar*” da 6763 sayılı kanun düzenlemesinde ele alınmamıştır. Keza, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarına ilişkin ilk iki gerekçenin yerinde olduğu söylenebilirse de “*Fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet*

---

<sup>129</sup> 22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Kanun, 08.12.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlandı ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girdi.

*kurumunun uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılması gerektiği...*” şeklindeki gerekçeye ise iştirak etmenin hukuk devleti nezdinde mümkün olmayacağı düşüncesindeyim. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi’nin düşüncesine uygun bir düzenleme teklifi 2016 yılında her ne kadar kanun yapıcının gündemine getirilmiş ise de,<sup>130</sup> düzenlemenin gerek mecliste gerekse de kamuoyunda büyük tepkiler toplamış olması nedeniyle düzenleme 22 Kasım 2016 tarihinde Meclis Adalet Komisyonuna geri çekilerek tartışma yaratan fıkranın madde metninden çıkarılmasına karar verilmiştir. İlgili fıkranın madde metninden çıkarılması ve 6763 sayılı kanunda buna ilişkin bir düzenlemenin yer almaması, konusu çocuk olan bir suç tipi açısından son derece yerince ve olumlu bir karar olmuştur. Keza, böyle bir düzenlemenin TCK’daki ilgili suç tipine ilişkin düzenlemeyi tamamen işlevsiz ve anlamsız kılacağı gibi faile ise adeta suça ilişkin yaptırımdan kurtulması için verilecek örtülü bir af olacağı kanaatindeyim.

#### **4. Maddi Unsur**

Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi unsuruna konu hareketler TCK m. 103/1-a’da ifade edilen ‘*her türlü cinsel davranış*’ ile 103/1-b’de düzenlenmiş olan ‘*cinsel davranışlar*’ olarak belirtilmiştir. Buna göre on beş yaşından küçük veya on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış olup da kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranış eylemini idrak kabiliyeti yeterince gelişmemiş bulunan küçüklere yönelik cebir, tehdit, hile ve iradeyi sakatlayan harici bir sebep olmaksızın sergilenen cinsel davranışlar ile on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan yaş grubunda bulunan ve kendilerine karşı gerçekleştirilen eylemin hukuki anlam ve neticelerini idrak kabiliyetini haiz çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, basit cinsel istismar suçunu meydana getirecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, söz konusu suçun sübuta erdiğinin kabulü için, cinsel fiilin küçüğe yönelik sergilenmiş olması baki görülmüş olup, eylemin küçüğün vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş olması gibi bir unsur şartı aranmamıştır. Halbuki cinsel saldırı suçunda ise bu

<sup>130</sup> TANER, a.g.e., TBMM Adalet Komisyonu 438’e 1’inci Ek Sıra Raporu, (Erişim) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438ek1.pdf>. 25.04.2017 (nakleden, İştin, a.g.e., s.161)

ihlalin gerçekleşmesi unsuru da aranmaktadır. Dolayısıyla, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel taciz suçu da, çocukların cinsel istismarı suçuna vücut vermektedir. Oysa taciz niteliğindeki herhangi bir eylem on sekiz yaşını tamamlamış bir kişiye karşı işlendiğinde, eylemi gerçekleştiren TCK m.105’de hüküm altına alınan cinsel taciz suçundan sorumlu tutulmaktadır.<sup>131</sup> Burada kanun koyucu çocuklara karşı gerçekleştirilen temaslı temassız, her türlü cinsel davranışı cezalandırma yolunu seçmiş ve bu suretle gerçekleştirilen tüm fiillerin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağını değerlendirmiştir.<sup>132</sup> Keza, bu durum hukuk mantığı ve ceza adaleti açısından yanlış ise de, çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunması, yetişkinlerin cinsel özgürlüklerinin korunmasına göre daha hassasiyet gerektiren bir konu olduğu için, kanun koyucunun buradaki düzenleme biçiminin özünde bilinçli bir tercih olduğu anlaşılmaktadır.<sup>133</sup> Öyle ki, kanun koyucu bu düzenlemesi ile her türlü cinsel davranış ifadesine ilişkin tartışmaların da önüne geçmek istemiştir. Keza, bir kimsenin çocuklara karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar ile bir yetişkine karşı gerçekleştirdiği cinsel duygularını tatmine yönelik cinsel davranışların temelinde yatan amacı kestirmek çoğu zaman imkansızdır. Örneğin, kişi, küçük bir çocuğu cinsel duygularını tatmin amacıyla kucağına alıp, onu istismar edebileceği gibi, aksi şekilde çocuğa gösterilmesi gereken şefkat ve sevecenlik duygusu ile de onu kucağına almış olabilir. Ya da bir kimse, mağduru cinsel duygularını tatmin amacıyla istismar edebileceği gibi, onu sırf oç alma duygusuyla da istismar edebilir. Bu durumda failin özünde cinsel duygularını tatmin amacıyla eylemi gerçekleştirmediği, onun asıl amacının mağdurun yakınlarına duyduğu kızgınlık nedeniyle onu istismar ettiği şeklinde bir anlayış ortaya çıkabilir. Bu da suçun yasal unsurlarında ortaya çıkacak eksiklik nedeniyle söz konusu suçun kovuşturulmasına engel olabilir. Bu nedenle, kanun koyucunun çocuklara karşı gerçekleştirilecek olan “*her türlü cinsel davranış*” tanımlamasının bilinçli bir şekilde tercih ettiğini söylemek mümkündür.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> AKCAN, Esra Alan; EGEMENOĞLU Alaaddin; YILMAZ, Erkam, a.g.e, s.101 - 485

<sup>132</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e. s.319

<sup>133</sup> TANER, a.g.e., s.287

<sup>134</sup> SEVÜK, Handan Yokuş, “**Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları**”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı 5, Nisan, 2005, s. 283 vd.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin ‘*vücuda organ veya başkaca bir cisim sokmak*’ şeklinde vuku bulması biçimi ise suçun nitelikli haline vücut vermektedir. Bu hüküm TCK m. 103/2’de düzenlenmiş olup,<sup>135</sup> failin mağdura karşı gerçekleştirdiği bu türden bir eylem suçun maddi unsuruna değil, nitelikli haline vücut veren bir eylem şeklidir. Keza, yukarıda ifade edildiği üzere, bu suçun maddi unsuruna konu eylem biçimi, mağduru çocuk olan küçüğe yönelik gerçekleştirilen *her türlü cinsel davranıştır*. Buradaki ayırt edici nokta ise, eylemin mağdur küçüğün vücuduna organ veya sair bir cisim ithal edilmesiyle vuku bulması halidir. Organ veya sair bir objenin vücuda cinsel hissiyatları tatmin amacıyla ithal edilip edilmediği ise önemli değildir. Suçun bu halinin meydana gelmesi için önemli olanın, söz konusu organ ya da herhangi bir cismin vücuda, vajinal, anal ya da oral yoldan ithal edilmiş olmasıdır. Keza, organ ya da cismin sokulmasından maksat ise vücudun cinsel olarak tanımlanabilecek ve buna elverişli yerlerine sokulması şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>136</sup> Bu nedenle kulak deliği, göbek deliği gibi yerler bu kapsamda değerlendirilemeyecek olup, suçun basit şekline ilişkin değerlendirmenin ise somut olayın özelliğine göre ele alınması gerekecektir.

Burada bir diğer değinilmesi gereken nokta ise organ ifadesidir. Söz konusu suçun failinin erkek olabileceği gibi kadın da olması ihtimal dahilindedir. Keza, bu suçun mahsus bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebileceği hususu göz önüne alındığında, kadın fail açısından organdan anlaşılması gerekenin, kadının parmağı, eli, ayağı veya dili şeklinde kabulü gerekecektir. Mağdurun erkek çocuk olduğu durumda, mağdura karşı gerçekleştirilen anal veya oral eylem şekli de bu suçun nitelikli halini oluşturacaktır. Keza, failin organ değil de cisim kullanması ve bu cismi kanunun lafzından hareketle mağdurun sair yerlerine sokması da cinsel istismar suçunun nitelikli haline vücut verecektir.

Tüm bunlardan ari olarak, fail, mağdurun da kendisine organ veya cisim sokmasını isteyebilir. Yine mağduru bir hayvan ile ilişkiye sokup onu izlemek suretiyle cinsel duygularını tatmin edebilir veya fail, küçüğün kendi üzerinde cinsel faaliyette bulunmasını, kendisini tatmin etmesini isteyebilir. Bu gibi durumların vuku

<sup>135</sup> ÖZMEN, Remzi, **Türk Ceza Kanunu**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.73

<sup>136</sup> SEVÜK, a.g.e., s.288

bulması halinde de çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır. Öyle ki, bu suçun gerçekleşmesi bakımından failin kanunda sayılan seçimlik hareketlerden birini yapmış olması yeterli olup, bu hareket sonucunda failin cinsel yönden tatmin olup olmaması ise önem arz etmeyecektir. Keza, failin organ ya da kullandığı cismin mağdurun yukarıda ifade edilen yerlerine tamamen girmiş olması da şart değildir.<sup>137</sup>

## 5. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru kusurluluktur. Kusurluluk unsuru, ceza hukukuna anlam veren ve onu hukukun diğer alanlarından ayıran unsurdur. Keza failin yapmış olduğu hareket nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için hareketin tipe uygun, hukuka aykırı olması yetmez. Failin ayrıca kusurlu da olması gerekir. 5237 sayılı TCK'da kusurluluk kast, taksir ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>138</sup>

TCK m. 21/1'e göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.<sup>139</sup> Kast ise, bir suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Hemen ifade etmek gerekir ki, eski TCK'da kastın tanımına yer verilmemişti. 5237 sayılı TCK'ya göre kastın düşünme ve öngörme (bilme) ile irade (isteme) şeklinde iki unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir. Bu unsurlardan ilkinin (düşünme ve öngörme), failin tipe uygun hareketi önceden düşünmesi ve zihninde canlandırması şeklinde ifade etmek mümkündür. İkinci unsur olan irade unsuru ise, faildeki irade ve öngörme unsuru yönünden ayrı bir araştırmaya gerek kalmayan, çünkü bir kimsenin ancak bildiği şeyleri isteyebileceğinin, bu nedenle de fail neleri biliyorsa ancak onları isteyebileceğinin kabulü şeklinde ifade etmek mümkündür. Keza, burada bilme ve isteme çakışmalıdır. Bu çakışma aynı zamanda failin amacını ortaya koymaktadır. Failin bu suç tipi açısından kastının ne şekilde oluştuğunun da bir önemi yoktur. Keza failin suçu gerçekleştirmeye ilişkin kastı başlangıçtan itibaren var olabileceği gibi kastın failde sonradan da oluşması mümkündür. Öyle ki, failin kastının eklenebilir şekilde de tezahür etmesi ihtimal dahilindedir.

---

<sup>137</sup> TANER, a.g.e., s.156

<sup>138</sup> DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 342 vd.

<sup>139</sup> AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 332 vd.

Çocukların cinsel istismarı suçu serbest hareketli ve kasten işlenebilen bir suç tipidir. Bu suçun işlenişinde failin saikinin bir önemi yoktur.<sup>140</sup> Keza, saik, failin harekete geçmesine yol açan nedendir. Maksat ise failin gerçekleşmesini istediği kanuni tipte yer alan neticedir.<sup>141</sup> Diğer taraftan failin bu konudaki yanılma hali kastı ortadan kaldıracaktır ancak, bu yanılmanın ise esaslı olması gerekmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, çocukların cinsel istismarı suçundan farklı olarak cinsel taciz suçunda ise failin saiki aranmaktadır.

Kanun koyucu burada her somut olay açısından failin ‘*cinsel amaçla*’ hareket edip etmediğine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Keza, fail başka bir amaç ile hareket etmiş ise bu durumda somut olaydaki oluş ve şekle göre değerlendirme yapılması gerekecektir.<sup>142</sup> Söz konusu değerlendirmeye konu suç tiplerini ise tehdit, kişilerin huzur ve sükununu bozmak, hakaret veya kasten yaralama gibi suçlar çerçevesinde ele almak mümkündür.

Olası kast, TCK m. 21/2’de ‘*Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi*’ şeklinde ifade edilmiştir. Bu suçun olası kastla da işlenebileceğine ilişkin görüşler var ise de,<sup>143</sup> kanun koyucu bu suçun olası kast ile işlenemeyeceği görüşündedir.<sup>144</sup> Keza, olası kast gerçekten de çocukların cinsel istismarının gerek basit şekli gerekse de nitelikli halini oluşturan eylemlerin nazara alındığında, suçun sırf hareket suçu olarak düzenlendiği ve bu nedenle olası kasta müsait bir suç tipi olmadığı açıkça ortadadır. Kaldı ki, olası kast durumunun bu suç tipi açısından uygulanması cinsel istismar suçunun alanını çok genişletecektir. Keza, aksi düşünce böyle bir suç tipinden ötürü birçok kişinin haksız yere mağdur olmasına neden olabilecektir. Örneğin, hekimin bir çocuğu muayenesi esnasındaki hareketleri, toplu taşıma aracına elini kolunu sallayarak binen bir kişinin yanlışlıkla çocuğun belli başlı yerine çarpması, bir öğretmenin bir öğrencisinin başını

<sup>140</sup> Bkz. Örneğin Yar. 5. CD., 23.03.2009, 14544/3539 (nakleden Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s.337)

<sup>141</sup> ÖZBEK; DOĞAN; BACAKSIZ. a.g.e., s. 356 vd.

<sup>142</sup> KOCA, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.339

<sup>143</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e. s.337

<sup>144</sup> TANER, a.g.e., s.177

okşayıp yanağını sıkması gibi durumlar bu kişilerin adalete uygun olmayan sonuçlar ile karşılaşmasına ve zan altında kalmalarına neden olabilecektir.

TCK m. 22/2 gereğince taksir, *“Kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi”* şeklinde ifade edilmiştir.<sup>145</sup> Çocukların cinsel istismarı suçunun taksir ile de işlenmesi mümkün değildir. Söz konusu suç tipi serbest hareketle işlenebilen bir suç tipi olup, failin suça konu hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Keza, caza hukukunda temel kusurluluk şekli kast olup taksir ise ancak kanunun açıkça netice bağladığı suç tipleri açısından kabul edilmiş istisnai bir durumdur. Nitekim TCK m.22/1 gereğince, *“taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirtti hallerde cezalandırılır.”* şeklinde hüküm altında alınmıştır.<sup>146</sup>

Burada ele alınması gereken bir diğer önemli konu ise hiç şüphesiz ki nedensellik bağıdır. Nedensellik bağı kişinin icra ettiği fiil ile dış dünyada meydana gelen netice arasındaki neden sonuç ilişkisidir.<sup>147</sup> Ceza sorumluluğunda kişinin iradi hareketi ile meydana gelen netice arasında mutlak bir nedensellik bağı bulunması gerekmektedir. Keza, üçüncü kişilerin meydana getirdiği veya tabiat olaylarından ötürü meydana gelen neticelerden dolayı, hareketi meydana getiren kişinin sorumluluğuna gidilemez. Çocukların cinsel istismarı suçu, niteliği itibariyle nedensellik bağlantısı açısından bir özellik arz etmemektedir ve fakat, ele alınan suç tipinin nedensellik bağı anlamında daha iyi anlaşılabilmesi için konuya ilişkin şu örnek verilebilir. Örneğin, cinsel istismar mağdurunun bu suç nedeniyle hastanede tedavi görmekteyken cinsel istismar suçundan bağımsız olarak hastanede virüs kapması nedeniyle hayatını kaybettiği somut olayda failin bu ölüm sonucundan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu nedensellik bağı sorununu gündeme getirecektir. Nihayetinde ölüm neticesi salt failin hareketinden kaynaklanmadığı ve ölüm sonucu ile cinsel saldırı fiili arasında doğrudan nedensellik bağı kurulamayacağı için fail, virüs nedeniyle vuku bulan ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> ÖZBEK; KORAY; BACAĞSIZ, a.g.e. s. 356

<sup>146</sup> ÖZMEN, a.g.e., s. 23

<sup>147</sup> İÇEL, a.g.e., s.Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 437 vd.

<sup>148</sup> İÇEL, a.g.e., s. 437 vd.

## C. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Çocukların cinsel istismarı suçu, basit şekli açısından cinsel davranışın gerçekleştirilmesi, nitelikli hali açısından ise, organ veya sair bir cismin vücuda sokulmasıyla sübuta eren bir suç tipidir. Failin kastı devam etmekle birlikte gerçekleştirdiği eylemler kendisinden ari bir sebebe dayalı olarak tamamlanamamış ise,<sup>149</sup> fail bu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerekecektir. Örneğin, failin söz konusu eylemi gerçekleştireceği sırada mağdurun yakınlarından birinin olay yerine gelmesi nedeniyle failin eylemine son vererek olay yerinden kaçması halinde, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır. Failin alacağı cezada yapılacak indirim ise, failin icra ettiği ancak tamamlamadığı hareketlerin bahse konu suç üzerinde meydana çıkardığı tehlikenin göz önüne alınması suretiyle belirlenecektir. Suçun basit şekli açısından teşebbüsün söz konusu olamayacağı, keza, bir küçüğü okşamak şeklindeki hareketin gerçekleşmesi ile suçun tamamlanmış olacağı, bundan önceki hareketlerin ise suçun hazırlık hareketleri şeklinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler var ise de,<sup>150</sup> hareket ile neticenin ayrılabilirdiği, örneğin, küçüğü öpüp, okşamak maksadıyla hürriyetinden yoksun kıldığı anda yakalanan failin söz konusu eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekecektir. Suçun nitelikli hali ise hiç şüphesiz ki teşebbüse elverişlidir. Bu hal açısından mühim olan, failin organ ya da sair cismi mağdura ithal etmeden eyleminin kendi iradesi dışında başka bir nedene dayalı olarak son bulmuş olması halidir. Yargıtay'ın da uygulaması bu yöndedir.<sup>151</sup>

Failin teşebbüs aşamasında kalmış olan hareketlerine nasıl son verdiği ise ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Keza, teşebbüs, kişinin kastında herhangi bir

---

<sup>149</sup> DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.422

<sup>150</sup> ŞEN, Ersan, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010, s.399

<sup>151</sup> Yargıtay'ın 17.11.2018 Tarih ve 2018/ 12062 Esas, 2008/ 0041 Karar Sayılı İlamı (nakleden, Kartal, a.g.e., s.222)



sapma ya da değişme olmaksızın, elverişli hareketlere icrasına başladığı eylemini elinde olmayan harici etkenler nedeniyle tamamlayamaması halidir.<sup>152</sup>

Söz konusu ifadeden yola çıkarak, burada failin icra hareketlerine başlayıp da eylemini mutlak elverişsizlik olarak değerlendirebilecek iktidarsızlığından dolayı mı, yoksa korku, heyecan veya alkol gibi arızı sebepler nedeniyle gerçekleşen nispi imkansızlıklar nedeniyle mi gerçekleştiremediğinin tespiti son derece önemlidir. Nitekim, Yargıtay 5. Ceza Dairesi bu tartışmalı konu hakkında verdiği kararında özetle; elverişsizliğin nispi olduğu halde teşebbüsten, mutlak olduğu halde ise o ana kadar yapılan eylemin göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılması gerektiğinden söz etmiştir.<sup>153</sup>

İlgili suç tipini gönüllü vazgeçme açısından ele aldığımızda ise, burada söz konusu suç tipine ilişkin fiilleri gerçekleştirmeye başlayan ancak suç henüz gerçekleşmeden bu eylemlerine gönüllü olarak son veren fail ile kendi imkanları dahilinde suçun sübuta ermesine mani olan kimse hakkında teşebbüs hükmünün tatbik edilemeyeceğini ifade etmek gerekecektir. Burada kişi, hareketlerine kendi iradesi ile son vermektedir. Eylemi gerçekleştirenin saikinin herhangi bir önemi yoktur. Gönüllü vazgeçmede eylemi gerçekleştirenin mani bir durumu olmaksızın kendiliğinden icra hareketlerini bırakması aranacaktır ancak, teşebbüste olduğu gibi, suçun basit hali bakımından gönüllü vazgeçen failin durumunda ise herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Keza, çocukların cinsel istismarı suçu temasın gerçekleşmesi ile meydana geldiği için failin buradaki hareketinin tekliği ya da çokluğunun bir önemi olmayacaktır.<sup>154</sup> Suçun nitelikli hali bakımından ise eylemi gerçekleştirenin hareketlerine son verdiği zamana kadar icra ettiği fiillerin bir başka suça vücut verip vermemesine göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Failin eylemine son verdiği aşamaya kadarki hareketleri suç teşkil ediyorsa fail yalnızca o suç açısından sorumlu tutulacaktır. Keza, cinsel istismar suçunun nitelikli halinden gönüllü

<sup>152</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN Ahmet; ALAŞAHİN, Mehmet Emin; ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.676 vd.

<sup>153</sup> Yargıtay 5.CD'nin 20.09.2010 Tarih, 2010/ 4449 E., 2010/ 6553 K. Sayılı Kararı için bkz., AYDIN, a.g.e., 62 vd.

<sup>154</sup> Yargıtay 14. CD.'nin, 05.03.2012 Tarih, 2011/1625 E., 2012/2596 K. Sayılı kararı için bkz. (Erişim) <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/260010/turk-ceza-kanunu-5237-madde-103-turk-ceza-kanunu-5/?v=list&aranan=erkan> 28.04.2020

vazgeçen failin, bitmiş olan kısım açısından TCK m. 103/1 gereğince sorumluluğu devam edecektir. Örneğin, failin küçüğe karşı cinsel istismarın nitelikli halini gerçekleştirmek düşüncesiyle başladığı eylemine, küçüğün sair yerlerini okşadıktan sonra kendi rızası ile son vermesi durumunda, failin suçun nitelikli halinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır ancak, o ana kadar gerçekleştirdiği okşama eylemi, suçun basit şeklini oluşturacağı için failin bu yönde sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.<sup>155</sup> Diğer taraftan, failin suçun nitelikli haline ilişkin fiili icra ettiği sırada eyleminden vazgeçmesi durumundaysa artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyecektir. Keza, böyle bir durumda artık suç tamamlanmıştır. Failin cezai sorumluluğu açısından etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmasının gerekip gerekmediği hususunun ise, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekecektir.

## 2. İctima

### (a) Genel İctima Kuralları Çerçevesinde Cinsel İstismar

Cinsel İstismarın basit şekli ile on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan gurutadaki küçüklere yönelik cebir, tehdit hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle işlenmesi haline ilişkin şekilde, faile yalnızca cinsel istismar suçu bakımından ceza verilecektir.<sup>156</sup> Keza, söz konusu nedenlerin varlığı kanunda bu suçun unsuru olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu bu unsurlarla esasında burada bir bileşik suç yaratmıştır. Nitekim, TCK m. 42<sup>157</sup> bileşik suçu; ‘*Biri diğerinin unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.*’ şeklinde hüküm altına almıştır. Diğer taraftan kanun koyucu bu suçun on beş yaşından küçüklere karşı ve on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan küçüklere yönelik *cebir ve tehdit* ile gerçekleştirilmesi halini ise suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak hüküm altına almıştır. Bu durumda da bileşik suçun varlığı söz konusu olup, fail hakkında cebir ve tehdit suçundan ayrıca hüküm kurulmayacaktır. Ancak, hemen ifade etmek gerekir ki, tehdit

<sup>155</sup> Bkz. Örneğin Yar. 5. CD., 23.03.2009 14544/ 3559. (nakleden, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e, s.337)

<sup>156</sup> PARLAR, Ali; ÖZTÜRK, Mustafa, **Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 1.Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s.111

<sup>157</sup> ÖZMEN, Remzi, **Türk Ceza Kanunu**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.31

veya cebir eyleminin cinsel istismar suçundan sonra gerçekleşmesi durumunda, failin bu eylemlerinden dolayı ayrıca sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Keza, kanun koyucu çocukların cinsel istismarına ilişkin düzenlemesinde, bu suçun çeşitli suç tipleriyle birlikte içtima durumuna yer vermiş olup, cinsel istismar ile birlikte gerçekleştirilen diğer suç tiplerine ilişkin özel olarak içtimaya yer vermediği durumlarda ise, gerçek içtima kurlarının nazara alınmasını ifade etmiştir. Diğer taraftan kanun yapıcı TCK m.103/5'te ise özel olarak gerçek içtima halini hüküm altına almıştır. Buna göre, failin cinsel istismar suçunu işlerken kullandığı şiddet nedeniyle mağdurda kasten yaralama suçunun ağır neticelerine ilişkin bir sonucun vuku bulması halinde, failin kasten yaralama suçundan da cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>158</sup>

Bu suç tipinde içtima kurallarının tartışılabilceği bir diğer hal ise zincirleme suça ilişkin düzenlemedir. Failin aynı kişiye karşı gerçekleştirdiği birden çok cinsel eylemi, aynı suç işleme kararı kapsamında değerlendirilebiliyorsa, zincirleme suç kurallarından söz edilebilecektir. Ancak, bu kuralın nazara alınabilmesi için, failin TCK m. 43/1 gereğince “aynı kişiye karşı işlenmesi...”<sup>159</sup> mecburiyeti gerektiğinden, aynı olmayan kişilere yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kurallarını uygulamak mümkün olmayacaktır. Yargıtay, art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde penetrasyonun farklı yollarla sağlanması durumunda (örneğin, failin cinsel organını, mağdurun önce vajinasına sonra anüsüne sokması) eylemin birden fazla olduğunu kabul edip, zincirleme suç hükümlerini uygulamaktaydı.<sup>160</sup> İfade etmek gerekir ki, Yargıtay’ın bu yöndeki kabulüne, aynı kast altında gerçekleştirilen birden fazla fiziksel davranışın ayrı ayrı suç sayılması gerekçesiyle iştirak etmek mümkün olmamıştır. Keza, kanunun zincirleme suça ilişkin aradığı unsur ile Yargıtay’ın bu uğurdaki kabulüne ilişkin gerekçesinin aynı olduğunu söylemek büyük bir yanılğı olacaktır.

Çok önemlidir ki, cinsel saldırı suçunda failin kasten yaralama fiilinden ötürü sorumluluğuna gidilebilmesi için, failin, eylemi gerçekleştirdiği kişinin direncini

---

<sup>158</sup> SEVÜK, a.g.e., s.290

<sup>159</sup> ÖZMEN, a.g.e s.31

<sup>160</sup> MALKOÇ, a.g.e., s.144

kırma ölçüsünden daha üstte bir şiddet sergilemesi gerekliliği ifade edilmişken, daha korunmasız olan küçüklere yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemlerde ise kasten yaralama suçunun uygulanabilmesi için başvurulmuş zor kullanma veya şiddetin, kasten yaralamanın ağır neticelerine yol açmış olması koşulu aranmıştır. Öyle ki, bu koşula ilişkin düzenlemeyi anlamak oldukça güçtür. Keza, suçun mağdurunun çocuklar olduğu nazara alındığında, direnci kırmaya yönelik ölçüyü aşan her yaralamanın mutlaka söz konusu ağır neticelere sebebiyet vereceğinin düşünülmesi mümkün değildir.<sup>161</sup>

Diğer taraftan, cinsel istismar suçunun birden çok kimseye karşı tek bir hareketle işlenip işlenmeyeceği durumu da tartışmalıdır. Keza, zincirleme suçun bu biçimde gerçekleşmeyeceğini ifade eden görüşler var ise de,<sup>162</sup> kanaatimizce bu suçun kimi durumlarda tek bir hareketle birden çok kimseye karşı gerçekleştirilmesi olanak dahilindedir. Örneğin, küçüğü okşayan bir kişinin bu eylemini aynı zamanda olay yerinde bulunan diğer küçüğe izletmesi<sup>163</sup> zincirleme suçun TCK m. 43/2’de hüküm altına alınan<sup>164</sup> halini oluşturacaktır. Keza, failin izletmeye yönelik eyleminin cinsel istismar suçunun basit şekline vücut verip vermediğine ilişkin tespit ise somut olayın özelliğine göre TCK m.44 çerçevesinde değerlendirilebilecek olup, söz konusu eylemin bu şekilde kabul edilmemesi ve fakat, başka bir suça vücut verdiğinin kabulü halinde ise TCK m. 44’te yer alan fikri içtima hükmünün değerlendirilmesi gerekecektir.<sup>165</sup>

### **(b) Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Kapsamında Cinsel İstismar Suçu**

Hürriyeti tahdit olarak da ifade edilen bu suç tipi, hürriyete karşı suçlar içinde düzenlenmiştir.<sup>166</sup> TCK m.109’da hüküm altına alınan bu suçun 3. fıkrasının f bendinde, suçun çocuğa karşı işlenmesi nitelik hal olarak belirtilmiştir. Kanun koyucunun düzenlemesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla

<sup>161</sup> ŞEN, a.g.e., 401

<sup>162</sup> ÖZMEN, a.g.e., s.31

<sup>163</sup> KARTAL, a.g.e., s.232

<sup>164</sup> TANER, a.g.e., s.228

<sup>165</sup> ÖZMEN a.g.e., s.32

<sup>166</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, ‘Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu’ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1,2, 2007, s.1183 vd.

meydana gelmesi halinde, cinsel suçlar arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılan fail hakkında bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağı yönündedir. Bu çerçevede, bir çocuğun hürriyetinin kısıtlanması cinsel amaçla meydana gelmiş ise, suçların çokluğu söz konusu olacak ve fail TCK m. 109/3-f de belirtilen ağırlaştırıcı sebepler ile TCK m. 103'de tanımlanan cinsel istismar suçlarından ayrı ayrı yargılanacaktır. Eklemek gerekir ki, böyle bir durumun kişiyi özgürlüğünden alı koyup koymadığına ilişkin tespitin ise mağdurun suç yolu aşamasındaki rızasına ve somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin, on beş yaşının üstünde bir kimsenin faili ile rızası dahilinde bir araya geldiği, bu uğurda mağdurun üzerinde hiçbir baskı oluşturulmadığı ve fakat failin mağdura yönelik cinsel eylemlerine ilişkin ise rızasının olmadığı durumda, fail hakkında yalnızca cinsel istismar suçundan hüküm kurulması gerekecektir. Burada bazı hukukçular arasında fikir ayrılığı bulunmakta olup, çocuğun bu tarz olaylardaki rızasının fail ile bir araya gelmekten, örneğin, oturup, sohbet etmekten ibaret olduğu, ancak kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemler karşısında artık rızasının olmadığı, özünde böyle bir eyleme maruz kalacağını bilse idi, olay yerine hiç gitmeyeceği, faille buluşmayacağı gibi gerekçelerle failin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir.

Katılmamakla birlikte, Yargıtay ceza genel kurulunun görüşü de<sup>167</sup> rızası ile failiyle bir araya gelen kişinin sonrasında maruz kaldığı cinsel istismar neticesinde, failin TCK m. 109 gereğince cezalandırılmayacağı şeklindedir. Keza, Yargıtay'ın bu görüşü, cinsel saldırı yönünden kabul edilebilir ise de, mağduru çocuk olan cinsel istismar suçu açısından tartışmalıdır.

### **(c) Suçu Bildirmeme Suçu Açısından Cinsel İstismar Suçu**

Suçu bildirmeme suçunun gerçekleşebilmesi için devam etmekte olan bir suç olması veya suçun gerçekleşmiş olmasıyla birlikte ortaya çıkan sonucun engellenmesinin imkan dahilinde olması ve ihbarda bulunmayan kişinin söz konusu eyleme mani olmak gibi görev ve sorumluluğunun bulunmaması gerekmektedir.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> Yar. 5.CD., 22,11,2005, 8765/ 22305, (Erişim) [www.adalet.org](http://www.adalet.org) 27.04.2020

<sup>168</sup> KOCA, Mahmut, **Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s.119

Dolayısıyla, çocuğun istismar edildiğini öğrenen ve suçu önleme yükümlülüğü bulunmayanlar, bu durumu TCK m. 278 gereğince ilgili mercilere bildirmek zorunda değildirler. Ancak, söz konusu istismar eylemi devam etmekteyse, bu durumdan yetkili makamları haberdar etmek zorundadır. Aksi halde kişinin, aynı kanunun 278. maddesinin 2. fıkrası gereğince sorumluluğuna gidilecektir. Keza, TCK m. 278/4. fıkrasında hüküm altına alınan, *tanıklık yapmaktan imtina edebilecek olan kimseler hakkında herhangi bir yaptırıma hükmolunmayacağına* ilişkin düzenlemenin ise isabetli bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Çok önemlidir ki, kolluk veya kamu hizmeti gören, çocukların denetim ve gözetiminden sorumlu olan kimseler gibi, anne, baba ve nihayetinde tanıklıktan çekinebilecek kimselerinde çocukları üzerinde hakimiyet ve onları koruma yükümlülükleri vardır. Dolayısıyla bu kimselerin, çocukların cinsel istismarı suçunu bildirmemeleri durumunda, suçu bildirmeme suçu kapsamında değil, suça iştirak kapsamında sorumluluklarına gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>169</sup>

### 3. İştirak

Söz konusu suç tipine ilişkin suçun yasal unsurlarına konu hareketi kesten gerçekleştiren her kim ise, o kişi bu suçun faili olarak sorumlu olacaktır. Keza, bu suç tipinde iştirak özel bir önem arz etmemektedir.<sup>170</sup> Diğer taraftan suçun yasal unsurlarına konu hareketi gerçekleştiren kişilerin birden fazla olması durumunda bu kişilerin her biri suçun faili sayılırlar ve bu kimselerin birlikte fail hükümlerine göre sorumluluklarına gidilmesi gerekecektir. Hiç şüphesiz ki bu suça azmettirme ve yardım etme biçiminde iştirak de mümkündür.<sup>171</sup> Birden çok kimsenin birlikte gerçekleştirdiği cinsel istismar suçunda faillerin her biri, iştirak hükümlerine göre ve suçun ağırlaştırıcı nedeni olan hükme göre cezalandırılacakken, yardım eden veya azmettiren kişinin durumunun ise somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekecektir.. Keza, ağırlaştırıcı sebepte aranan müşterek faillik durumunun,

<sup>169</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.117 vd.

<sup>170</sup> HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.347

<sup>171</sup> İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, Ankara, 2009, s.493

azmettiren veya yardım eden kimse açısından her zaman nazara alınması mümkün olmayacaktır.<sup>172</sup>

Cinsel İstismar suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi durumunda şerikler, suça konu vakanın durumuna göre, aynı suçu gerçekleştirme kararı çerçevesinde aynı eyleme katılma derecelerine göre tespit edileceklerdir. Keza, suça iştirak eden failerin sorumlulukları, TCK m. 40'da<sup>173</sup> hüküm altına alınan bağlılık kuralı çerçevesinde çözümlenecek olup, şeriklerden her birinin sorumluluğu buna göre tayin edilebilecektir.<sup>174</sup>

#### **D. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN DAHA AZ CEZAYI**

##### **GEREKTİREN NİTELİKLİ HALİ**

Çocukların cinsel istismarı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali TCK'nın 103 maddesinin 1. fıkrasında; *“Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasinin şikayetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.<sup>175</sup> şeklinde değiştirilmiştir.*

Burada suçun basit şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi

<sup>172</sup> DEMİRBAŞ, a.g.e., s.504 vd.

<sup>173</sup> ÖZMEN, a.g.e., s. 30

<sup>174</sup> EVİK, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s. 352

<sup>175</sup> PARLAR, Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 1618

gerektiği gibi bu davranışların cinsel ilişki boyutuna da varmaması gerekmektedir.<sup>176</sup> Öyle ki vücuda temas olmayan veya ani bir hareketle vuku bulan cinsel davranış ya da fiilin ise TCK'nın 105. maddesinde hüküm altına alınan *cinsel taciz suçu* veya TCK'nın 103 maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde hüküm altına alınan *sarkıntılık suçu* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine çok dikkat etmek gerekmektedir.<sup>177</sup>

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından sonraki uygulamada vücuda temas içeren ve fakat devamlılık oluşturmayan ani hareketlerin cinsel istismar (mağdurunun yetişkin olduğu suçta ise cinsel saldırı) olarak kabul edilmesi bir takım adaletsiz sonuçların çıkmasına neden olmuştur.

Örneğin, karşı cinsin saçını okşama veya yanağından makas alma gibi eylemler cinsel istismar suçunu oluşturmaktaydı.<sup>178</sup> Doktrinde farklı bir kesimin görüşüne göre ise bu tür eylemlerin cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi.

Yaşanan bu sorunlar dikkate alınarak, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı kanunla sarkıntılık fiili, gerek cinsel saldırı yönünden gerekse de cinsel istismar yönünden daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

İfade etmek gerekir ki, 5237 sayılı kanunda basit cinsel istismar hükmünü ihtiva eden mevcut 103. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi sarkıntılık suçunu da hüküm altına almıştır. Keza, bu suç 765 sayılı TCK'da da hüküm altına alınmıştı. Oysa, sarkıntılık suçu 765 sayılı TCK'nın 1926 tarihli ilk şeklinde hiç yer almamıştı. Bu yasal boşluk nedeniyle uygulamada sarkıntılık fiili ya hiç cezalandırılmamakta ya da alenen hayasızca fiil olarak nazara alınmak suretiyle cezalandırılmaktaydı. Konun koyucu 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı kanunla 765 sayılı TCK'nın 421 maddesine sarkıntılık suçunu ekleyerek bu boşluğu doldurmuştur.<sup>179</sup> Yargıtay, 765 sayılı kanun döneminde

<sup>176</sup> PARLAR, a.g.e. s. 1618 vd.

<sup>177</sup> ÇALIŞKAN, Suat, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 4

<sup>178</sup> Karşı cinsin saçlarını okşama ve çimdik atmanın cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. ÇAKICI GERÇEK, Leyla, Yargıtay kararlarıyla cinsel taciz suçu, AÜHF, C:60, Y:2011, S:1, s.56. (nakleden, Artuk; Gökçen; Alaşahin; Çakır, a.g.e., s.313)

<sup>179</sup> 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş bulunan sarkıntılık suçunun mehzamını oluşturan 1274 (1858) ceza kanunname-i hümayunundaki düzenleme için bkz: GÖKÇEN, AHMET, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.152 (nakleden, Artuk; Gökçen; Alaşahin; Çakır, a.g.e., s. 314)



vücuda temas içermeyen sırnaşık davranışlar ile vücuda temas içeren ani nitelikteki cinsel davranışları sarkıntılık olarak nitelendirmektedir ancak, Yargıtay'ın bu yönde oluşturduğu içtihatlarının 5237 sayılı kanun dönemindeki sarkıntılık fiili açısından uygulanması, bir takım kanuni sakatlıklara yol açacağını belirtmek gerekecektir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK'da '*söz atma ya da sarkıntılık*' başlığını ihtiva eden herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle failin mağdurun vücuduna temas içermeyen eylemleri TCK'nın cinsel taciz hükmünü düzenleyen 105. maddesi kapsamında ele alınmaktaydı. Vücuda temas içeren hareketler ise basit cinsel istismar kapsamında değerlendirilmekteydi.<sup>180</sup> 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrası; '*Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasinin şikayetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.*' şeklinde değiştirilmiştir.

6545 sayılı kanun değişikliğinden sonra Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvuru üzerine, 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E., 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı iptal kararlarıyla, 103. maddenin birinci fıkrası kanun koyucu tarafından yeniden ele alınmış ve 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanununun 13. maddesi ile TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrası; '*Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.*

<sup>180</sup> SEVÜK, Handan Yokuş, '*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, s. 279

*Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasinin şikayetine bağlıdır.*” şeklinde değiştirilmiştir.<sup>181</sup>

Tüm bu açıklamalar ışığında, çocuğa karşı gerçekleştirilen basit cinsel istismar fiili, sarkıntılık fiili ve cinsel taciz fiilini şu şekilde ifade etmek mümkündür,

- Çocuk mağdurun vücuduna temas içeren ve devamlılık arzeden hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar basit cinsel istismar suçu kapsamında,
- Çocuk mağdurun vücuduna temas içeren ve fakat ani hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar basit cinsel istismar suçu kapsamında,
- Mağdurun vücuduna temas içermeyen yazılı, sözlü veya işaretlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar ise cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Örneğin, failin çocuğun vücuduna temas eden cinsel amaçlı ve devamlılık arz eden “*okşama, öpme vb. gibi*” hareketleri çocuğun basit cinsel istismarı suçunu, failin çocuğun vücuduna temas içeren cinsel amaçlı ve fakat devamlılık arz etmeyen “*ani bir hareketle öpme, dokunma vb. gibi*” hareketleri sarkıntılık suçunu, failin mağdurun vücuduna temas içermeyen ve fakat cinsel duyguları tatmine yönelik yazılı, sözlü veya işaretlerle gerçekleştirilen “*cinsel içerikli resim gösterilmesi, cinsel organın gösterilmesi vb. gibi*” hareketleri ise cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Bu nednele, TCK’nın 103. maddenin 1. fıkrasındaki basit cinsel istismar ile sarkıntılık eyleminin birbirine karıştırılmaması için, sarkıntılık eyleminin madde metnindeki yeri ve hangi davranışın ne zaman sarkıntılık, ne zaman basit cinsel istismar ve ne zaman cinsel taciz suçuna vücut vereceğine ilişkin tespitin ve dolayısıyla failin eyleminin doğru bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eklemek gerekir ki, cinsel taciz suçu dışında, çocuğa karşı gerçekleştirilen sarkıntılık fiilinin de çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında ele alınacağını hatırdan

---

<sup>181</sup> Maddenin gerekçesinde; “madde ile, 5237 sayılı Kanunun “Çocukların Cinsel İstismarı” kenar başlıklı 103. Maddesinin , Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ceza belirlenirken, bir kademe belirlenmektedir. Mağdurun oniki yaşından küçük olması durumunda verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir. Suçun farklı yaş guruplarındaki mağdurlara karşı işlenmesinde bir ayırım gözetmeyen mevcut hüküm yeniden düzenlenmektedir.” denilmektedir. (nakleden, a.g.e., Artuk; Gökçen; Alaşahin; Çakır, a.g.e., s. 317 vd.)

çıkarılmamalıdır. Keza, çocuğa karşı gerçekleştirilen sarkıntılık fiilinin de çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağı konusunda herhangi bir duraksama yaşanmamalıdır. TCK m. 105 de hüküm altına alınan eylemin (*cinsel taciz*) bir çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda ise kanun koyucu suçu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiş ve taciz fiilinin çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halini yetişkine karşı gerçekleştirilen taciz suçuna nazaran daha ağır bir ceza yaptırımına tabi tutmuştur.

## **E. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ VE AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER**

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelik hali maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup (103/2), belli yaşı ikmal etmemiş mağdurlara yönelik vajinal, anal ya da oral yönden organ veya cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen eylem şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda da açılmaya çalıştığımız üzere, ‘‘18.06.2014 kabul tarihli 6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 59., maddesinde yapılan değişiklik bakımından TCK’nın 103/2 maddesindeki tanımlı *NİTELİKLİ CİNSEL İSTİSMAR SUÇU* yönünden sadece suçun cezasının arttırılması ve on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.<sup>182</sup>’’ şeklindeki düzenleme dışında, suçun kapsamında, unsurlarında veya harici bir hususta değişiklik yapılmamıştır. Bahsi geçen 6545 sayılı kanun ile suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline ilişkin bir değişiklik yapılmış olup, bu değişikliğe ilişkin değerlendirme aşağıda (F/1 başlığı altında) ele alınmıştır.

### **1. Cinsel İstismarın Üst Soy, İkinci veya Üçüncü Derece Kan Hısımlı, Üvey Baba, Üvey Anne, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Vasi Tarafından İşlenmesi**

Çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurunun çocuk olması nedeniyle kolay işlenebilen bir suç tipidir. Keza, çocuğun yetişkine göre kandırılması kolay olduğu gibi, çocuk üzerinde baskı, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer hususları

---

<sup>182</sup> EVİK, a.g.e., s. 352

gerçekleştirerek netice almak da daha kolaydır. Bu nedenle, kanun koyucu yerinde bir düzenleme ile, suçu daha kolay hale getirecek unsurları gözeterik, bunların suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesi yolunu tercih etmiştir. Bu suçun özellikle üst soy, ikinci veya üçüncü derece kan hısımlı, üvey baba, üvey anne, üvey kardeş, evlat edinen veya vasi tarafından işlenmesi durumunda, eylemi gerçekleştiren kişinin mağdur çocuğa olan yakınlığı, çocukla olan ilişkisi gibi faktörler nedeniyle eylemin daha kolay gerçekleştirilebilmesine imkan yaratacağı düşünülmekte olup, bu da istismara uğrayan mağdur açısından daha ağır neticelere sebebiyet vermektedir. Nihayetinde, hiç tanımadığı bir kimse tarafından istismara uğrayan bir çocuğun failini çok daha rahat gösterebileceği ancak, kendisiyle kan bağı, yakın akraba veya bakım ve gözetim ilişkisi içinde bulunan bir kişiyi ise üzerinde kurulan baskı veya sair nedenler ile daha zor açıklayacağı veya çoğu vakada açıklamaktan imtina ettiği bilinmektedir.<sup>183</sup>

Burada değinilmesi gereken önemli hususlardan biri de ensest kavramıdır. Ensest, rıza ile aile içi evlenmeleri yasak kişilerin cinsel birlikteliğidir. Türk hukukunda ensest suç olarak düzenlenmemiş, bu durum TCK m. 103/3 de ifade edilen üst soy, üçüncü derece dahil kan hısımlı, üvey ebeveynler, üvey kardeş ve evlat edinenlerce meydana getirilen eylemlerin daha ağır cezalandırılması yolu ile aşılma istenmiştir. Bu sebeple, kan bağı olsun veya olmasın, akrabalık ilişkisi çerçevesinde ele alınan ağırlaştırıcı hükümlerin uygulanabilmesi için, fail ile mağdur arasındaki bu bağıın yeterli olduğu kabul edilmektedir. Keza, bu kişilerin birlikte yaşamaları da gerekmemektedir. Üst soydan anlaşılması gereken ise TMK m. 17’de; ‘*Kan hısımlılığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur.*’<sup>184</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, cinsel saldırı suçunda kayın hısımlılığını da suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak dikkate alırken, daha korunaksız olan çocuklar açısından ise kayın hısımlılığını madde metnine koymaması tartışmalara neden olmuştur. Öyle ki, Yargıtay 5. CD, 07.03.2011 Tarih, 2011/582 E., 2011/1783 K. sayılı ilamında; ‘*Sanık müdafinin, Sanık ve mağdurun kuzen olduğu, suçu dayısının kızına karşı işlediği ve bu cihetle sanığın eyleminin kuzenler arasında olması nedeniyle*

<sup>183</sup> KARTAL, a.g.e., s.188

<sup>184</sup> ÖZMEN, Remzi, **Türk Medeni Kanunu**, 29. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.17

*bunların arasındaki bağın kayınlık bağı olduğu...*” ifade edilerek bozma nedeni sayılması gerektiğine ilişkin savunması karşısında, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, sanık ile mağdur arasında koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan bahisle, eylemi gerçekleştirenin TCK m. 103/3 gereğince cezalandırılmasına ilişkin kararı onamıştır.<sup>185</sup> Yargıtay, kanaatimce burada geniş bir yorum metodu izlemiş olup, kayın hısımlığına ilişkin kanun boşluğunun bu şekilde doldurulması yoluna gitmiştir. Keza, kuzenlerin birbirlerini koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğuyla ilişkin gerekçenin hukuki bir temelini bulunmadığı kanaatindeyim. Diğer taraftan, evlat edinmenin de cinsel istismar fiili, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Keza, üvey baba, üvey anne ve üvey kardeş açısından da durum aynıdır. Bu kimseler hiç şüphesiz ki çocuk üzerinde üçüncü bir kişiye nazaran çok daha rahat hakimiyet kurabilecek kişiler olup, aralarındaki yasal bağ gereğince de çocuğun bu kimseler tarafından maruz kaldığı eylem nedeniyle yaşayacağı tahribat da çok daha ağır olacaktır. Bununla birlikte, Türk Hukukunda “*Koruyucu Aile*” müessesine de yer verilmiştir. Bu müessese koruyucu aileye, bir kişi ya da aileye evlat edinmede olduğu gibi doğrudan bir yükümlülük yüklememekle birlikte, korunan küçük üzerinde hukuki açıdan belirli söz ve karar sahibi olabilme imkanı vermektedir. Bu kurumun amacı, yardım ve gözetilmeye ihtiyaç duyan küçüklerin korunarak sağlıklı bir ortamda yetiştirilmesine imkan tanımak ve bu küçüklerin topluma kazandırılmalarını sağlamaktır.<sup>186</sup> Söz konusu kurum, her ne kadar ihmal edilmiş çocukları koruma amacıyla kurulmuş bir kurum ise de, ilgililerin çocuklar üzerindeki hakimiyeti ve çocuklar ile olan bağı nazara alındığında, Türk Ceza Kanununun (103/3-f) ilgili maddesinde bu hususun da madde metnine alınmış olması, son derece isabetli bir düzenleme olmuştur.<sup>187</sup>

Türk Ceza Kanununun 103/3 maddesine göre bu suçun vasi tarafından işlenmesi halinde de fail hakkında daha ağır ceza tayini öngörülmüştür. Öyle ki, Türk Medeni Kanunu kapsamında kendisine vasi atanan bir kimsenin vasilik görevi sona

---

<sup>185</sup> ÇALIŞKAN, Suat, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013, s.115

<sup>186</sup> Koruyucu Aile İle İlgili Ayrıntılı Bilgi için bkz. (Erişim) <https://koruyucu.ailevecalisma.gov.tr/> 29.04.2020

<sup>187</sup> KUŞGÖZOĞLU, Tülin, İhmal ve İstismara Uğrayan Çocuklar Açısından Koruyucu Aile, <https://www.slideshare.net/tulinkus/ihmal-ve-istismara-urayan-ocuklar-aisindan-koruyucu-aile> (Erişim) 29.04.2020

ermiş olsa dahi, TCK m.103/3 kapsamındaki cezai sorumluluğu devam edecektir. Diğer taraftan kayımlık müessesesi için ise böyle bir hukuki düzenleme yapılmamıştır. Bunun nedeni ise, vasinin çocuğun üzerinde doğrudan gözetim yükümlülüğü bulunurken, kayımlının ise yalnızca mala yönelik bir yükümlülüğünün bulunmasıdır.<sup>188</sup>

## **2. Cinsel İstismarın Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi**

Bu başlıkta belirtilen kimseler de tıpkı bir önceki başlıkta belirtilen kişiler gibi, çocuğa yakın ve kolay temasta bulunabilecek kişiler olduğu için, bu kimseler hakkında da çocuğa karşı gerçekleştirdikleri cinsel eylemlere ilişkin daha ağır ceza tayinine gidilecektir. Bu kişilerin çocukla temasta bulunan kimseler olmaları dışında, çocuk üzerinde rahatça hakimiyet kurabilme imkanına sahip olmaları, bu kişilerin eylemlerinin nitelikli hal olarak kabulünün en önemli faktördür.

Eğitici, öğretici ya da bakıcının hangi kurumda çalıştığına bir önemi yoktur. Özel sektör çalışanı olabileceği gibi, devlet kadrosunda çalışan bir kişi de olabilir. Hatta, bu kişilerin söz konusu faaliyetlerini ücretli ya da ücretsiz yürütmesinin de bir önemi yoktur. Fakat hemen ifade etmek gerekir ki, Yargıtay, suçun nitelikli halinin uygulanabilmesi için, mağdur ile fail arasındaki bu türden bir ilişkiyi tek başına yeterli görmeyip, suçun, bu faaliyetin fiilen uygulanmakta olduğu bir zamanda işlenmesi şartını gözetmektedir.<sup>189</sup> Yargıtay'ın bu tutumunun isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Keza, mağdurun kanun metninde ifade edilen eğitici veya öğretici bir kişi ile yalnızca sosyal amaçlı görüştükleri herhangi bir zaman diliminde böyle bir eyleme maruz kalması, eylemi gerçekleştiren hakkında suça konu ağırlaştırıcı hükmün uygulanacağı anlamına gelmeyecektir. Diğer taraftan, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunanların yanına geçici olarak bırakılan çocukların ise bu kişiler tarafından istismarı halinde, bu kimseler hakkında nitelikli hal uygulanacaktır. Keza, burada çocuğun ne kadarlık bir süre için bırakıldığının veya hangi amaç ve ilişkiden ötürü bu kişilere emanet edildiğinin bir önemi yoktur. Keza,

<sup>188</sup> ÖZMEN, **Türk Medeni Kanunu**, s.128 - 138

<sup>189</sup> ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, a.g.e., s. 164

çocuk, örf, adet, akrabalık, komşuluk, kişisel vb. ilişkiler nedeniyle bırakılmış olabilir.<sup>190</sup> Örneğin, çarşıya alışveriş yapmak için komşuya bırakılan çocuğa karşı komşusu tarafından gerçekleştirilen cinsel eylem halinde, fail komşu hakkında bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması gerekecektir.

### **3. Cinsel İstismarın Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması Suretiyle İşlenmesi**

Eyleme maruz kalanla eylemi gerçekleştiren kimse arasındaki herhangi bir sebepten kaynaklı yazılı veya sözlü, kısa veya uzun iş münasebetinin varlığı, tek başına bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına imkan vermeyecektir. Keza, bununla birlikte bu ilişkinin varlığının yanı sıra, failin bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanmış olması şartının da gerçekleşmiş olması gerekecektir. Ancak, buradaki hizmet ilişkisinin ne kadar süre ile kurulduğu, özel ya da kamusal alanda olup olmadığı, ücretli veya ücretsiz, geçici ya da sürekli olup olmadığının ise herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Mühim olan, bu iki kişi arasında hizmet ilişkisine dayanan bir bağımlılık ilişkisinin olması ve failin de eylemini bu durumun kendisine sağladığı rahatlıktan faydalanmak suretiyle gerçekleştirmiş olması gerekliliğidir.<sup>191</sup> Öyle ki, aynı yerde çalışan, aralarında hizmet ilişkisi bulunan ancak eşit konumlarda bulunan veya aralarında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmayan fail ile mağdur açısından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Keza, Yargıtay 2008/8023 E., 2008/7751 K. sayılı ilamında,<sup>192</sup> ‘*Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun söz konusu olamayacağı gözetilmeyerek, TCK m.103/1 hükmüne göre tayin olunan cezanın 103/3. maddesi gereğince artırılması... ..nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına...*’ şeklinde karar vermiştir. Diğer taraftan, Yargıtay’ımız aksi görüşte olsa da,<sup>193</sup> İtalyan doktrininde ise, *aralarında hizmet ilişkisi bitmiş olmakla birlikte, mağdurun, daha önceki ilişkiden kaynaklı saygı, korku veya çekinme hissi nedenine dayalı duygu halinin devamı durumunda, nitelikli*

<sup>190</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s. 340

<sup>191</sup> MALKOÇ, a.g.e., s.65

<sup>192</sup> BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.309

<sup>193</sup> Yargıtay’ın 2007/7481 E., 2007/6548 K. sayılı Kararı için bkz., BAYTEMİR, a.g.e., s.307

*halin uygulanması gerektiği görüşü hakimdir.*<sup>194</sup> İfade etmek gerekir ki, Yargıtay'ın İtalyan öğretisinden farklı olan bu yöndeki uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyim.

#### **4. Cinsel İstismar fiilinin Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi**

Bu suçun birden çok kimseyle gerçekleştirilmesi halinde failer hakkında eylemin karşılığı olan ağırlaştırılmış hükmün tatbiki gerekecektir. Yetişkin bir kimsenin dahi çok daha kolay direncinin kırılmasına neden olacak olan bu durumun, çocukların cinsel istismarı açısından da düzenlenmiş olması isabetli bir durumdur. Faillerin bu ağırlaştırıcı nedenden ötürü cezalandırılabilmeleri için, eylemin birden çok kişi tarafından ve beraberce gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Fail sayısı açısından üst sınıra ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış ise de, alt sınıra ilişkin sayının ise en az iki kişiden ibaret olması gerektiği ifade edilmektedir. Diğer taraftan, eylemi gerçekleştirenlerden birinin olaya yardım eden veya azmettiren şeklinde katılması durumunda bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır.<sup>195</sup> Burada aranan müşterek faillik olup, failerin eylemlerinin ise aynı fiillerden ibaret olması gibi herhangi bir özellik veya zorunluluk aranmayacaktır. Keza, cinsel istismarda bulunan failerden biri mağdura organ ithal ederken diğeri ise mağdurun ellerini tutabilir. Yine failerin söz konusu fiili birlikte gerçekleştirmeleri gerekliliğinden aynı anda eylemde bulunmaları gibi bir netice de çıkarılmamalıdır. Failler mağdurda karşı aynı zaman diliminde arka arkaya fiili eylemde de bulunabilirler. Burada önemli olan, failerin müşterek şekilde hareket etmeleri gerekliliğidir.<sup>196</sup> Ancak, ağırlaştırıcı sebebin sirayeti gereği, birden fazla kişinin fail olduğu durumlarda ve bir başka kişinin ise azmettiren olduğunun tespiti halinde, diğer failere uygulanan ağırlaştırıcı neden azmettiren kişiye de uygulanacaktır.<sup>197</sup> Öyle ki, teşebbüs safhasında kalan suç için de bu nitelikli halin uygulanması mümkün olup, eylemin sübuta ermiş olması gerekmemektedir.

Diğer taraftan, söz konusu eyleme maruz kalan mağdur ise tek kişi olmalıdır. Faillerin çokluğu halinde aynı yer ve zaman diliminde mağdurlar da birden çoksa ve

<sup>194</sup> Codice Penale Spiegato Articolo per Articolo, s.711; **Delpino**, s. 579. (nakleden, Tezcan; Erdem; Önok, s.325)

<sup>195</sup> SAVAŞCI, a.g.e., 93 vd.

<sup>196</sup> EVİK, a.g.e., s.197

<sup>197</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s.310



fakat faillerin her biri yalnızca tek kişiye cinsel istismarda bulunmuş ise, bu failler hakkında nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak, Yargıtay böyle bir durumun aynı yer ve zaman diliminde gerçekleşmesi durumunda, faillerin birbirlerinin fiillerine yardım etme koşulunu aramaksızın cezanın artırılması yoluna gitmektedir. Keza, Yargıtay bu gibi durumlarda eylem sahibi her bir kişinin bir diğer eylem sahibinin fiiline TCK m.37 kapsamında fail olarak katılmış olduklarının kabulü ile bu kimseler hakkında nitelikli halden ceza tayini ve ayrıca zincirleme suç hükümlerine göre hüküm verilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>198</sup>

##### **5. Suçun On Beş Yaşından Küçük veya On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklara Karşı Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi**

TCK m. 103/4’de belirtilen cebir ve tehdit, TCK m. 103/3-b’de belirtilen cebir ve tehditten farklıdır. Keza, 103/4’de hüküm altına alınan durum suçun ağırlaştırıcı sebebiyken, 103/3-b’de belirtilen durum ise suçun unsurudur. Dolayısıyla, çocukların cinsel istismarı suçunun on beş yaşına kadar olan ya da bu yaşı doldurmuş ve fakat kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi idrak kabiliyeti gelişmemiş küçükler karşı tehdit veya cebir ile işlenmesi halinde fail hakkında TCK m. 103/3 gereğince hüküm kurulacaktır. Bu düzenleme, suçun konusu olan daha kolay etki altına alınabilecek olan çocuklar açısından yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, hilenin ise madde metninde yer almaması eleştirilere neden olmuştur.<sup>199</sup> Öyle ki, kanunda hile ile gerçekleştirilmesi çok olanaklı olan cinsel istismar eyleminin on beş yaşını tamamlamış küçükler açısından öngörülürken, bu yaştan daha küçük ve aldatılmaları çok daha kolay olan çocuklar bakımından öngörülmemesinin nedeni<sup>200</sup> kanun koyucunun on beş yaşının altında bulunan ya da bu yaşı tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı eylemi anlama ve hukuki neticelerini kavrama yeteneği gelişmemiş olan çocukların bu uğurdaki rızalarına herhangi bir değer atfetmeyişi nedeniyle açıklamak

<sup>198</sup> ARTUK; GÖKÇEN: YENİDÜNYA, 7. Baskı, s.158

<sup>199</sup> ÇALIŞKAN, Suat, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013, s.128

<sup>200</sup> MALKOÇ, İsmail, **Türk Ceza Hukuku Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Malkoç Yayınevi, İstanbul, 2009, s.69

mümkündür. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu, bu yaş haddindeki çocuğun rızasının herhangi bir bilimsel ya da hukuksal öneminin olmayacağına, bu rızanın her halde sakat bir rıza olacağına kanaat getirmiş ve bu yaş haddindeki çocuğun böyle bir eyleme maruz kalmasını doğrudan suç olarak nitelendirerek burada eylemi gerçekleştirenin mağdurun iradesini hileyle sakata uğratmış olup olmadığı hususunda herhangi bir araştırma yapma ihtiyacına gerek görmemiştir.

Bu suç tipinde çocuklara karşı gerçekleştirilecek olan cebir ve tehdit unsur olarak değerlendirilen cebir ve tehditten farklı değildir ancak, buradaki bahse konu fiiller, on beş yaşını tamamlamamış veya bu yaşı tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamamış bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemi anlama ve hukuki neticelerini kavrama yetenekleri gelişmemiş durumda bulunanlara yönelik gerçekleştirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Failin eylemini cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi halinde kanun koyucu failin tek bir suçtan hüküm alacağını ifade etmiştir. Keza, buradaki cebir veya tehdit, failin gerçekleştirmiş olduğu suçun unsuru olarak nitelendirilecek ve faile hem cebir veya tehditten hem de cinsel istismardan ayrı ayrı farklı iki hüküm kurulmayacaktır. Fail hakkında yalnızca cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı sebebinin uygulanması suretiyle tek bir hüküm kurulacaktır. Diğer taraftan, cebir ya da tehdidin ağırlaştırıcı hal olarak uygulanabilmesi için bunun mağdur çocuğa karşı uygulanması gerekmektedir. Mağdur çocuk dışında söz konusu cebir veya tehdidin bu suçun oluşmasına mani olan kimseye ilişkin kullanılmış olması halinde ise artık bu halin uygulanmasından söz edilemeyecektir. Failin üçüncü kişiye karşı gerçekleştirdiği cebir veya tehdit suçuna ilişkin sorumluluğu ise baki kalacaktır.<sup>201</sup> Öyle ki, failin bu suçun nitelikli halinden cezalandırılması için, failin cebir veya tehdide söz konusu cinsel istismarı gerçekleştirmek için başvurmuş olması gerekmektedir. Keza, failin, cinsel istismar suçundan sonra küçüğe karşı, hiç kimseye bir şey anlatmaması veya harici nedenlerle gerçekleştirdiği cebir veya tehdidin kendi başına bağımsız bir suç teşkil edeceğinde herhangi bir duraksama yaşanmamalıdır. Cinsel istismar nedeniyle gerçekleştirilen cebrin ölçüsü, kasten yaralama suçunun nitelikli haline konu ağır neticeleriyle sınırlı olup, korkutmanın kabulüne ilişkin düzey ise kişinin karar alma ve sağlıklı davranışta

---

<sup>201</sup> SAVAŞCI, a.g.e., s.97

bulunma mekanizmasını etkileyecek ölçüde olmalıdır.<sup>202</sup> Bu düzeyin tespitinin ise, bir yetişkenden ziyade söz konusu eyleme maruz kalan çocuğun algılama kabiliyetine göre belirlenmesi gerekmektedir. Keza, yetişkin bir kimse için tehdit sayılmayacak ve iradesini etkilemeyecek bir söz, çocuğun iradesini etkileyip korkmasına neden olabilecektir. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi; ‘‘*Sanığın kucaklayarak götürdüğü çocuğa ilişkin kullandığı döverim sözünü tehdit olarak kabul etmiş ve sanık hakkında TCK m.103/4 gereğince hüküm kurulması gerektiğinden bahisle...*’’<sup>203</sup> yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar vermiştir.

Fiilin hukuki anlam ve neticelerini idrak edebilecek, on beş yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını doldurmamış grupta bulunan küçüklere, bu suçun silah kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de fail hakkında bu ağırlaştırıcı halin uygulanması gerekecektir. Keza, silahın işlenen suçta bizzat kullanılması, örneğin fail tarafından mağdura nişan alınması gibi bir durumunun gerçekleşmesi gerekmemekte olup, mağdurunun iradesini etkileyecek şekilde, örneğin, tabancanın teşhir edilerek silahtan faydalanılmış olması yeterli kabul edilecektir. Suçun silahla işlenmesi durumunda, söz konusu suça ilişkin nitelikli halin kabulü açısından silahın cebir veya tehdit unsurunu gerçekleştirmek için kullanılıp kullanılmadığının ise bir önemi yoktur. Hemen ifade etmek gerekir ki, silah kullanmak suretiyle bu suçun işlenmesine ilişkin hüküm söz konusu maddeye 6545 sayılı kanun ile eklenmiştir.

Bu suç tipinde cebir ve tehdidin birlikte kullanılması durumunda fail hakkında cezanın temel şekline ilişkin tek bir artırım yapılacak olup, hem tehdit hem de cebire ilişkin iki ayrı artırım yapılmayacaktır. Keza Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir.<sup>204</sup> Ancak, fail, çok tabii olarak, suçu bu ağırlaştırıcı nedenden (tehdit, cebir) başka bir ağırlaştırıcı nedenin de içinde bulunduğu şekilde gerçekleştirir ise, o zaman fail hakkında hem TCK m. 103/4 gereğince hem de diğer ağırlaştırıcı neden gereğince cezasında iki kez artırım yapılacaktır. Örneğin, çocuğun babasının cinsel istismar

---

<sup>202</sup> TANER, a.g.e., s.312

<sup>203</sup> Yargıtay 5.CD.’nin 21.01.2010 Tarih, 2009/ 12605 E., 2010/243 K. Sayılı Kararı için bkz. ÇALIŞKAN, a.g.e., s.138

<sup>204</sup> Yargıtay 5.CD.’nin 06.05.2008 Tarih, 2008/1822 E., 2008/3999 K. Sayılı İlamı için bkz. ÇALIŞKAN, a.g.e., s.143.

suçunu birden çok kimseyle beraber cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlemesi halinde bütün ağırlaştırıcı sebepler eklenerek sonuç ceza tayin edilecektir.

## **F. NETİCE YÜZÜNDEN CEZANIN AĞIRLAŞTIRILMASINI GEREKTİREN HALLER**

### **1. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulmasına Yol Açması Hükümünün 6545 Sayılı Kanun Kapsamında Madde Metninden Çıkarılması ve Değerlendirilmesi**

Netice sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar bakımından kanun koyucu, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, bitkisel hayata girmesi veya ölmesi şeklinde üç hal öngörmüştü ancak, 6545 sayılı kanun ile ‘*suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması*’ şeklinde ağırlaştırıcı nedeni ilgili düzenlemeden çıkartarak,<sup>205</sup> TCK m.103/6. fıkrasını mevcut hali ile muhafaza etmiştir. Dolayısıyla ilgili kanun değişikliğiyle birlikte, fail hakkında artık, söz konusu suç nedeniyle bu nitelikli hale ilişkin ceza hükmü tatbik edilecek olup, madde metninden çıkartılan fıkra açısından ise suçun işlendiği tarihe göre bir tespit yapılacaktır. Keza, kanun değişikliğinden sonra işlenen suçlar bakımından ise mağdurun bu durumunun tespitine ilişkin herhangi bir rapor talebinde bulunulmayacaktır.<sup>206</sup>

Burada her ne kadar ilgili fıkra madde metninden çıkartılmış ise de, cinsel istismar suçunun failleri ağır ceza mahkemelerinde ve çok ağır cezalar ile yargılanan kişiler olduğu için, kanun değişikliğinden önce işlenen suçlar bakımından ve kanunun amir hükmü gereğince fail hakkında tayin edilecek cezanın alt ve üst sınırının belirlenebilmesi için henüz kesinleşmemiş olan davalarda sanık lehine eski ve yeni kanun düzenlemesinin ne suretle uyarlanacağı ve bu nedenle sanık hakkında nasıl bir cezaya hükmolünacağı belirlenebilmesi için bu raporların alınması bir süre daha önemini koruyacaktır.

---

<sup>205</sup> YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.122 vd.

<sup>206</sup> ASLANTÜRK, a.g.e., s.263

Failin, 6545 sayılı kanun ile kaldırılan TCK m. 103/6 fıkrasının ilgili bendine ilişkin sorumluluğuna, bu uğurda taksir derecesinde kusurunun bulunması halinde gidilebilecektir. Keza taksir şeklinde vuku bulan kusur, cezada artırım yapılması için yeterli görülmektedir. Söz konusu suçta mağdurun sağlığının bozulup bozulmadığı ise tanzim edilecek bir rapor ile tespit edilecek ve belgelendirilecektir. Öyle ki, bu raporun da tek kişilik bir hekim tarafından değil, kurulca tanzim edilmesi gerekmektedir.<sup>207</sup>

Suçun mağdurunun çocuk olduğu bu suç tipinde, mağdurun bedensel sağlığının bozulduğunun tespiti çoğu kez olaya ilişkin bulgu ve emareler ışığında kolay bir şekilde ortaya koyulabilirken, ruhsal sağlığına ilişkin tespit ise, mağdurun birçok süreçten geçtikten sonraki aşamada ortaya koyulabilmektedir. Keza, mağdur çocuk, yaşadığı olaya ilişkin birçok kez ilgili kurum ve kişilere olaya ilişkin bilgi aktarmak durumunda kalmakta, bunun da özünde mağdurun tekraren mağduriyetine yol açan, adalet duygusu ve kamu vicdanı ile bağdaşmayan bir uygulama olduğu düşünülmektedir.<sup>208</sup> Dolayısıyla özünde bedensel ve ruhsal sağlığının bozulduğunun kabulü gereken mağdur çocuğu, bu yönde bir tahribata uğrayıp uğramadığının tespitine ilişkin sürece sokmak, çocuğun yaşadığı elim hadiseyi hatırlamasına ve bu uğurda yeniden zarar görmesine yol açacaktır.<sup>209</sup> Keza, çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturma süreçleri, bu süreçlerin çok uzun bir zamana yayıldığı ve söz konusu vakalara ilişkin rapor tanzim edecek kurum ve kuruluşların da yalnızca belirli il ve bölgelerde hizmet verdiği gibi sair hususlar nazara alındığında, böylesine uzun bir sürece yayılan bu tür vakalarda mağdurun bedensel veya ruhsal sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespit her zaman berrak bir şekilde ortaya konulması mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, burada esas alınması gereken husus, böyle bir eyleme maruz kalan çocuğun bedensel ve ruhsal bütünlüğünün bozulduğunun kabulüdür. Nitekim, kanun koyucu 6545 sayılı yasa ile Türk Ceza Kanunu'nun konuya ilişkin fıkrasını madde metninden çıkartarak, başka bir araştırma yapılmasına gerek kalmaksızın cinsel istismara maruz kalan çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığının bozulduğuna kanaat getirmiştir. Önemi itibariyle yinelemek gerekir

---

<sup>207</sup> ASLANTÜRK, a.g.e., s.267

<sup>208</sup> TOPÇU, Sedat, **Cinsel İstismar**, 1. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2009, s.191 – 213

<sup>209</sup> AKBAŞ, Turan; SANBERK, İsmail, **Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim**, 1. Baskı Karahan, Adana, 2011, s.40 vd.

ki, ilgili kanundan önce işlenen suçlar açısından ise hala ilgili kurum ve kuruluşlardan rapor istenmekte olup, gelen raporlar, sanığın alacağı cezanın alt ve üst sınırının belirlenmesi açısından önem arz edecektir.<sup>210</sup>

## **2. Suçun Mağdurun Ölümü veya Bitkisel Hayata Girmesi Sonucuna Yol Açması**

Cinsel istismar suçunun netice sebebiyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektirir iki hali vardır. Bunlardan biri mağdurun söz konusu suç nedeniyle ölmesi, diğeri ise bitkisel hayata girmesidir.<sup>211</sup> Failin bu nitelikli halden cezalandırılabilmesi için hiç şüphesiz ki failin mağdura karşı gerçekleştirdiği cinsel istismar ile mağdurda meydana gelen bu iki halden biri arasında somut olayın oluş şekline göre uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Bir başka anlatımla, fail, gerçekleştirdiği eylem ile ortaya çıkan netice arasında uygun illiyet bağı olduğu takdirde bu ağır neticeden sorumlu olacaktır.<sup>212</sup> Örneğin, söz konusu suç tipi nedeniyle, olay yerine intikal eden sağlık görevlileri tarafından hastaneye götürülmek üzere bindirildiği ambulansın yolda kaza yapması sonucu hayatını kaybeden mağdura ilişkin fail hakkında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Keza, burada eylemi gerçekleştirenin fiili ile eyleme maruz kalanın yaşamını yitirmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. Keza, mağdurun ölümüne failin gerçekleştirdiği cinsel istismar nedeniyle yol açılmış olması ve failin bu uğurda en azından taksir derecesinde kusurunun bulunmasına ilişkin gereklilik ise hatırdan çıkarılmamalıdır.<sup>213</sup> Fail, mağdura hem cinsel istismarda bulunup hem de onu öldürmek kastı ile hareket etmiş ise, bu durumda hakkında cinsel istismar suçu ile kasten insan öldürme suçuna ilişkin hükümler gereğince ayrı ayrı ceza tayinine gidilecektir fakat, cinsel istismar suçu açısından ise TCK m.103/6 gereğince cezasında herhangi bir artırım yapılmayacaktır.<sup>214</sup> Keza, 103/6 da önemli olan failin gerçekleştirdiği cinsel istismar suçunda mağduru öldürmeye yönelik kastının olmamasıdır. TCK m.103/6. fıkranın tatbiki için failin mağdurun ölümünü istememesi

---

<sup>210</sup> ASLANTÜRK, a.g.e., 264

<sup>211</sup> SAVAŞCI, a.g.e., s.97

<sup>212</sup> AYDIN, a.g.e., s.57

<sup>213</sup> KARTAL, a.g.e., s.205

<sup>214</sup> ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, a.g.e., s.295 – 314

ve fakat gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemi nedeniyle mağdurun ölmüş olması şartı aranmaktadır. Failin söz konusu suçu gerçekleştirdikten sonra suçun meydana çıkmaması için mağduru öldürdüğü durumda ise fail hakkında yine cinsel istismar suçu ile kasten insan öldürme suçu kapsamında ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Fail açısından bir diğer olasılık da, failin mağduru önce öldürüp, daha sonra üzerinde cinsel duygularını tatmine yönelik eylemde bulunmasıdır. Böyle bir durumda fail hakkında artık cinsel istismar nedeniyle değil<sup>215</sup>, kasten insan öldürme ve TCK m.130/2’de hüküm altına alınan<sup>216</sup> ‘ölülere saygı duygusuna aykırılık’ nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.

Bunun gibi, failin suçu işlemeden sonra mağdurun intihar etmesi veya hamile kalan mağdurun çocuk düşürme ya da doğum sırasında ölmesi gibi durumlarda da fail hakkında bu nitelikli hal, neticenin objektif olarak faile isnadı mümkün olmayacağı gerekçesiyle uygulanamayacaktır. Söz konusu fiilin birden çok kimse tarafından gerçekleştirilmesi ancak mağdura karşı hangi failin cebir uyguladığının tespit edilememesi durumunda ise ortaya çıkan sonuç açısından taksir derecesinde kusuru tespit edilen tüm kişiler hakkında bu ağırlaştırıcı halin uygulanması gerekecektir. Keza, burada, faillerden birinin mağdura organ ithal ederken diğerinin ise mağdura vurmuş olması önem arz etmeyecektir. Öyle ki, faillerin söz konusu eylemlerinin teşebbüs aşamasında kalmış olması da failer hakkında bu ağırlaştırıcı halin uygulanmasına engel olmayacaktır. Burada mühim olan suçun tamamlanması değil, söz konusu suç nedeniyle mağdurun uygun illiyet bağı içinde yaşamını yitirmiş olmasıdır.<sup>217</sup>

Mağdurun söz konusu eylem nedeniyle bitkisel hayata girmesi durumunda da, fail hakkında bu nitelikli hale ilişkin hüküm uygulanacaktır. Bitkisel hayat, ‘*Beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu yaşam türü*’ şeklinde ifade edilmektedir.<sup>218</sup> Söz konusu tanımda her ne kadar kişinin beyin fonksiyonlarının yitirildiği ifadesi yer alsa da,

<sup>215</sup> Aksi görüş için bkz. TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s.330

<sup>216</sup> AKCAN, Esra Alan; EGEMENOĞLU, Alaaddin; YILMAZ, Erkam, **Gereçli Türk Ceza Kanunu**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

<sup>217</sup> Yargıtay 1. CD.’nin 05.05.1964 tarihli kararı için bkz.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

<sup>218</sup> ÇÖLCÜOĞLU, Sedat, **Adli Tıp Sözlüğü**, Temel Matbaacılık, İstanbul, 1993, s.47

bitkisel hayat, kişinin beyin ölümü olarak anlaşılmamalıdır. Keza, bitkisel hayatta beyin artık çok önemli fonksiyonlarını kaybetmiş ise de tamamen de işlevini yitirmemiştir. Bu nedenle kişinin küçük bir ihtimalde olsa hayata dönme imkanı bulunmaktadır. Beyin ölümündeyse beyin artık tüm işleyişini geri dönüşü olmaksızın tamamen sora erdirmekte ve bu son buluş nedeniyle hastanın kısa bir süre sonra kalbinin durmasıyla hasta yaşamını yitirmektedir.<sup>219</sup> Beyin ölümünü, geri dönüşü olmayan koma hali olarak da tanımlamak mümkündür.

Failin, bu ağırlaştırıcı halden sorumlu tutulabilmesi için tıpkı, mağdurun ölümüne ilişkin yapılan açıklamalarda olduğu gibi, failin, mağdurun bitkisel hayata girmesini istememesi, ancak gerçekleştirdiği eylem neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmiş olması koşulu aranmaktadır.

Eylemin teşebbüs aşamasında kalmış ancak mağdurun bitkisel hayata girmiş olması halinde de, fail hakkında bu ağırlaştırıcı hal uygulanacaktır. Burada önemli olan failin kastıdır. Öyle ki, failin cinsel istismar kastı ile eylemine başlayıp, istismarı gerçekleştirmediği ve fakat, fiili işlemek için mağdura karşı kullandığı cebir neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmesi halinde fail hakkında TCK m.103/6. fıkranın tatbiki gerekecektir.<sup>220</sup> Örneğin, *henüz iki yaşındaki bir bebeğe yönelik gerçekleştirilmeye çalışılan nitelikli cinsel istismar suçunda mağdurun cinsel organının parçalanması sonucunda ölmesi veya 12 yaşındaki bir çocuğun işlenmekte olan istismar suçunda uzun süre boğazının sıkılması nedeniyle bitkisel hayata girmesi halinde*, fail hakkında bu ağırlaştırıcı hal uygulanacaktır. Bu nitelikli hale ilişkin mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesine ilişkin her iki neticenin de, fiili işlemek için kullanılan cebir nedeniyle meydana gelmiş olması, failin ağırlaştırıcı hale ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.<sup>221</sup>

## **G. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ**

Hukuka uygunluk nedeni şeklinde kabul gören ve bunların söz konusu olduğu durumlarda failin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan halleri şu şekilde

<sup>219</sup> (Erişim) [www.organnakli.hacettepe.edu.tr/olum.shtml](http://www.organnakli.hacettepe.edu.tr/olum.shtml), 27.04.2020

<sup>220</sup> ÖNDER, a.g.e., s.476

<sup>221</sup> ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.210



belirtmek mümkündür; kanunun hükmü ve amirin emri; meşru müdafaa ve zaruret hali; hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası.<sup>222</sup> TCK m. 27’de hüküm altına alınan hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin sınırın aşılmasına dair düzenlemenin ise çocukların cinsel istismarı suçunda uygulanma olanağı yoktur. Keza, söz konusu düzenlemede sınırın taksirle aşılması halinde, fiil taksirle de cezalandırılıyor ise bu suç bakımından öngörülen cezada indirim yapılarak uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak, cinsel istismar suçunun taksirli hali söz konusu olmadığından, bahsi geçen 27. maddenin uygulanması da mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan her hukuka uygunluk sebeplerinin her suç tipi bakımından uygulanması söz konusu değildir. Keza, çocukların cinsel istismarı suçunda, suçun doğası gereği uygulanabilecek hukuka uygunluk halleri, kanun hükmü ve ilgilinin rızasıdır.

Cinsel istismar suçunda meşru savunma veya zorunluluk hali mağdur açısından elbette mümkün olmakla birlikte, fail açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir.<sup>223</sup> Nihayetinde, hukuka uygunluk nedenleri eylemin icracısı olan fail açısından ele alınıp, değerlendirilecektir.

### **1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi**

Söz konusu hüküm, Türk Ceza Kanununun 24. Maddesinde düzenlenmiş olup, hüküm; ‘*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*’ biçiminde tanımlanmıştır.<sup>224</sup> Konuya ilişkin verilebilecek en klasik örnek, çocuğun beden muayenesidir. Keza, aynı durum hem sanık hem de mağdur açısından söz konusu olup, burada ayırt edici nokta ise bu muayenenin hakim kararıyla ve sadece sağlık mensubu tarafından yapılabilmesidir. Muayenenin iç ya da dış benden muayenesi olmasının ise bir önemi olmayacaktır. Sonuç olarak muayene esnasında sağlık görevlisinin çocuğa karşı gerçekleştirdiği eylemler hukuka uygun sayılacaktır. Bununla birlikte, sağlık görevlisi çocuğun muayenesi sırasında tespiti gereken bir durum olmamasına rağmen çocuğu bu yönde muayene eder ve bu suretle çocuğun sair yerlerinde elzem olmayan fiillerde bulunur ise, eylem artık hukuka uygun olmaktan çıkacak ve sağlık

<sup>222</sup> DEMİRBAŞ, a.g.e., s.249 vd.

<sup>223</sup> ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**,1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s.127

<sup>224</sup> ÖZMEN, a.g.e., s.24

görevlisinin de cinsel istismar suçu nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecektir.<sup>225</sup> Söz konusu duruma ilişkin kolluk görevlisinin şüpheli çocuğun üstünü aradığı sırada, görevinin gereği dışına çıkarak çocuğun dokunulmaması gereken bölgelerine dokunması durumu da örnek olarak gösterilebilir. Keza, adli ve önleme arama yönetmeliğinin 28. maddesinde üst araması belirtilmekte olup, söz konusu arama ilgili yönetmeliğin 28/9-d bendinde ‘*Dokunulmaması için gerekli özen gösterilmelidir*’ şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla, kolluk görevlisinin fiili artık arama amacının dışına çıkmış ve cinsel amaçlı bir fiile dönüşmüş ise, artık burada kanun hükmünü yerine getirme nedenine dayalı hukuka uygunluk halinden söz edilemeyecektir.<sup>226</sup> Keza, aramanın ne suretle yapılacağı ve yapılması gerektiği gerek CMK m.119’da, gerek adli ve arama yönetmeliği çerçevesinde gerekse de PVSK’da açıkça hüküm altına alınmış olup, bu hükümlerin dışında yapılacak aramalar hukuka aykırı olacağı gibi, cinsel istismara ilişkin eylemin sahibinin de sorumluluğunu doğuracaktır.<sup>227</sup>

## 2. Rıza

Çocukların cinsel istismarı suçunda rıza, failin sorumluluğunun tespiti açısından olağanüstü bir öneme sahiptir. Keza, rıza, kimi hukukçular açısından hukuka uygunluk durumu,<sup>228</sup> kimi hukukçular açısından ise suçun unsuru olarak ifade edilmektedir.<sup>229</sup> Hukuka uygunluk sebeplerinden olan rıza kanununun 26/2. fıkrasında hüküm altına alınmıştır.<sup>230</sup> Ancak, hemen ifade etmek gerekir ki, cinsel istismar suçunda mağdurun rızasına her durumda önem atfedilmemiştir. Öyle ki, kanun koyucumuz yalnızca bu suç tipi açısından değil, ceza hukukumuzun harici düzenlemelerinde de kişiyi, kişiye rağmen koruyan bir hukuk sisteminin varlığını kabul etmiş ve bu suretle açıklanan rızanın her durumda hukuka uygun olmayacağına işaret etmiştir. Keza, bir kişinin başka bir kişiden kendi hayatına son vermesi ‘ötanazi’ talebine<sup>231</sup> ilişkin açıkladığı rızası, kanun koyucu tarafından kabul

<sup>225</sup> HOROZGİL, Denizhan, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli’’ TBB Dergisi 2011, s.128 (nakleden Kartal, a.g.e., s.208)

<sup>226</sup> SEVÜK, a.g.e., 249

<sup>227</sup> TANER, a.g.e., s.162 vd.

<sup>228</sup> SEVÜK, a.g.e., s.249

<sup>229</sup> TANER, a.g.e., 163

<sup>230</sup> ÖZMEN, a.g.e., s. 25

<sup>231</sup> AKCAN, Esra Alan, ‘‘Ötanazi’’ İÜHFM C.LXXI, S.1, s.3-26, 2013, s.20

edilmemiştir. Bu nedenle, kanun koyucu çocuğun yüksek menfaatini çocuğun rızasına rağmen öncelikli olarak nazara almış ve sıfır on beş yaş aralığında bulunan çocuğa yönelik vuku bulan tüm cinsel fiilleri suç olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu burada mağdurun rızasının varlığına ya da yokluğuna ilişkin herhangi bir tartışmaya dahi girmemiştir. Keza, kanun koyucu on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış bulunan çocukların da kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemin hukuki anlam ve neticelerini kavrama kabiliyetlerinin gelişmemiş olduğunun tespiti halinde gösterdikleri zımni ya da açık rızalarını kabul etmemiştir. Kanun koyucu burada çocuğun gelişimi ve yaşamsal birikimi cinsel ilişkiyi anlayabilecek düzeyde olsa bile, bedensel ve ruhsal olgunluğunun buna elvermeyeceği görüşündedir.<sup>232</sup>

Farik ve mümeyyiz sayılan on beş ila on sekiz yaş grubunda bulunan çocukların cebir, tehdit, hile ve iradeyi sakatlayan sair bir neden olmaksızın rızaları ile gerçekleştirdikleri cinsel eylemler ise TCK m.103 gereğince suç olarak değerlendirilemeyecek olup, şikayet halinde ise failin TCK m.104 kapsamında sorumluluğuna gidilecektir.<sup>233</sup> Hemen ifade etmek gerekir ki, kanunun buradaki şikayet hakkını mağdurun anne ve babasına da tanımış olması tartışmalara yol açtığı bilinmektedir. Keza, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan şikayet hakkının, farik ve mümeyyiz olan mağdur dışında anne ve babası tarafından da kullanılmasının uygulamada çoğu zaman harici sıkıntılara yol açtığı görülmektedir. Diğer taraftan şikayet hakkının asli sahibinin ise anne ve baba olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Keza, TCK m. 104 kapsamında cinsel ilişki sahibinin şikayetçi olmadığı durumda, anne ve babasının şikayeti yargı erkinin harekete geçmesi için tek başına yeterli olmamaktır. Ancak, on beş yaşını tamamlamış olmakla on sekiz yaşını tamamlamamış olan ve kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi anlama ve hukuki neticelerini kavrama yeteneği yeterince gelişmiş bulunan küçüğün rızası ile gerçekleştirdiği karşılıklı cinsel davranışlarda, küçüğün rızasının hiçe sayılıp, ailesi tarafından gördüğü baskı nedeniyle şikayetçi pozisyonuna sokulması ve kanunun verdiği yetki ile küçüğün velilerinin de şikayetçi konumuna girerek adalet mekanizmasının tıkanıp bir çok somut vaka bulunmaktadır.

---

<sup>232</sup> KARTAL, a.g.e., s.210

<sup>233</sup> SEVÜK, a.g.e., s.286 -287

Nihayetinde, kanun koyucu, eyleme maruz kalan ve farik ve mümeyyiz olan on beş, on sekiz yaş aralığında bulunan çocuğun açıkladığı rızasını eylemin kovuşturulabilirliği açısından nazara alarak söz konusu eylemi suç olmaktan çıkarmamıştır. Keza, kanun koyucu özünde, idrak kabiliyeti gelişmiş bulunan bu yaş aralığındaki çocuğun rızası ile gerçekleştirdiği cinsel eylemin suç olma özelliğini korumuş ve fakat suçun kovuşturulabilmesini ise tartışmalara neden olacak şekilde şikayet şartına bağlamıştır.

Diğer taraftan, kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddeye konu suçun fail ve mağdurunun on iki, on beş yaş aralığında bulunan çocuk olması açısından ise rızaya herhangi bir önem atfetmemiş, hatta bu duruma ilişkin kanunda hiçbir düzenleme dahi yapmamıştır. Keza, bu yaş haddindeki kişilere karşı işlenen her türlü cinsel davranışın re-sen kovuşturulması gereken suçlar arasında saymıştır.

## **I. CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİ EDEN HALLERDEN HAKSIZ**

### **TAHRİK VE HATA**

#### **1. Haksız Tahrik**

Normal bir suç işleyen kimseye kıyasla haksız tahrik içinde suç işleyen kimsenin o anda bulunduğu ruh hali daha farklıdır.<sup>234</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde hüküm altına alınan haksız tahrik, "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezası on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir*" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>235</sup> Bir diğer ifade ile haksız tahrik, "*Failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız hareketleri sonucunda kapıldığı hiddet veya elemin tesiriyle bir tepki suçu işlemesi, işlediği tepki suçunun cezasının da bu nedenle bir miktar indirilmesidir.*"<sup>236</sup> Burada hiç şüphesiz ki suça konu hareketi gerçekleştiren

<sup>234</sup> Demirbaş, a.g.e., s.408

<sup>235</sup> KANGAL, Zeynel, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, EÜHFD, Y.2010, C.14, S3-4, s.32

<sup>236</sup> AYDIN, Devrim, **Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik**, AÜHDF, Y.2005, C.54, S.1, s.226

kişinin fiili ile mağdur tarafça ortaya çıkarılan haksız eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.<sup>237</sup> Ancak, tahriki meydana getiren hareketin ise doğrudan suça konu hareketi gerçekleştiren kişiye karşı vuku bulması gerekli değildir. Keza, söz konusu haksız eylemin, failin yakını olan bir başka kimseye yönelik olması da mümkündür.

Cinsel istismarın haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği ise tartışmalı bir konudur.<sup>238</sup> Keza, haksız tahrik, mağdur tarafından, failin kapıldığı elem ve öfke ile suç işlemesi şekli olduğuna göre, cinsel istismar suçu açısından failin haksız tahrik altında suçu gerçekleştirdiğinin kabulü mümkün görünmemektedir. Öyle ki, burada tepki duyulan eylem ile fail tarafından meydana getirilen suç arasında bir oran olması gerektiğini belirten görüşler olduğu gibi,<sup>239</sup> haksız fiile konu eylem ile suça konu eylemi gerçekleştirenin fiili arasında nitelik bakımından ayniyet olması gerektiğini ifade eden görüşler de vardır.<sup>240</sup> Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü ise, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve nihayetinde mağduru çocuk olan cinsel istismar suçunda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı yönündedir.<sup>241</sup> Öyle ki, haksız bir fiilin cinsel istismarı tetikleyebilecek şekilde elem ve öfke yarattığının kabulü çok güçtür. Keza, bu yönde bir kabul, failde meydana gelen intikam duygusu nedeniyle gerçekleştirdiği cinsel istismar suçunun, fail lehine haksız tahrik hükmünün tatbik edilmesi sonucunun doğmasına imkan sağlayacaktır.

## 2. Hata (Yanılma)

Hata, kısaca netice ile irade arasında çıkabilecek farklı sonuçların irade lehine halledilmesi kuralıdır.<sup>242</sup> Hata halinde failin sorumsuzluğuna ilişkin kural, 5237 sayılı kanununun 30. maddesinin 1 ve 4. fıkralarında hüküm altına alınmış olup, buna göre hata; *“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali*

<sup>237</sup> CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; YENERER ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7.Baskı, Beta, İstanbul, 2011, s.434

<sup>238</sup> TANER, a.g.e., s.216

<sup>239</sup> CANTEL; ZAFER; ÇAKMUT, a.g.e., s.216 -217 ve s.314 -315

<sup>240</sup> ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Ders Kitabı**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2013

<sup>241</sup> Yargıtay 5. CD'nin vermiş olduğu 29.03.2006 Tarih ve 2006/402 E., 2006/2577 K. sayılı Kararı için bkz., ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.372, dipnot no:63

<sup>242</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN Ahmet; ALAŞAHİN, Mehmet Emin; ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.569 vd.

*saklıdır.*'' şeklinde ifade edilmiştir. İlgili hükmün 2. ve 3. fıkralarında ise suçun nitelikli hallerine ilişkin, ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran hususlara yönelik hata halleri düzenlenmiştir. Hatanın failin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için, failin hatasının esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Keza, fail hatada bulunmasa idi hakkında tatbik edilecek hükümde bir değişiklik söz konusu olmayacaksa, bunun esaslı bir hata olmadığı kabul edilecektir. Örneğin, on yedi yaşında sandığı partnerinin aslında on altı yaşında olması durumunda, failin hatasının (yanılmasının) bir önemi olmayacaktır. Failin, reşit olmayanla cinsel ilişki açısından esaslı olmayan bir yanılgıya düştüğü kabul edilecek ve bu nedenle hakkında tatbik edilecek olan hükümde bir değişiklik olmayacaktır.<sup>243</sup>

Cinsel istismar suçunda hatayı, on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış bulunan eyleme maruz kalanın kabulü ve yaşı yönünden iki şekilde ele almak mümkündür. Bir önceki cümlede belirtilen yaş aralığında bulunan küçüğün rızasının var olduğuna yönelik hata halinde cinsel istismar suçu söz konusu olmayacaktır. Bunun kabulü ise ancak söz konusu eylemi gerçekleştirenin hatasının esaslı sayıldığı hallerde mümkün olabilecektir. Bir başka ifade ile, failin fiil üzerinde kaçınılmaz bir hatası olması gerekecektir. Bu durumda failin eylemi, suça ilişkin kastı olmayışı nedeniyle cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.<sup>244</sup> Görünüşte rızanın söz konusu olduğu hallerde ise, failin cinsel istismardan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.<sup>245</sup>

Mağdurun yaşı ile ilgili hata konusu ise daha karmaşıktır. Keza, mağdurun yaşının on sekizden küçük ancak on beş yaşından büyük olduğunu düşünen ve mağdur ile rıza dahilinde cinsel ilişkide bulunan failin, gerçekte on dört yaşında olan küçük ile cinsel ilişki yaşamış olması durumunda fail hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mı yoksa reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mı veya hatasının esaslı olduğu gerekçesiyle hakkında hiçbir ceza tayinine gidilmeyeceğine ilişkin konu

---

<sup>243</sup> ERMAN, Ragıp Barış, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, T.C İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, (Erişim) <https://www.ulusaltezmerkezi.net/yanilmanin-ceza-sorumluluguna-etkisi/> 27.04.2020, s.26

<sup>244</sup> ŞEN, a.g.e., s.377

<sup>245</sup> ÖZMEN, a.g.e., s. 26,

tartışmalıdır. Bu duruma ilişkin doktrinde<sup>246</sup> şu şekilde açıklık getirilmeye çalışılmıştır. ‘Failin, on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış bulunduğunu düşündüğü kişi ile rıza dahilinde gerçekleştirdiği cinsel ilişki sonrasında küçüğün gerçek yaşının on dört olduğunu öğrenmesi durumunda fail hakkında esaslı yanılma nedeniyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sorumluluğuna gidilemeyecektir ancak fail, cinsel ilişkide bulunduğu kişinin on sekiz yaşını tamamlamadığını da bildiği ve bu hususta kastı da tam olduğu için, şikayet halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından sorumluluğuna gidilebilecektir. Dolayısıyla fail burada işlemek istediği suçun bütün unsurlarını bilerek gerçekleştirmiş ve fakat buna ek olarak başka bir suçun maddi unsurunu ise kastı olmaksızın yerine getirmiştir.’ Öyle ki, doktrinin bu yöndeki değerlendirmesinin yerinde bir tespit olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Keza, böyle bir durumda, failin hatasının esaslı olduğu kabul edilecek ise de, küçüğün on sekiz yaşını tamamlamadığını bildiği gerçeği ise ötelenemeyecektir. Nihayetinde, doktrinin son derece yerinde olan tespitinden sonra fail hakkında ceza tayinine gidilemeyeceğine ilişkin tartışmaya ise girmenin bir anlamı kalmayacaktır.

## J. YAPTIRIM

Yaptırım, suç sonucunda ortaya çıkan ve suçu işleyene karşı uygulanan bir kavramdır.<sup>247</sup> Cinsel istismar suçunun yaptırımı, söz konusu suçun hüküm altına alındığı TCK’nın 103. maddesinde belirtilmiştir.<sup>248</sup> Buna göre, suçun basit şekli açısından fail hakkında sekiz yıldan on beş yıla kadar, suçun sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar ceza tayinine gidilecektir. Suçun nitelikli halinin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde, fail hakkında alt sınırı on altı yıldan aşağı olmamak üzere ceza tayinine gidilecektir.<sup>249</sup> Cinsel istismar suçunun mağdurunun on iki yaşından küçük olması durumunda suçun

<sup>246</sup> ERMAN, Ragıp Barış, a.g.e., s.104

<sup>247</sup> DEMİRBAŞ, a.g.e., s.524 vd.

<sup>248</sup> ERSÖZOĞLU, Haydar, **Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu**, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk ABD., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.157, 158

<sup>249</sup> SAVAŞCI, a.g.e., s. 103

basit şekli açısından fail hakkında on yıldan az, sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda ise beş yıldan az cezaya hükmedilmeyecektir.

Diğer taraftan, söz konusu suçun failinin çocuk olması durumunda, 5395 sayılı ÇKK hükümleri<sup>250</sup> ve TCK m. 31’de düzenlenen yaş küçüklüğüne ilişkin hükmün tatbik edilerek ceza tayinine gidilmesi gerekecek olup, sarkıntılık eylemini gerçekleştiren kişinin de çocuk olması durumunda ise, suçun soruşturulması veya kovuşturulması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine tabi olacaktır. Öyle ki, çocukların cinsel istismarı suçunda erteleme ve adli para cezasına ilişkin hükümler ise uygulanmamaktadır. Cinsel istismar suçunda, ceza yaptırımını yerine alternatif yaptırım modellerinin uygulanabileceğine ilişkin bir takım görüşler sunulmuş olup,<sup>251</sup> karşılaştırmalı hukukta bunun örneklerini görmek mümkündür.<sup>252</sup>

Bu modellerin en bilindiği ve en tartışılanı fail hakkında kimyasal kastrasyon uygulanmasıdır. Modelin, özellikle cinsel suçları işlemek hususunda bu eylemi bir alışkanlık haline getirmiş veya pedofil olarak nitelendirilebilen kişilere yönelik uygulandığı bilinmektedir. Örneğin, Danimarka’da çocuklara karşı işlenen cinsel suç faileri hakkında kimyasal kastrasyon uygulaması 1989 yılından beri devam etmektedir. Ancak, söz konusu uygulama, failin rızasına bağlı olup, re-sen gerçekleştirilememektedir. Her ne kadar bir kısım devletlerin hukuk sistemlerinde bu şekilde alternatif yaptırımlara yer verilmiş ise de, kişiyi ıslah etme ve topluma yeniden kazandırma amacı olan iç hukuk düzenimiz açısından ise böyle bir uygulamanın mümkün kılınamayacağını, kılınsa da mevcut duruma herhangi bir katkı sağlamayacağını söylemek mümkündür. Keza, bir taraftan kişiyi ıslah edip, yeniden topluma kazandırma amacı güdülürken diğer taraftan ise failin vücut bütünlüğüne yönelik bir girişimde bulunmak, toplumun üzerinde mutabık kalacağı ve ikna olacağı bir yaptırım modeli olmayacaktır.

---

<sup>250</sup> ÖZMEN, a.g.e., s.629 vd.

<sup>251</sup> Kimyasal Kastrasyonu öngören yasa teklifi Adalet Alt Komisyonunda kabul edilmiş fakat TBMM Genel Kurulunda kabul edilmemiştir. İlgili metin için bkz. (Erişim) [www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf), 29.04.2020

<sup>252</sup> Avrupa ve uluslararası Düzenlemelerde Çocukların Cinsel İstismarına İlişkin Hükümler ve Değerlendirmeler için bkz. <http://www.sanat.fr/Ic/Ic21/Ic2010.html>, (erişim tarihi: 28/11/2013) (nakleden Kartal, a.g.e., s.237)



## K. ZAMANAŞIMI

Devletin, belirli bir sürenin geçerek faili cezalandırma yetkisinin sora erdiği duruma zamanaşımı denilmektedir.<sup>253</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde dava zamanaşımı tanımlanmış olup, aynı maddenin 6. fıkrasında ise çocukların mağdur olduğu durumlara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.<sup>254</sup> TCK m. 66/6'nın; '*Zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*' şeklinde hüküm altına alındığı görülmüştür.

Söz konusu düzenleme, henüz idrak kabiliyeti gelişmemiş bir zamanda kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel istismarın farkında olmayan çocuğun idrak kabiliyetini haiz yaşa geldiğinde suçu ve failini ortaya çıkarmasını sağlayan ve bu uğurda çocuğa imkan tanıyan bir düzenlemedir.<sup>255</sup> Düzenleme hiç şüphesiz ki çocuğun yararını gözetilen bir düzenlemedir. Keza, bu suçun, dava zamanaşımında belirtilen çocuklar üzerinde egemen ve söz sahibi olan kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda, zamanaşımının, eyleme maruz kalan küçüğün on sekiz yaşını bitirdikten sonra işlemeye başlaması bunu açıkça ortaya koymaktadır.<sup>256</sup> Çocuğa karşı cinsel istismar suçunun ağırlaşmış haline konu hükmünde belirtilen kişilerin çocuk ile beşeri ilişkilerinin süregelen zamanda da devam edebileceği nazara alındığında, dava zamanaşımına ilişkin sürenin yalnızca çocuğun idrak kabiliyeti açısından değil, bu kişilerin hüküm ve nüfuzundan kurtulması muhtemel yaş aralığının da dikkate alınarak düzenlendiği görülmektedir. Öyle ki, çocuk, kendisine karşı gerçekleştirilen istismarın artık suç olduğunu kavrayabilecek durumda olup ancak failin bakım ve gözetiminde, dolayısıyla onun nüfuzu altında kalmaya devam ediyor olabilir. Bu nedenle, on altı

<sup>253</sup> DEMİRBAŞ, a.g.e., s.697 vd.

<sup>254</sup> CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.512

<sup>255</sup> TANER, Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zaman Aşımı**, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.77

<sup>256</sup> BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.460

yaşında idrak kabiliyeti gelişen çocuk, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin farkında olmasına rağmen, söz konusu eylemden yasal mercileri haberdar edemeyebilir.

Diğer taraftan, TCK m.103/3 hükmünde belirtilen kişilerin, her zaman çocuk ile aralarında hüküm ve nüfuz ilişkisinin varlığını da ispat etmek mümkün olmayabilir. Keza, kanun koyucunun burada TCK m.103/3 hükmünde belirtilen kişilerin, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar eyleminde çocuk üzerinde peşinen hüküm ve nüfuz sahibi kimseler olduğuna işaret ettiği ve aynı kanunun 66/6. fıkrası ile de mağdur çocuğu korumaya ilişkin bir düzenleme yolunu tercih ettiği görülmüş ise de, zamanaşımına ilişkin hükmün çocuklar yönünden daha açık ve geniş yorumlanamayacak bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin, mağdur çocuğun annesi veya babasının çocuk üzerindeki hüküm ve nüfuzu çok daha rahat kabul edilebilecekken, öğretici, sağlık hizmeti veren kişilerin ise çocuk üzerindeki hüküm ve nüfuzu tartışılabilir.<sup>257</sup>

## L. MUHAKEME

Cinsel istismar vakalarının soruşturulması, suçun mağdurunun çocuk olması nedeniyle yetişkinlerden farklı bir usule sahiptir. Cinsel istismar suçunun işlendiği hususunda şüphe duyulan veya böyle bir suçun işlendiğini bilen kimse, duruma ilişkin ivedilikle yetkili makamları bilgilendirdikten sonra, soruşturma makamınca eyleme maruz kaldığı iddia edilen küçükle hiçbir temas edilmeksizin, küçüğün üniformasız bir kolluk görevlisi tarafından sivil bir otomobille çocuk izlem merkezine (ÇİM) intikal ettirilmesi suretiyle süreç başlatılmaktadır.<sup>258</sup> Bu evrede, eyleme maruz kaldığı iddia olunan çocuğun ifadesinin alınması, küçüğe soru sorulması gibi ihtiyaç duyulacak olan işlemlerin ifası için hazır bulunması gereken cumhuriyet savcısı, avukat ve kolluk mensuplarının ÇİM’de buluşması gerekmektedir. Mağdur çocuğun ifadesine başvurulurken ses ve görüntü açısından yalıtımı yapılmış camlı oda veya ifadede hazır bulunanların mağdurun beyanlarını kamera vasıtasıyla görüp, duyabileceği harici bir oda da ifade işleminin takip edilebilmesi sağlanmalıdır. Eyleme

<sup>257</sup> TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 324

<sup>258</sup> YELDAN, Ali; TANERİ, Gökhan, **Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut**, 1.Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2017, s.122 vd.

maruz kaldığı iddia olunan çocuğun ifadesine kamera kaydı eşliğinde, adli görüşmeci tarafından başvurulması gerekmektedir. Soruşturma aşamasında küçükle iletişime geçecek ve kendisine soru soracak ilgililerin ise sorularını adli görüşmeci marifetiyle sormaları gerekmektedir. Küçüğün menfaatinin gözetildiği ve üstün yararının esas alındığı bu usulde, delil elde etme, mağdurun beyanı, kurumlar arası koordinasyon gibi sair nedenlerle, suçun soruşturulması sürecinde yaşanabilecek tahribatın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Çocuk izlem merkezleri, yalnızca cinsel istismar suçu açısından değil, mağduru çocuk olan tüm suçlar açısından faaliyete geçirilmiş merkezlerdir. ÇİM'ler, 04.10.2012 tarih ve 28431 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan<sup>259</sup> 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesinde; *Ülkemizde istismara uğrayan çocuk veya ailesinin yaşanan olumsuzlukları pek çok sebeple gizleme eğiliminde olduğu, bu sebeple de istismara uğrayan çocuğa verilmesi zorunlu olan hukuki, tıbbi, ruhsal ve sosyal desteğin aksayabildiği tespiti yapılmıştır. Mağdur çocukların; kolluk kuvvetleri, adli merciler ve sağlık kurumları tarafından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu süreçte yaşadıklarını defalarca dile getirmek zorunda bırakılmaları, gizliliğin yeterince sağlanamaması ve ilgili kurumlarda çocuk mağdur ile görüşme yapanların çocuğun ruhsal durumunu gözeterek görüşme yapabilecek yeterlilik ve birikime sahip olmaması gibi haller de, çocuğun uğradığı travmanın daha da şiddetlendiği ve bu nedenle, "Çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin, bu alanda eğitimli kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığına bağlı kurum ve hastanelerde amaca hizmet edebilecek çocuk izlem merkezlerinin kurulması ve bu merkezlerin işleyişinin Sağlık Bakanlığınca koordine edilmesi gerekli görülmüştür."* ifadeleriyle, ÇİM'lerin varlığına duyulan ihtiyaç, amaç ve nedenler açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, uygulamada ÇİM'lerin bulunduğu il veya bölgelerde dahi çocuk mağdurların bu merkezlere götürülmesi yerine, pedagoğ eşliğinde kolluğun çocuk birimlerinde kamera kaydı alınmak suretiyle ifadesine başvurulmaktadır. Keza, aynı

<sup>259</sup> (Erişim) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121004-5.htm> 30.04.2020

çocuk daha sonra, avukat, cumhuriyet savcısı ve pedagog tarafından yeniden dinlenilmektedir. Çocuğun yeniden dinlenmesinden sonra ise üçüncü kez kamera eşliğinde bir kez daha aynı olaya ilişkin beyanı alınmaktadır. Öyle ki, çocuğun ifadesine başvuran pedagog kişinin ise, özellikle küçük yerleşim yerlerinde ilköğretim okullarında görev yapan rehber öğretmenlerden temin edildiği bilinmektedir. Keza, soruşturma makamlarının, şüpheli hakkında, özünde pedagog dahi olmayan ve bu suretle kanunun aradığı niteliklere sahip bulunmayan bir kimsenin beyanını referans almak suretiyle işlem yaptıkları birçok vaka örneklerine rastlanmaktadır. Oysa CMK, ÇKK ve 2012/20 sayılı Başbakanlık genelgesinde çocuğun beyanının nasıl alınması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmektedir.<sup>260</sup>

Ülkemizde kırk iki (42) şehirde toplam kırk beş (45) çocuk izlem merkezi bulunmakta olup,<sup>261</sup> bu merkezlerin bulunmadığı yerlerde ise Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 19.11.2018 tarih ve 170 numaralı genelgesi ile<sup>262</sup> kırk dokuz (49) şehirde, elli altı (56) adliyede, elli dokuz (59) adli görüşme odası (AGO) temini yoluna gidilerek, çocuk mağdurların beyanlarının adli görüşme odalarında kanuna ve genelgeye uygun bir şekilde alınması gerektiği ifade edilmektedir. Diğer taraftan, adli görüşme odalarının 01.11.2020 tarihi itibarıyla sayılarının yetmiş (70) şehirde, seksen altı (86) adliyede, doksan (90) odaya çıkarıldığını belirtmek gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun gerek basit hali, gerekse de nitelikli hali yetkili makamlarca doğrudan soruşturulan bir suç tipidir.<sup>263</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, bu suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış olması ise mağdurunun, velisinin veya vasisinin şikayetine tabidir.<sup>264</sup> İstismarın basit şekline ilişkin yargılamalarda Asliye Ceza Mahkemeleri görevli olup, nitelikli haline ilişkin davalarda ise Ağır Ceza

<sup>260</sup> YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe; YILDIZ, Ali Kemal; ALTUNÇ, Sinan; ULUTÜRK, Hande, **Ceza Adalet Sistemi Mevzuatı**, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s.505

<sup>261</sup> (Erişim) <https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>, 30.04.2020

<sup>262</sup> (Erişim) <https://ailevecalisma.gov.tr/media/4977/170-sy-genelge-cocuk-ve-kadnlara-karsi-islennen-cinsel-suc-sorusturmaları-2-1.pdf>, 30.04.2020

<sup>263</sup> AKCAN, Esra Alan, “**Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler**” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, s.3949 – 3997

<sup>264</sup> CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9.Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s.213 vd.

Mahkemeleri görevlidir.<sup>265</sup> Diğer taraftan, suçun basit şekline ilişkin dava ağır ceza mahkemesinde açılmış ise, bu mahkeme CMK m. 6<sup>266</sup> gereğince artık görevsizlik kararı vermeyecektir. Ancak, üst dereceli mahkemede açılması gereken bir dava alt dereceli mahkemede açılmış ise, alt dereceli yargı yerinin dosyadan el çekerek görevsizlik kararı ile dosyayı üst dereceli görevli mahkemeye göndermesi gerekmektedir.<sup>267</sup> Cinsel istismar suçu mağduru çocuğun duruşması CMK m. 182 gereğince kapalı yapılabilecektir.<sup>268</sup> Keza bu konuda duruşmanın kapalı ya da açık yapılmasına ilişkin kanunda kesin bir düzenleme yoktur. Söz konusu hüküm, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılması gerekliliğini genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak zorunlu kıldığı durumların varlığına bağlamış olup, aynı kanunun 185. maddesinde ise, sanığı çocuk olan bu suça ilişkin duruşmanın ise kapalı yapılacağı hüküm altına almıştır.

Öyle ki, aynı suç tipine ilişkin yargılamada sanığın çocuk olması durumunda kesin kapalılık söz konusuysen, çocuk mağdura ilişkin ise böyle bir düzenlemeye gidilmemiş olması tartışmalara neden olmuştur. Keza, çocuğun kovuşturma aşamasındaki beyanı alınırken rahat hareket etmesi, mahkemenin olayı daha doğru ve anlaşılır bir şekilde tahlil etmesine katkı sağlayacaktır. Öyle ki, yargılamanın başladığı tarihte on sekiz yaşından küçük olup ancak hükmün kurulduğu tarihte on sekiz yaşını ikmal eden çocuk sanık hakkındaki hüküm de kanunun amir hükmü gereğince açık duruşmada tefhim edilmektedir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.<sup>269</sup> Oysa, burada gerek mağdur çocuğun gerekse de sanığın çocuk olduğu durumlarda korunan yüksek yarar, çocuk koruma kanunun güttü onarıcı adalet amacı, çocukların tekrar topluma kazandırılmaları gibi sair hususlar gözetilmeksizin, yargılama aşamasında on sekiz yaşını dolduran bu kişilerin bir anda yetişkin kabul edilerek aleni bir sürece

<sup>265</sup> KUNTER, Nurullah; YENİSEY Feridun; NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s.567 vd.

<sup>266</sup> ÖZTÜRK, Bahri; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SIRMA, Özge; SAYGILAR, F. Yasemin; ALAN, Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.187 vd.

<sup>267</sup> YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.570 - 575

<sup>268</sup> ÖZMEN, a.g.e., s.334

<sup>269</sup> Yargıtay 14. CD.'nin 30.05.2012 Tarih, 2012/8998 E., 2012/6190 K. sayılı kararı için bkz. (Erişim) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 30.04.2020

sokulması, çocuk mağdurun bir kez daha mağdur olmasına, çocuk sanığın ise başta lekelenmeme hakkı olmak üzere birçok hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır.

Çocukların cinsel istismarına ilişkin yargılamalarda mahkemeler talep üzerine veya re-sen, kendi uzmanlık alanlarının dışında kaldığı için mağdur ve sanık hakkında adli tıp kurumundan rapor talep etmektedirler. Özellikle bu suçun hem mağdurunun hem de failinin çocuk olduğu durumlarda, suça sürüklenen çocuğun gerçekleştirdiği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayıp kavrayamadığı hususun tespitine ilişkin adli tıp kurumundan rapor talep edilmektedir. Mahkemeler her ne kadar SSC'nin durumunun tespitine ilişkin rapor tanzimi yoluna başvursalar da, gelen raporlar çoğu zaman taraflardan birinin aleyhine olduğu için, cumhuriyet savcısının, vekilin, müdafinin veya taraflardan birinin itirazları nedeniyle, yeniden rapor tanzimine ilişkin taleplerle karşılaşmaktadırlar. Gaye hiç şüphesiz ki yargılamaya konu somut olayın tüm çıplaklığıyla ortaya çıkarılmasını sağlamak ise de, yeniden rapor tanzimine ilişkin süreç uygulamada çoğu zaman yargılamaya konu çocukların itiraz nedeniyle bir kez daha adli tıp kurumuna gönderilmelerine ve bu çocukların tekraren mağdur olmalarına neden olan bir süreçtir. Eklemek gerekir ki, ikinci kez adli tıp kurumuna gönderilen çocuklar hakkında artık adli tıp kurumunun konu ile ilgili ihtisas dairesi değil, adli tıp kurumunun genel kurulunca bir karar verilmektedir.

Diğer taraftan, adli tıp kurumunun hangi ihtisas dairesinin hangi vakaya bakacağı ilgili kanun ve yönetmelikle düzenlenmiş olup,<sup>270</sup> çocuklara ilişkin vakalarda kurumun altıncı (6) ihtisas dairesi görevli kılınmıştır. Keza, dairenin söz konusu raporu hangi usul ve şartlar ışığında tanzim edeceği ise Adli Tıp Kurumu Kanunu ve Uygulama Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Keza, ATKK m. 15/b '*İhtisas dairelerince oybirliği ile karara bağlanmamış olan işleri...*' şeklinde hüküm altına alınmış olup, aynı kanunun 23/c maddesinin birinci cümlesi ise '*Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları lüzum gördüğü hallerde kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili bulunan evrakın onanmış örneklerini mahallinden isteyebileceği gibi aslı üzerinde de inceleme yapması zorunlu olduğunda bunları da isteyebilir....*' şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte

---

<sup>270</sup> (Erişim) <https://www.atk.gov.tr/mevzuat-veri-tabani.html#kanunlar> 30.04.2020

adli tıp kanununun açık ve amir hükmüne rağmen, uygulamada çocuk sanık veya mağdurun, ihtisas dairesinin oybirliğiyle verdiği kararlara rağmen, mahkemelerce bir kez daha fiili olarak adli tıp kurumuna gönderildikleri, mahkemelerin bu şekilde ara kararlar oluşturduğu bilinmektedir. Oysa, ATKK'nun yukarıda belirtilen amir hükmünden de anlaşılacağı üzere, ihtisas dairesinin oybirliğiyle tanzim edilen raporuna konu çocuğun, aynı talep ve gerekçeyle ATK genel kuruluna sevk edilemeyeceği ifade edilmektedir. Keza, bu uğurda mahkemenin aksi yönde karar vermesi halinde, kuruma fiili olarak çocuğun değil, yargılamaya konu dava dosyasının onaylı sureti veya aslının gönderilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Cinsel istismar suçu 2006 yılına kadar ilgili kanunumuzda uzlaşmaya tabi bir suç olarak yerini almıştı. 2006 yılında 5560 sayılı kanunla bu düzenlemeden vazgeçilerek, 26.09.2009 tarih ve 5918 sayılı kanun ile, *uzlaşmaya tabi bir suçun uzlaşma yolu kapalı olan başka bir suç ile birlikte işlenmesi halinde, uzlaşmaya ilişkin hükümlerin tatbik edilmeyeceği* ifade edilmiş ve nihayetinde kanun koyucunun bu konudaki düzenlemesiyle durum pekiştirilmiştir.<sup>271</sup> Diğer taraftan, çocukların cinsel istismarı davalarında<sup>272</sup> 6284 sayılı *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* kapsamında suçtan zarar gören sıfatıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın da bu davalara müdahil olabileceği kanun yirminci (20.) maddesinde hüküm altına alınmıştır. Keza, gerek Bölge Adliye Mahkemeleri gerekse de Yargıtay'ın, mağduru çocuk olan davalarda adı geçen bakanlığın söz konusu davadan haberdar edilmeyip, davaya katılma hususundaki beyanına başvurulmamış olmasını<sup>273</sup> ‘‘bozma’’ nedeni olarak değerlendirdiği bilinmektedir.

Nihayetinde, ceza muhakemesinde ve uygulamada ötelenen bir kavram olan mağdur haklarının, özellikle mağduru çocuk olan cinsel istismar suçları açısından olağanüstü bir öneme sahip olduğu şüphesizdir. Keza, gerek mağdur çocuk açısından gerekse de fail veya suçun failinin çocuk olduğu durumlarda suça sürüklenen çocuk

<sup>271</sup> YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe; YILDIZ, Ali Kemal; ALTUNÇ, Sinan; ULUTÜRK, Hande, **Ceza Adalet Sistemi Mevzuatı**, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 625

<sup>272</sup> KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU, a.g.e., s. 386 vd.

<sup>273</sup> İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesi'nin 27.09.2017 Tarih, 2017/2892 E., 2017/1844 K. sayılı ilamı için bkz., (Erişim)

<https://www.karara.com/forum/viewtopic.php?t=298607> 30.04.2020

açısından gerçekleştirilen yargılama sürecinde mağdur çocuğa ilişkin daha etkin bir korumanın sağlandığı görülmektedir.

Öyle ki, çocuk mağdurun kendisini korumaya yönelik bütün düzenlemelerden faydalanma ve bu hakları talep etme imkanı olduğu gibi, kanunun amir hükmü kapsamında talebinin dahi aranmaksızın kendisine sağlanması zorunlu olan bir kısım hak ve imkanlardan yararlandırılması gerektiği noktasında herhangi bir duraksama yaşanmamalıdır.<sup>274</sup>

Ekleme gerekir ki, mağdur haklarının, Türkiye'nin 1985 yılında taraf olduğu 1983 tarihli *şiddet suçları mağdurlarının zararlarının tanzim edilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesi ile de güvence altına alındığı bilinmektedir.*<sup>275</sup> Sözleşme, taraf devletlerin hepsine, mağdurların uğradıkları bütün zararları tazmin etme yükümlülüğü getirmektedir. Keza, bu sözleşmeyi takip eden süreçte gerek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin gerekse de Birleşmiş Milletlerin mağdur haklarına ilişkin gerçekleştirdiği birçok deklarasyonlarının da bulunduğu belirtmekte fayda vardır.

---

<sup>274</sup> AKCAN, Esra Alan, “**Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri**” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Güz 2015, s.5-44

<sup>275</sup> ÖZBEK, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4.Bası, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2012, s. 877vd.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

#### I. GENEL OLARAK

Çocukların istismarını düzenleyen ülkelerin bu konuyu çeşitli şekilde ele aldıkları görülmüştür. Keza, çocukların cinsel istismarının görünülerinden biri olan tecavüzün, kimi ülkelerde bir kimseye rızası olmaksızın organ ithal edilmesi şeklinde düzenlenmişken, kimi ülkelerde ise çocuk üzerindeki her türlü cinsel davranışın ırza geçme ile eş değer olduğu şeklinde kabul edildiği bilinmektedir.<sup>276</sup> Bununla birlikte, örneğin; Almanya ve İsviçre, ırza geçme eyleminin yalnızca kadına karşı gerçekleştirilebileceğini savunmuşken, Türk hukukunda ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda fail ve mağdur açısından herhangi bir cinsiyet ayırımına gidilmemiştir. Ülkeler arasındaki bir başka farklı yaklaşım ise yaş küçüklüğü durumudur. Hemen belirtmek gerekir ki, Almanya, Avusturya, İngiltere, Danimarka ve İsviçre’de çocuğun cinsel istismarı ayrı bir suç olarak düzenlenmişken, İtalya’da ise mağdurun çocuk olması suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak hüküm altına alınmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, İtalya yaş küçüklüğünü suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak nazara alırken, diğer ülkeler ise yaş küçüklüğünü suçun unsuru olarak kabul etmişlerdir. Cinsel ilişkiye rızanın kabul edileceği yaş sınırının da ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği görülmektedir. Örneğin, İspanya on iki yaşını, Almanya on dört yaşını, Avusturya ve Belçika on beş yaşını, İngiltere ise on altı yaşını dolduran kişilerin cinsel ilişkiye karşı açıklanan rızalarını geçerli kabul etmektedir.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan, **Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku’nun Geleceği**, s.1019 – 1098, bkz., (Erişim) <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-Mustafa-Ruhan-ERDEM.pdf> 30.04.2020

<sup>276</sup> Report du Senat, ‘‘Les Abus Sexuels Sur Mineurs’’, <http://www.senat.fr/Ic/Ic21/Ic2010.html>, erişim tarihi: 28.11.2013. s.1vd. (nakleden Kartal, a.g.e., s.91)

<sup>277</sup> Report du Senat, ‘‘Les Abus Sexuels Sur Mineurs’’, <http://www.senat.fr/Ic/Ic21/Ic2010.html>, erişim tarihi: 28.11.2013. s.1vd. (nakleden Kartal, a.g.e., s.91)

Çocukların cinsel istismarını suç olarak düzenleyen ülkelerin bu konuyu farklı şekillerde ele aldıkları görülse de, hepsinin ortak noktası çocuğa karşı gerçekleştirilecek her türlü cinsel davranışın suç olarak kabul edilmesi ve faillerinin ağır yaptırımlarla karşılaşmasıdır.<sup>278</sup> Çalışmamızın bu bölümünde çeşitli ülke hukuklarını irdelemeye ve bu ülkelerdeki çocuk istismarına ilişkin düzenlemeleri incelemeye çalıştık. Burada incelenen ülkeleri İtalya, Almanya, İsviçre, Danimarka ve İngiltere şeklinde sıralamak mümkündür.

## A. İTALYAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

Çocukların cinsel istismarı ve pedopornografi ile mücadele, İtalyan ceza hukukunda öteden beri büyük önem taşıyan ve tartışılan konular arasında yer almaktadır.<sup>279</sup> İtalyan ceza hukukunda çocuklarla ilgili bir çok hüküm bulunmakta olup, biz ise yalnızca çalışma konumuz olan çocukların cinsel istismarının İtalyan ceza hukukundaki düzenleniş şeklini ele almakla yetineceğiz. Ancak, İtalyan ceza hukukunda söz konusu suç tipi dışında, *çocuk fuhuşu*, *çocuk pornografisi*, *çocukların cinsel sömürüsü amacıyla ticareti* gibi hükümlerinde çocuk mağdurlarla ilgili önemli düzenlemeler arasında yer alan hükümler olduğunun bilinmesinde yarar olduğunu ifade etmek gerekmektedir.<sup>280</sup>

İtalyan ceza kanununda cinsel suçlara ilişkin altı madde bulunmaktadır.<sup>281</sup> Bunlardan ilki ve en genel düzenleme olan hüküm, cinsel saldırıya ilişkin 609-bis maddesidir. Bu maddeye göre; “*Her kim cebir veya tehdit veya otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya zorlarsa 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

---

<sup>278</sup> KARTAL, a.g.e., s.90 vd.

<sup>279</sup> EVİK, Vesile Sonay, **Çocuklar ve Suç – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, 4.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.477 vd.

<sup>280</sup> ELSA, for children Final Report, ELSA Italy, s.641 – 711 (nakleden Kartal, a.g.e., s.98)

<sup>281</sup> AKSOY, Ö. S., **Cinsel Saldırı Suçu** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 29

1) *Fiil sırasında mağdurun fiziksel veya psikolojik zayıflığından yararlanarak,*

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

3) *Fiilin hafifliği hallerinde ceza üçte ikisine kadar indirilir.*<sup>282>></sup>

Kanunun bu hükmünde çocuklarla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamakta olup, devamı maddesi olan 609-ter maddesinde ise cinsel istismara uğrayan çocuklara ilişkin düzenleme yer almaktadır. İtalyan ceza kanunda cinsel saldırının çocuklara karşı gerçekleştirilmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlemiş olup, buradaki ceza aralığı ve suçun unsurları ise çocukların yaş aralığı nazara alınarak hüküm altına alınmıştır. İlgili madde; ‘609-bis maddesindeki fiiller,

1) *14 yaşını bitirmemiş kişilere karşı*

2) *16 yaşını bitirmemiş kişilere karşı olup da üst soy, alt soy, ebeveyn, evlat edinen veya vasi tarafından işlendiğinde,*

3) *Fiil ağır şiddetle veya hareketlerin tekrarlanması nedeniyle fiilden dolayı küçükte ağır bir zarar meydana gelmişse,*

*Hapis cezası 6 yıldan 12 yıla kadardır.*

*Fiil 10 yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlenmiş ise, ceza 7 yıldan 14 yıla kadardır.*<sup>283>></sup>

---

<sup>282</sup> Art. 609-bis. Violenza sessuale. ‘‘Chiunque, con violenza o minaccia o mediate abuso di autorita, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali e punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1)abusando delle condizioni di inferiorita fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2)traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravita la pena e diminuita in misura non eccedente i due terzi.’’ Madde için bkz. <http://www.altalex.com/index.php?dnot=36774>., (nakleden Kartal, a.g.e., s. 98)

<sup>283</sup> Art. 609-ter. Cirostanze aggravanti. La pena e della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all’articolo 609-bis sono commessi: 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;

şeklinde düzenlenmiş olup, görüldüğü üzere İtalyan ceza kanunu çocuklara yönelik cinsel istismar eylemini çocuğun bulunduğu yaşa ve suçu gerçekleştirenin bulunduğu konuma (hukuki statüye) göre kademeli olarak cezalandırma yolunu benimsemektedir.

İtalyan ceza kanununda çocukların cinsel istismarına ilişkin en önemli düzenleme “*Küçüklerle cinsel davranışlar*” başlığı altında düzenlenmiş olan 609-quater maddesidir.<sup>284</sup> Keza, bu maddenin 3. fıkrası, çocukların birbirlerine karşı sergiledikleri cinsel davranışları hüküm altına almaktadır. Buna 609-ter/3; ‘609bis maddesinde öngörülen haller dışında 13 yaşını bitirmiş bir küçükle cinsel davranışlarda bulunan küçük, aralarındaki yaş farkı üçü aşmıyorsa cezalandırılmaz. Fülün hafifliği hallerinde ceza üçte ikiye kadar indirilir. Mağdur 10 yaşını bitirmemişse 609-ter maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ceza uygulanır.’<sup>285</sup>,”

- 
- 2) con l’uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;
- 3) da persona travisata o che simula la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;
- 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;
- 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l’ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore.
- 5 bis) all’interno o nelle immediate vicinanze di istituto d’istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa.(1)
- 5 ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza; (2)
- 5 quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che sulla stessa persona e o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza(2);
- 5 quinquies) se il reato è commesso da persona che fa parte di un’associazione per delinquere e al fine di agevolare l’attività; (3)
- 5 sexies) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a lusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci. Madde için bkz., <http://www.altalex.com/index.php?dnot=36774>., (nakleden Kartal, a.g.e., s. 99)

<sup>284</sup> TANER, a.g.e., s.272,

<sup>285</sup> art 609-quater. Atti sessuali con minorene. “Soggiace alla pena stabilita dall’articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

- 1) non ha compiuto gli anni quattordici;
- 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo, una relazione di convivenza. (1) Fuori dei casi previsti dall’articolo 609-bis, l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza, o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest’ultimo una relazione di convivenza, che, con l’abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con la persona minore che ha compiuto gli anni

şeklinde düzenlenmiş olup, burada 609-bis ve 609-ter maddelerinden farklı olarak iradeyi etkileyen herhangi bir zorlayıcı neden olmaksızın meydana gelen cinsel davranışların 13 yaşını tamamlamış küçükle karşılıklı rıza dahilinde gerçekleştirilmesi ve bu kişiler arasındaki yaş farkının üçten fazla olmaması halinde, bunların birbirlerine yönelik cinsel davranışlarının cezalandırılmayacağı belirtilmektedir.

Çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışların ne suretle çözümleneceğine ilişkin hükümler, İtalya ve İsviçre ceza kanunlarında yer almakta olup, Türkiye, Almanya, Danimarka ve İngiltere ceza kanunlarında ise, çocuklar arasındaki cinsel davranışlara yönelik herhangi bir düzenlemeye gidilmediği, söz konusu ülkelerde, kendi iç hukuklarına göre belirlenen yaşın altında bulunan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların suç olarak kabul edildiği görülmektedir. Keza, içeriğine girilmemekle birlikte, Fransız, Belçika, Avusturya ceza kanunlarının da çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışların ne suretle çözümleneceği hususunda herhangi bir düzenlemeye sahip olmadıkları, kendi iç hukuk normlarına göre belirlenen yaş haddinin altındaki çocuklar arasında karşılıklı rıza dahilinde vuku bulan cinsel davranışların cezalandırıldığı bilinmektedir.<sup>286</sup>

Çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışlar, Türk Ceza Kanunu açısından da ele alınması gereken, bu tür davranışlarda bulunan çocukların hangisinin fail, hangisinin mağdur olduğu hususunda tartışmalara neden olan ve uygulamada büyük sıkıntılara yol açan önemli bir konudur. Keza, çocukların bir takım merak duygusu ile gerçekleştirdikleri eylemlerin çok ciddi cezalar ile yaptırma tabii kılındığı bilinmektedir. Öyle ki, kanun koyucu, TCK m.103/2’de, on beş yaşının altında bulunan kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin mağdurun rızasına herhangi bir değer atfetmeyip, söz konusu eylemin failini her halde cezalandırma yolunu seçtiği görülmektedir. Ancak kanun koyucu bu suç tipinde suçun

---

sedici, e punito con la reclusione da tre a sei anni. (2) Non e punibile il minorrenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minorena che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di eta tra i soggetti non e superiore a tre anni. Nei casi di minöre gravita la pena e diminuita in misura non eccedente i deu terzi. (3) Si applica la pena di cui all’articolo 609-ter, secondo commo, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.” Madde için bkz., <http://www.altalex.com/index.php?dnot=36774>, (nakleden Kartal, a.g.e. s.100)

<sup>286</sup> KARTAL, a.g.e., s.92 -106

failinin de on beş yaşını tamamlamamış bir kişi olabileceğini nazara almamış veya gözden kaçırmıştır. Keza, on beş yaşını doldurmamış ve fakat karşılıklı rıza dahilinde gerçekleştirilen cinsel davranışlarda kanunda, fail ve mağdurun nasıl belirleneceği, hangisi hakkında nasıl bir hükmün tatbik edileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir.

İtalyan ceza kanunu, 609-quater maddesi ile, on üç yaşını tamamlamış küçük çocuğun cinsel davranışlara karşı açıkladığı rızasına ilişkin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sonuç bağlamasa da, suçun niteliğini değiştiren önemli bir etki tanımıştır. Keza, İtalyan kanun yapıcısının, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların sosyal bir gerçek olduğunun bilincine vararak buna ilişkin ceza kanunlarındaki ilgili düzenlemeyi yaptığı görülmektedir.<sup>287</sup> Buna göre, 13-16 yaş veya 14-17 yaş aralığında olan çocukların birbirleri arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışlarının cezalandırılmayacağı hüküm altına almıştır. Keza, İtalyan ceza kanununa göre 14 yaşından büyük olan çocukların ise cinsel özgürlüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir.

Türk Ceza Kanununda bu konuya ilişkin boşluk, ikinci bölümde mülga 434. madde üzerinde durulurken, o dönemdeki eski adıyla, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından düzenlenen yargıda durum analizi toplantılarında çocuk yaşta yapılan batıl evliliklerden doğan bazı sorunlara ilişkin 434. madde benzeri bir düzenleme ile<sup>288</sup> cezanın kaldırılması suretiyle bu konuda ortaya çıkan mağduriyetin engellenmesi önerildiği ifade edilmiştir. Oysa çözümün, mülga 434. maddeyi yeniden canlandırarak giderilemeyeceği açıkça ortadadır. Keza, burada ceza kanunun topluma ayak uydurması değil, çağın ruhuna uygun, modern ve toplumsal yaşamın gereklerine cevap veren, çocuklar arasında merak ve harici duygular ile rızaları dahilinde gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkin yeni bir düzenleme yapmaktır. Öyle ki, on iki, on beş yaş aralığında bulunan çocukların, söz konusu cinsel eylemlerini birinin diğerinden faydalanmak amacıyla gerçekleştirdiği düşünülmemelidir. Bu konuda

---

<sup>287</sup> Kanunun yapıldığı dönemlerde çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların tamamen serbest bırakılması ve varsayılan cebir üzerine kurulu olan eski sistemin olduğu gibi kalmasına yönelik taleplere muhatap olan kanun koyucu, sonunda ortalama bir yol seçerek bu formülü geliştirmiştir. Bkz., **VENEZIANI**: s.223 ve 224. (nakleden **TANER**, a.g.e., 291)

<sup>288</sup> HSYK'nın 434. madde düzenlemesine ilişkin önerisi için bkz., **TANER**, a.g.e. s. 294.

aşağıda incelenecek olan diğer ülke ceza kanunları arasında, Türk Hukuk sistemine en yakın ve uyarlanması en muhtemel olan ceza kanununun İtalyan Ceza Kanununun 609-quarter/3 maddesi olduğu görülmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunu hüküm altına alan 104. maddesinin ilk şeklinde eylemi gerçekleştiren kişiler ile eyleme maruz kalan kişiler açısından 5 yaş fark sınırının referans alındığı bilinmekte ise de, ilgili maddenin bu kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.<sup>289</sup> Keza, kanun yapıcı yabancı ülke kanunlarının sistematüğını yeterince incelemeksizin, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkin yaş farkı sorununu, doğru elbiseyi yanlış kişiye giydirmek suretiyle aşmak istemiştir. İtalyan ceza kanununda çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışlar cezalandırılmazken, Türk Ceza Kanunu'nun iptal edilen 104/2. maddesinde ise ceza vermemek değil, aksine, daha ağır bir ceza verilmesi yolu benimsenmektedir.

## **B. ALMAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI**

Çocukların cinsel istismarı, Alman Ceza Kanunu'nun on üçüncü bölümünde '*Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*' başlığı altında düzenlenmiş olup, söz konusu hükümler kanunun 174, 176, 176a, 176b, 180 ve 182. maddelerinde hüküm altına alınmışlardır.<sup>290</sup> Alman Ceza Kanunu, çocuklar konusunda oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir. Keza, kanun, çocuklarla ilgili tıpkı İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi kademeli bir yaş silsilesi benimsemiştir. Kanunda bu kademe, on dört yaşını tamamlamamış olanlar, on altı yaşını tamamlamamış olanlar ve on sekiz yaşını tamamlamamış olanlara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin farklı şekilde cezalandırılacağı şeklinde benimsenmiştir.<sup>291</sup> Alman Ceza Kanunu rızanın değer tanındığı yaşı on dört yaş olarak belirlemiştir. Kanunun 174. maddesinde ise bu yaş sınırı, cinsel istismar, küçüğün himayesi altında bulunan kimse tarafından gerçekleştirilmiş ise, on altı ila on sekiz yaş şeklinde belirlenmiştir. Kanun, rızasına

<sup>289</sup> Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 Tarih, 2005/103 E., 2005/109 K. sayılı İptal Kararı İçin bkz., (Erişim) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225-6.htm> 30.04.2020

<sup>290</sup> YENİSEY, Feridun; Plagemann, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s.240 vd.

<sup>291</sup> TANER, a.g.e., s.268

hukuki sonuç tanınan on altı ve on sekiz yaşlarında olan küçüğün, üzerinde nüfuz sahibi olan kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel istismarına ilişkin daha korumacı bir düzenlemeye sahiptir..

Alman Ceza Kanununda konuya ilişkin en önemli düzenlemelerden biri de, çocukların cinsel istismarına teşebbüs suçunun, suçun tamamlanmış cezası ile cezalandırmasıdır.

Alman Ceza Kanunu'nun 176. maddesinde on dört yaşını tamamlamamış olan küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin fail hakkında altı ila on yıl arasında değişebilecek olan hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmektedir. Cinsel davranışlardan anlaşılması gerekenin ise, çocuğun üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar ile, çocuğun kendi üzerinde veya başka biri üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmesinin sağlanması şeklinde ifade edilmektedir. Kanun, bu suçlar bakımından dava zamanaşımını ise çocuğun on sekiz yaşını doldurduktan sonra başlayacağını hüküm altına almaktadır. 176a ve 176b maddeleri ise, suçun nitelikli hallerine ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. 176a maddesi çocukların ağır cinsel istismarını düzenleyen, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hale benzer bir düzenlemedir. 176b maddesi ise, TCK 103/6. fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir düzenleme olan, mağdurun ölümü halinde fail hakkında uygulanacak hükme ilişkin bir düzenlemedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 182. maddesinde yaşları yakın genç kişiler hakkındaki cinsel davranışların, hukuka aykırılık niteliği taşıyan biçimi öngörülmektedir. Buna göre, gençlerin cinsel istismarı başlığına sahip bu düzenlemede, on sekiz yaşını tamamlamış bir kişinin henüz on altı yaşını tamamlamış olan bir kişiye içinde bulunduğu zor durumu kullanarak menfaat karşılığında cinsel davranışlarda bulunmaya zorlaması düzenlenmektedir.<sup>292</sup> Maddenin ikinci paragrafında on dört, on sekiz yaş arasındaki gençlerin cinsel istismar suçu düzenlenmiş olup, buna göre, yirmi bir yaşını tamamlamış bir kişinin, on altı yaşını tamamlamamış bir kişiyi cinsel olgunluğa ulaşmamış olmasından faydalanarak

---

<sup>292</sup> YENİSEY; PLAGEMANN, a.g.e., s.256



istismar etmesi düzenlemektedir.<sup>293</sup> Kanunun bu hükmünün uygulanabilmesi için failin, mağdurun cinsel olgunluğa ulaşmamış olmasından faydalanması gerekmekte olup, bunun ise her somut olay açısından ispatı gerektiği ifade edilmektedir.

Alman Ceza Kanunu da her ne kadar İtalyan Ceza Kanun'undaki gibi mağdur ile failin yaş aralıklarının referans alınacağı kademeli bir ceza düzenlemesine gitmiş ise de, Alman kanun koyucu, İtalyan kanun koyucunun, ceza kanununun 609-quarter/3 maddesinde hüküm altına aldığı gibi, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Dolayısıyla, Alman Ceza Kanunu da özünde çocukların cinsel istismarı suçunu rıza hilafına işlenebilen bir suç olarak değerlendirmiş ve çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda çocuğun açıkladığı rızasına değer atfetmemiştir. Alman kanun yapıcının, söz konusu düzenlemesiyle tıpkı Türk Ceza Kanununun on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış grupta yer alan çocuğun, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi kavrayabilme yeteneğinin gelişip gelişmediğinin tespitine ve failin buna göre cezalandırılacağına ilişkin benzer bir düzenleme yoluna giderek ‘*mağdurun cinsel olgunluğa erişip erişmediğinin*’ tespiti yolunu tercih ettiği anlaşılmaktadır.

### **C. İSVİÇRE CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI**

Çocukların cinsel istismarını düzenleyen 187. madde, İsviçre Ceza Kanunu'nun cinsel bütünlüğe karşı suçlar başlığı altında düzenlenmektedir.<sup>294</sup> İsviçre ceza kanunu bu düzenlemesiyle çocuğun cinsel gelişimini korumayı amaçlamıştır. Keza, kanun koyucu, çocuğun cinsel gelişiminin kendi iradesine bırakılmayacağını düşündüğü için çocuklara özel bir düzenleme yoluna gittiğini söylemek mümkündür.<sup>295</sup> İsviçre ceza kanununa göre çocukların cinsel davranışlara rıza göstereceği yaş sınırı on altı olarak belirlenmiş olup kanunun, bu yaşın altında bulunan kişiler ile üstünde bulunan kişiler olmak üzere ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir.

---

<sup>293</sup> TANER, a.g.e., s.293.

<sup>294</sup> POZO Jose Hurtado; Droit Penal, Partie speciale, Schulthess, 2009, s.825 (nakleden Kartal, a.g.e., s.95)

<sup>295</sup> CORBOS, Les Infractions en droit suisse, s.784 – 785; TRECHSEL, RJB 1993, s. 588 (nakleden Kartal, a.g.e., s.95)

İsviçre Ceza Kanunu'un 187. maddesinin ikinci fıkrası, İtalyan Ceza Kanunu'nun 609-quarter/3 maddesi ile benzer bir düzenlemeye sahiptir. Keza, gerek İtalyan Ceza Kanununda gerekse de İsviçre Ceza Kanununda eylem sahibi kişi ile eyleme rıza gösteren kişi arasındaki yaş farkı üç yaşı aşmıyorsa, bu kişiler hakkında herhangi bir ceza tatbik edilmemektedir. Bu düzenleme, çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların ne suretle çözümleneceğine ilişkin her iki ülke kanununda da yapılmış olan çok önemli düzenlemelerdendir. Keza, Türk Ceza Kanununda çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların nasıl çözümleneceği hususunda ne yazık ki açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İsviçre Ceza Kanununda bir diğer önemli konu da kanunun 187/3. maddesinde hüküm altına alınmaktadır. Çocuk sevgililer veya aşıklar olarak da tanımlanan söz konusu madde, eylemi gerçekleştirenin eyleme maruz kalanı evlenme vaadiyle aldatması durumunda fail ile mağdur arasında sonradan evlilik gerçekleşse dahi, İsviçre Ceza Kanunu faili cezalandırabilmektedir.<sup>296</sup> Ancak, fail ile mağdur, cinsel ilişkiden önce İsviçre dışında başka bir ülke hukukuna göre evlenmişlerse, bu durumda İsviçre makamları evliliğin kabulü ile fail hakkında herhangi bir yaptırıma gitmediğini belirtmek gerekmektedir.

#### **D. DANİMARKA CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI**

Çocukların cinsel istismarı suçu Danimarka Ceza Kanunu'nda adaba karşı suçlar arasında düzenlenmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçunun, adaba karşı suçlar bölümünde ırza geçme ve diğer cinsel suçlar şeklinde, birden fazla düzenleme içinde ele alındığı görülmektedir. Danimarka Ceza Kanunu'na göre çocuklar üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Kanun, çocukları sıfır ila on iki yaşını tamamlamamış olanlar, on iki yaşını tamamlamış ancak on beş yaşını tamamlamamış olanlar ve on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış olanlar olmak üzere, ceza müeyyidesinin ağırlığına göre üç bölümde kategorize etmektedir.

---

<sup>296</sup> POZO, Droit penal partie speciale, s.833; CORBOZ, Les infractions en droit suisse Volume, I, s.793 (nakleden Kartal, a.g.e., s.96)

Danimarka Ceza Kanunu'nda da, Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi çocuğun rızasına değer atfedilmemiş olup, çocuklar arasında rızaya binaen gerçekleşen cinsel davranışların suç teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır.

Danimarka Ceza Kanunu'nun ırza geçme başlığını ihtiva eden 216. maddesi, on beş yaşının altında bir kişiye karşı gerçekleştirilen ırza geçme fiilinin altı yıldan başlayan hapis cezası ile cezalandırılacağını hüküm altına almaktadır. Bu suçların kanunun 216 ile 224. maddeleri arasında düzenlendiği görülmektedir. Kanunun 217. maddesinde ise, suçun nitelikli haline ilişkin eylemlerin cezasının on yıla kadar çıkarılabileceği ifade edilmektedir. Nitelikli hale örnek olarak ise eylemi gerçekleştirenin konumunun verdiği imkanı kullanması veya küçük üzerine tehlikeli bir duruma neden olması gibi hususlar gösterilebilmektedir. Kanunun 216. maddesi daha genel bir madde olup, bu madde hem on beş yaşının altında bulunan çocukları hem de reşit olan kişileri kapsamaktadır. Irza geçme başlığı altında düzenlenen 222. maddesinin ise yalnızca on beş yaşından küçüklere yönelik her türlü cinsel davranışı hüküm altına aldığı görülmektedir.<sup>297</sup>

Danimarka'da çocuklara karşı işlenen cinsel suçların failleri hakkında kimyasal kastrasyon uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulama 1989 yılından itibaren ülkedeki ilgili suç failleri hakkında uygulanmakla birlikte, söz konusu uygulamanın ise herhangi bir yasal dayanağı olmadığı bilinmektedir. Keza, kimyasal kastrasyonun bu suçun her failine uygulanmadığı, bunun zorunlu olmadığı, bu nedenle bu yöntemin ancak rıza gösteren failleere karşı uygulanabileceği ifade edilmektedir. Öyle ki, ülkede uygulanan tek tedbir bu da değildir. Cinsel suçluların çocukların bulunduğu park, havuz, plaj, okul, okul bölgeleri, oyun bahçesi ve benzeri yerlere girmelerinin yasaklandığı bir tedbir türü daha bulunmaktadır. Bu yasaklara uymayan kişi hakkında ise dört aydan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmedilmektedir.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> KARTAL, a.g.e., s.106 -107

<sup>298</sup> Avrupa ve uluslararası düzenlemelerde çocukların cinsel istismarına ilişkin hükümler ve değerlendirmeler için bkz., (Erişim) <http://www.senat.fr/Ic/Ic21/Ic210.html> 28.11.2013 (nakleden Kartal, a.g.e., s.107)

## E. İNGİLİZ CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

İngiltere’de çocukların cinsel istismarı suçu diğer ülkelere nazaran daha farklı bir öneme sahiptir. Bunun en önemli nedenlerinden biri de tarihsel süreç içerisinde çocuk istismarının oldukça yaygın olmasıdır. bu nedenle İngiliz kanun koyucu çocuk istismarı ile mücadeleyi çok ciddiye almış ve buna ilişkin ayrıntılı bir kanuni düzenlemeye gitmiştir. Öyle ki, kanun koyucunun 1956 tarihinden 2003 yılına kadar bu konu ile mücadeleye ilişkin beş farklı kanun çalışması yaptığı bilinmektedir.<sup>299</sup> Bu kanunlar, *1956 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu, 1967 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu, 1975 tarihli Seks Ayrımcılığı Kanunu, 1985 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu ve 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunudur.* 2003 Cinsel Suçlar Kanunu’nun hepsi çocuklara özgü olmamakla birlikte, ağırlıklı olarak çocuklara karşı işlenen fiillere ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Kanun üç bölüm ve 142 maddeden oluşmaktadır. Kanunun 1. bölümünün 5 ila 29. maddeleri arasında çocuklara karşı işlenen cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

İngiliz hukukunda çocuğun cinsel ilişkiye rıza yaşı on altı olarak tespit edilmiştir.<sup>300</sup> Bu yaşı tamamlamış kişi ile rızası dahilinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar herhangi bir yaptırıma tabi kılınmamaktadır. Diğer taraftan kanunun 5 ila 8. maddeleri arasında düzenlenen, on üç yaşını doldurmamış bulunan küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel istismar ile diğer cinsel saldırılara ilişkin yaptırımların ise ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alındığı görülmektedir.<sup>301</sup>

Burada belirtilen yaşa kadar olan çocuklara tecavüz veya cinsel saldırıda failin erkek olması gerekmektedir. Keza, tecavüzü öngören 5. madde, erkeğin cinsel organının mağdurun vajina, anüs ya da ağızına kasten sokulması suretiyle suçun oluşacağını hüküm altına almaktadır.<sup>302</sup>

<sup>299</sup> İngiliz Cinsel Suçlar Yasaları ile ilgili bkz., <http://www.legislation.gov.uk/all?title=sexual%20offences%20act>, erişim tarihi: 15.01.2014 (nakleden Kartal, a.g.e., s.108)

<sup>300</sup> ORMEROD David, Smith and Hogan’s Criminal Law, 13th Edition Oxford University Press, 2011, s.757 (nakleden Kartal, a.g.e., s.108)

<sup>301</sup> ORMEROD, Smith and Hogan’s Criminal Law, s.754 – 757 (nakleden Kartal, a.g.e., s.108)

<sup>302</sup> İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu’nun 5. Maddesi ifadesi şu şekildedir: 5 Rape of child under 13

“(1) A person commits an offence if –

(a) He intentionally penetrates the vagina, anus or mounth of another persoon with his penis,  
and

İngiliz Ceza Kanunu da, incelenen diğer ülke kanunları gibi, fail hakkında, mağdurun bulunduğu yaş gurubuna göre ceza tayinine gidilmesine ilişkin yolu tercih etmektedir.

Kanunun 9 ila 15. maddelerinde on sekiz yaşından büyük bulunan kişinin on altı yaşını doldurmamış veya on üç yaşını tamamlamamış olan küçüğe karşı gerçekleştirdiği eylemler düzenlenmiş olup, bunlara ilişkin ceza aralığı ise 14 yıl şeklinde hüküm altına alınmıştır. Son grupta ise on sekiz ila on üç yaşındaki çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel eylemler düzenlenmektedir.

İngiliz ceza kanununun ikinci bölümündeki 9 ila 15. maddeleri arasında bulunan ve ‘‘Çocuk Seks Suçları’’ olarak düzenlenen kısımda, kanunun 9 ila 12. maddelerinde hüküm altına alınan suçların, on sekiz yaşının altında bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, kişinin on sekiz yaşında olsa idi bu suçlardan verilecek cezadan indirim yapılarak hakkında cezaya hükmedileceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemenin, TCK m. 31’de hüküm altına alınan ‘‘Yaş Küçüklüğü’’ düzenlemesine benzer bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

İngiliz Ceza Kanunu’nda çocuklara yönelik sergilenen bu türden eylemler görüldüğü üzere ömür boyu hapis cezasına varan ağır yaptırımlar ile karşılanmaktadır. Öyle ki, gerek Türk Ceza Kanunu’nda, gerekse de incelenen diğer ülkelerin ceza kanunlarının hiçbirinde çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin bu ölçüde ağır bir ceza öngörülmemektedir. İfade etmek gerekir ki, İngiliz Ceza Kanunu’nun çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapmayıp, failin alacağı cezada indirim yolunu benimsemesi ve cinsel istismar suçunun failinin yalnızca erkek olabileceğine ilişkin düzenlemesi tartışmalı olmakla birlikte, belirli bir yaş sınırının altındaki çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun failleri hakkındaki ömür boyu hapis cezasına ilişkin düzenlemenin ise, dünyanın bir çok yerinde maalesef henüz bebek denilecek kadar küçük yaştaki kişilerin uğradıkları

---

(b) The other person is under 13

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life’.

Kanun için bkz, <http://www.legislation.gov.uk/all?title=sexual%20offences%20act>, erişim tarihi:15.01.2014 (nakleden Kartal, a.g.e., s.109)

cinsel istismar vakaları da nazara alındığında, son derece isabetli olduğu kanaatindeyim.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türkiye tarafından onaylanan ve yürürlüğe giren Lanzarote Sözleşmesi'nin (*Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi*) 3. maddesine göre çocuk, 18 yaşını bitirmemiş kimsedir. Sözleşmenin, çocuk ve cinsel istismar kavramlarına ilişkin BM Çocuk Hakları Sözleşmesine paralel bir düzenleme yaptığını söylemek mümkündür. Lanzarote Sözleşmesinin 18. maddesine göre cinsel istismar, “ *Ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak; çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak;*

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

Taraf devletler için iç hukuk normu haline gelen<sup>303</sup> sözleşmenin ilgili maddesinden de anlaşılabilir üzere cinsel istismar, cinsel erginlik yaşına gelmemiş küçüğe karşı sergilenen bütün cinsel fiilleri, cinsel erginlik yaşına gelmiş çocuk açısından ise yalnızca rızaya dayalı olmayan cinsel faaliyetleri ifade etmektedir. Lanzarote Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında; “*Aynı maddenin 1.a) fıkrası hükümlerinin, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik olmadığı*” belirtilmiş olup, aynı maddenin son fıkrasında ise; “*İki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin kapsam dışı olduğunun...*” ifade edilgi görülmüştür.

---

<sup>303</sup> (Erişim) <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/cocugun-cinsel-istismari-suclarinda.pdf>  
01.05.2020, s.11 vd.

Önemli ve ayrıntılı hükümler içeren sözleşme ile Türk Ceza Kanunu'nun paralellik gösterdiği düşünülse de, sözleşmenin kapsam dışında tuttuğu, "*İki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki*" durumu, TCK m. 103'te hüküm altına alınmamıştır.

Bu durumun, Türkiye'nin taraf olduğu Lanzarote Sözleşmesi ile çelişkili olduğunu ifade etmek gerekecektir. Keza, Lanzarote Sözleşmesi'nin bahsi geçen maddesinde, iki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışları kapsam dışında tutması, taraf devletlerin, iki küçük arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel davranışları cezalandırmaları için değil, aksine, sözleşmeye taraf devletlerin, bu konuya ilişkin yaş haddini kendi toplumsal değerlerine, alışkanlıklarına, kültür ve demografik yapılarını nazara alarak çağın gereklerine ve çocuğun yüksek menfaatinin nazara alınacağı düzenlemeler yapılmasına ilişkin tanınan bir hareket alanıdır. Bir başka ifade ile, sözleşmenin buradaki suskunluğu, bu uğurda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş olması, taraf devletlerin de suskunluğu anlamına ve bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yapmayacağı dolayısıyla, iki küçük arasında rızaya dayanan cinsel davranışların cezalandırılması gerektiği gibi bir anlam taşımamaktadır. Öyle ki, sözleşmenin tarafı olan ülkelerden İtalya ve İsviçre'nin, sözleşmenin kendilerine tanıdığı bu hareket alanını kanun yapıcı marifetiyle kendi iç hukuk düzenlerine göre dikkate aldığı ve buna ilişkin yasal düzenlemeyi gerçekleştirdikleri görülmüştür.

Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 103/2. fıkrası Lanzarote Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gibi, AİHS'nin<sup>304</sup> 1. maddesinde hüküm altına alınan "*İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü*" hakkına ilişkin maddesine, 6. maddesinde hüküm altına alınan "*Adil Yargılanma Hakkına*" ilişkin maddesine, 7. maddesinde hüküm altına alınan "*Cezaların Kanuniliği*" maddesine, 14. maddesinde ifade edilen "*Ayrımcılık Yasağı*" hükmü ile Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "*Kanun Önünde Eşitlik*" hükmüne,<sup>305</sup> 41. maddesinde hüküm altına alınan "*...Çocuk Haklarına*" ilişkin hükmüne ve 2. maddesinde hüküm altına alınan, "*Cumhuriyetin Temel Nitelikleri*

<sup>304</sup> YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU Ayşe; YILDIZ, Ali Kemal; ALTUNÇ, Sinan; ULUTÜRK, Hande, **Ceza Adalet Sistemi Mevzuatı**, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s.149

<sup>305</sup> (Erişim) [http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/normkarar/basvuru\\_karari/2019-35.pdf](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/normkarar/basvuru_karari/2019-35.pdf)  
01.05.2020, s.1 - 4

*Arasında Sayılan Adalet Anlayışı ile İnsan Haklarına Saygılı Devlet'' anlayışını ihtiva eden hükümlerine açıkça aykırıdır. Keza, TCK m.103/2 hükmü, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan 'Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi'' düzenlemesine de açıkça aykırı olduğu gibi, ilgili hüküm, TCK m. 2/3'de ifade edilen 'Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi'' hükmüyle çelişmektedir. Keza, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası ise, özetle; 'Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerinin kanunlar ile eşdeğer hükümler olduğunu, kanunlar ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında çıkabilecek bir uyumsuzluk halinde ise, uluslararası sözleşme hükümlerinin tatbik edilmesini... hüküm altına almış olup,<sup>306</sup> hal böyleyken, yukarıda belirtilen kanunların amir hükümleri ışığında Türk Ceza Kanunu'nun 103/2. fıkrasının, kanun koyucu tarafından revize edilmesi gerektiği açıkça ortadadır.*

Öyle ki, bu yasal boşluğun neden olduğu yargı kararlarının kamu vicdanını yaraladığı gibi, uygulamada da çok büyük sıkıntılara neden olduğu bilinmektedir. Keza, on beş yaşından küçük her iki çocuğun sırf merak duygusuyla rızaları dahilinde karşılıklı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlarda kimin fail kimin mağdur olduğunun tespiti konusunun tartışmalara neden olduğu aşikardır ve fakat, bu durumdaki çocuklardan kanunun lafzından hareketle uygulama da ne yazık ki daima erkek olanın fail olarak yargılandığı görülmektedir. On beş yaşından küçük suça sürüklenen çocuk hakkında her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğüne ilişkin maddesi tatbik edilmekte ise de, çocukların nitelikli cinsel istismarına ilişkin suçu düzenleyen kanun hükmünde belirlenen cezanın alt sınırının 16 yıl olduğu gerçeği nazara alındığında, kanundaki yasal boşluk, yargılanan çocuklar açısından telafisi imkansız zararlara neden olmaktadır. Nihayetinde, bir taraftan çocuğun yüksek menfaatini korumayı amaçlayan kanun koyucu, bir başka taraftan ise yine çocuk olan diğer kişinin mahvına neden olabilmektedir.

Bu duruma ilişkin gerek yerel mahkeme bazında gerekse de yüksek mahkeme nazarında iki somut örnek vermek gerekirse, Örneğin, Muğla 1. Ağır Ceza Mahkemesine konu somut bir olayda, on beş yaşından küçük iki çocuğun karşılıklı merak duygusu ve rıza ile aralarında gerçekleşen cinsel davranışlara konu olayda

---

<sup>306</sup> ÖZMEN, a.g.e., s.85



Başsavcılık Makamınca tanzim edilen iddianamede kanun amir hükmü gereğince eylemin suç olduğu ifade edilmiş ve failinin ise (SSÇ) erkek çocuk olduğundan hareketle çocuk hakkında iddianame tanzim edilmiştir. Yargılanan küçüğün, yargılama süreci içinde hakkında düzenlenen çeşitli raporlar ile nihai adli tıp raporunda ‘‘çocuğun gerçekleştirdiği eylemin idrak kabiliyetinin yeterli ölçüde gelişmediği’’, bir başka ifade ile SSÇ’nin farik ve mümeyiz olmadığı belirtilmiş ve sonuç olarak davaya konu suç tipine ilişkin yerel mahkeme tarafından çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığı şeklinde karar verilmiştir.

*Oysa, karşılıklı rızası ile cinsel davranışlarda bulunan mağdur hakkında ise yargılama süresince tanzim edilen bütün raporlarda, mağdur küçüğün gerçekleştirdiği eylem açısından farik ve mümeyiz olduğuna yönelik tespit yapılmıştır. Algılama yeteneği gelişmiş olan kız çocuğun mağdur, algılama yeteneği gelişmemiş olan erkek çocuğun ise suça sürüklenen çocuk (Fail) sıfatıyla yargılanması, TCK m.103/2 deki yasal boşluğun çocukların ne tür bir çıkmaza sokularak ağır cezalarla karşı karşıya bırakıldıklarının ve yargılama süreci boyunca nasıl bir tahribata uğradıklarının somut bir örneğidir.<sup>307</sup>*

On beş yaşından büyük kız çocuğunun on beş yaşından küçük erkek çocuğunun cinsel organını kendisine ithal etmesi olayında ise, yüksek mahkeme, kanunun lafzından hareketle, *suçun nitelikli halinin oluşması için kız çocuğa organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerektiğini ancak somut olayda söz konusu organ sokma eyleminin değil, organ sokturma eyleminin gerçekleştiği...* gerekçesiyle, on beş yaşından büyük kız çocuğu hakkında suçun basit şekline göre hüküm kurmuştur. Oysa, somut olayda mağdur erkek ile SSÇ’nin yerleri değiştirildiğinde, bir başka ifadeyle yargılananın erkek çocuk olduğu durumda, erkek çocuk hakkında, suçun basit şeklinden değil, suçun nitelikli haline ilişkin hükmün tatbiki yoluna gidilecekti.

İfade etmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu’nun 103/2. maddesindeki kanuni boşluk, ilk derece mahkemelerinin somut norm denetimi yoluna başvurarak<sup>308</sup> veya

<sup>307</sup> Yargıtay 14. CD. 08.10.2013 tarih, 2013/7470 E., 2013/10226 K., sayılı kararı için bkz. TANER, a.g.e., s.47

<sup>308</sup> Anayasa mahkemesi’nin 15.05.2019 tarih, 2018/151 E., 2019/36 K. sayılı kararı için bkz., (Erişim) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/13814c10-a3d8-48f4-8484-0d6d76a38d64?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 01.05.2020

kanun koyucu tarafından süreç içerisinde çeşitli kanun tasarıları ile aşılacak istenmiş ise de, gerek tasarının meclisten geçemeyişi gerekse de tasarının mevcut yasal boşluğa cevap vermekten ziyade, çocuğun bir kez daha mağdur olmasına yol açacak hükümleri ihtiva etmesi nedeniyle, bu sorun çözülememiştir. Kaldı ki, bu sorunun çözülmesine ilişkin yetki veya vazife de Anayasa Mahkemesi'nin işi değildir. Yerel mahkemeler her ne kadar talepler doğrultusunda veya re-sen somut norm denetimi mekanizmasını işletseler de, mahkemelerin somut norm denetimine ilişkin gerçekleştirdikleri başvurular, Anayasa mahkemesince yerindelik denetimi yapılamayacağına ilişkin gerekçelerle reddedilmektedir.<sup>309</sup> Burada asli görevli hiç şüphesiz ki kanun yapıcıdır. Dolayısıyla bu durumun yalnızca örf, adet gibi unsurların referans alınması veya günü kurtarmaya yönelik kanun tasarılarının gündeme getirilmesi ya da çözümün yüksek mahkemeden beklenmesinden ziyade, bu konuda gelişmiş devletlerin neler yaptığını ve iç hukuk açısından neler yapılabileceği hakkında kapsamlı ve çağın gereklerine uygun bir çalışma yapılması gerekmektedir.<sup>310</sup>

Diğer taraftan, burada hatırdan çıkarılmaması gereken en önemli nokta kişinin cinsel hürriyet alanının belirlenmesi ile bu uğurda zımni ya da açık şekilde gösterdiği rızasına değer atfedilmesi gerektiği gerçeğidir. Keza, bir kimsenin on sekiz yaşından önce cinsel özgürlüğe sahip olması demek o kimsenin on sekiz yaşından önce evlenebileceği anlamına gelmemelidir. Bir başka ifadeyle, kişinin on sekiz yaşından önce rızası dahilinde cinsel davranışlarda bulunması o kişinin artık evlilik çağına da geldiği şeklinde yorumlanmamalı, kişinin cinsel rüştü ile evlilik rüştünün birbirinden ayrı tutulması gerekmektedir. Nihayetinde, kişinin ne zaman evlenebileceği hususunda referans alınması gereken kanunun ise Türk Medeni Kanunun bu uğurdaki ilgili düzenlemeleri olduğu konusunda herhangi bir duraksama yaşanmamalıdır.

---

<sup>309</sup> Anayasa mahkemesi'nin 15.05.2019 tarih, 2017/135 E., 2019/35 K. sayılı kararı için bkz., (Erişim) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4e9cc6df-10ec-4223-8732-130085f23777?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> 01.05.2020

<sup>310</sup> (Erişim) <http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/04032018BASINACIKLAMASIKITAP.pdf> 01.05.2020, s.14 vd.

Türk Ceza Kanununun 103 maddesinin 1., 2. ve 3/c fıkrası;<sup>311</sup>

*(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasinin şikayetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

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

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

*(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz...*

*(3) Suçun;*

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

*İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

ifadeleriyle hüküm altına alınmış olup, kanun koyucunun, yukarıda tartışılan yasal boşluğu kanuna yeni bir hüküm ihtiva etmek veya mevcut kanun maddesine ek bir fıkra eklemek suretiyle rahatça aşabilmesi mümkün görünmektedir.

---

<sup>311</sup> YENİSEY; NUHOĞLU; YILDIZ; ALTUNÇ; ULUTÜRK, a.g.e., s.281 vd.

## Örneğin;

### **Türk Ceza Kanununun 103 maddesinin 1., 2. ve 3/c fıkrasına ilişkin durum;**

*(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasinin şikayetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

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

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

*(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması (EK CÜMLE) veya mağdurun bu davranışlarda bulunmaya zorlanması<sup>312</sup> suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*

*(EK FIKRA - 1) Bu maddenin birinci fıkrasının ‘a’ ve ‘b’ bendinde sayılan çocuklara karşı, bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen fiilleri gerçekleştiren kişilerin bu maddenin üçüncü fıkrasının ‘c’ bendinde sayılan kişilerden olduğu ve fakat bu kişilerin çocuk olması durumunda, eylemin başındaki karşılıklı rıza ile çocukların farik ve mümeyyiz olup olmadığına ilişkin tespit yapılır. Rıza olsa dahi, farik ve mümeyyiz olmayan çocuk suçun mağduru*

<sup>312</sup> COŞKUN, Ayşen; COŞKUN, Bülent; ÇOLAK, Başar; TANER, Fahri Gökçen; AYDIN, Murat; ACAR, Necla, **Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması İle Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri**, Kocaeli Barosu ve Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği Adli Komisyon Başkanlığı Raporu, s. 41, (Erişim) [https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk\\_istismari\\_oneriler.pdf](https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk_istismari_oneriler.pdf) 10.10.2020

*sayılır. Rızanın varlığı halinde çocukların her ikisi de farik ve mümeyyiz değil ise veya her ikisi de farik ve mümeyyiz ise o halde her iki çocuk hakkında da ceza vermek yerine bu suça özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilir. Rıza yok ise, eylemi gerçekleştiren çocuğun farik ve mümeyyiz olup olmadığına göre sorumluluğuna gidilir. Eylemi gerçekleştiren çocuk farik ve mümeyyiz ise, çocuk hakkında bu kanunda eylemine uyan yasa maddeleri tatbik olunur. Eylemi gerçekleştiren çocuk, farik ve mümeyyiz değil ise hakkında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanır.*<sup>313</sup>

*(EK FIKRA - 2) Bu maddenin birinci fıkrasının ‘a’ bendi ile ikinci fıkrasında düzenlenen fiillerin faillerinin çocuk olması ve bu çocuklar arasındaki cinsel davranışların karşılıklı rıza ile gerçekleştiğinin tespiti ile aralarındaki yaş farkının üçten çok olmaması halinde, ceza vermek yerine bu suça ilişkin güvenlik tedbirlerine hükümlenir. Fiili gerçekleştirenlerin her ikisinin de çocuk olduğu ve aralarındaki yaş farkının üçten çok olduğu durumda ise eylemin failinin ve mağdurunun tespiti, her iki küçüğün de gerçekleştirdikleri fiilin hukuki anlam ve algılama yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine ve rızanın varlığına göre belirlenir. Rıza olsa dahi, algılama yeteneği gelişmemiş olan küçük eylemin mağduru sayılır, her ikisinin de algılama yeteneğinin geliştiği ya da her ikisinin de algılama yeteneğinin gelişmediğinin tespiti halinde rıza da var ise bu çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere ceza tayin edilmez. Rıza yok ise, eylemi gerçekleştiren çocuğun farik ve mümeyyiz olup olmadığına göre sorumluluğuna gidilir. Eylemi gerçekleştiren çocuk farik ve mümeyyiz ise, çocuk hakkında bu kanunda eylemine uyan yasa maddeleri tatbik olunur. Eylemi gerçekleştiren çocuk farik ve mümeyyiz değil ise, çocuk hakkında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanır.*

Yukarıdaki örnek kanun önerisini açmak gerekirse, Örneğin; ikinci fıkraya ek cümle olarak eklenen ‘‘ (EK CÜMLE) veya mağdurun bu davranışlarda bulunmaya zorlanması’’ cümlesi ile hiç şüphesiz ki mağdurun, failin kendisine karşı

<sup>313</sup>Bkz.,s.42(Erişim)[https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk\\_istismari\\_oneriler.pdf](https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk_istismari_oneriler.pdf)  
10.10.2020

gerçekleştirdiği aktif bir hareketle istismar edilebileceği gibi, failin, mağdur üzerinde kuracağı baskı, korku, tehdit vb. davranışlar ile, istismara ilişkin fiilleri mağdurun kendi bedeni üzerinde de yapmasını isteyerek istismar edilebileceğine ilişkin somut durumun kanunda açıkça ifade edilmesi gerektiğine ilişkin duyulan ihtiyaçtır. Keza böyle bir ek cümlenin kanun metninde yer alması, failin hareket açısından pasif konumda kaldığı vakalarda da çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında cezalandırılmasını sağlayacaktır.

**Ek Fıkra 1’i ise şu şekilde ifade etmek mümkündür.** TCK m.103/3 – c hükmü, istismar eyleminin üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından gerçekleştirilmesi halini, suçun failinin üçüncü kişiye göre daha ağır bir ceza alması gerektiği şeklinde hüküm altına almıştır. Söz konusu düzenlemeye kısmen katılmak mümkün ise de, buradaki kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde sayılanlar ile üvey kardeşin de çocuk olabileceği, dolayısıyla böyle bir eylemi gerçekleştiren kişinin çocuk olması durumunda doğrudan hakkında nitelikli halden ceza tatbikinin kanuna aykırı olacağına ilişkin durumun ise nazara alınmamış olması nedeniyle düzenlemenin eksik ele alındığı görüşü hakim olmuştur. Örneğin, 13 ila 14 yaşında iki kardeşin veya kuzenin sırf merak duygusu ile birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların hiçbir araştırma yapmaya gerek duyulmaksızın, kanunun lafzından hareketle yaşı büyük olan çocuğun veya erkek olan çocuğun fail olarak yargılanmasına ve nitelikli halden ceza almasına neden olması kanun mantığı ile uyumsuzdur. Dolayısıyla bu durumun, yukarıda verilen örnek kanun maddesi (fıkrası) ile aşılması mümkündür.

**Diğer taraftan, Ek Fıkra 2’yi ise şu şekilde açıklamak gerekmektedir.** TCK m.103/1-a, 12 ila 15 yaşında bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarda bu çocukların rızasına herhangi bir değer atfetmemektedir. Öyle ki, bu yaş haddindeki kişilerin açıkladığı rızalarının ‘‘rıza’’ olarak değerlendirilemeyeceği keza, buldukları yaş itibarıyla neye rıza gösterdiklerinin dahi farkında olmadıkları, böyle bir şeye karşı rıza gösterecek ruhsal, psikolojik ve yaşamsal olgunlukta olmadıkları belirtilmektedir. Diğer taraftan bu gerekçelerle rızasına değer atfedilmeyen aynı yaş gurubundaki küçüklere ise aynı kanunun maddesi gereğince

şikayet hakkı tanınmaktadır. Nihayetinde, rıza açısından gerekli olgunluğu haiz görülmeyen kişilerin şikayet açısından ise gerekli olgunlukta olduklarının kabul edildiği görülmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, şikayet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak oluşu ve ilgili suç tipi açısından küçüğün bu hakkını kullanabilmesi, hatta bu hakkı doğrudan yalnızca küçüğün kullanabilmesi gerekliliği elbette çok önemli ve vazgeçilemez bir haktır ancak, burada ortaya koyulmak istenen çelişki ise, şikayet hakkını haiz küçüğün, rızasına ise hiçbir değer atfedilmemesine ilişkin çelişkili kanun düzenlemesidir.

Kanunumuzun, cinsel istismar suçuna ilişkin yaş kademelendirmesi dikkate alındığında, 0-12 yaş, 12 -15 yaş ve 15-18 yaş şeklinde üç gruptan söz etmek mümkündür. Küçükler arasında gerçekleşen rızaya dayalı karşılıklı cinsel davranışlarda çocuklar arasındaki yaş farkı üçten çok değil ise, bu küçükler hakkında yargılamaya konu herhangi bir süreç başlatılmayabilir. Örneğin, on iki yaşını tamamlamış ve fakat on beş yaşını tamamlamamış bulunan çocukların bu türden rızaya dayalı eylemleri gibi. Diğer taraftan, Örneğin, bu tür bir eylemi gerçekleştirenlerin yaş aralıkları 10-13 arasında da olabilir. Bu durumda da küçükler hakkında doğrudan ceza sorumluluğuna gidilmemesi gerekmektedir. Keza, on iki yaşının altında bulunan kişinin ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği için 10 yaşındaki fail küçük açısından durum bu şekilde çözüme kavuşacak, 13 yaşındaki diğer küçüğün fail olması durumunda ise, gerçekleştirdiği eyleme ilişkin farik ve mümeyyiz olup olmadığı hususunda yapılacak tespite göre sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Ancak, bu kişilerin her ikisi de 12 yaşının üstünde, aralarındaki yaş farkı üçten çok değil ve birbirlerine karşı sergiledikleri cinsel davranışlarda karşılıklı rıza söz konusu ise, bu durumda her ikisi açısından da yalnızca güvenlik tedbirlerine hükmedilecek olup, cezai sorumluluklarına gidilmeyecektir. Keza, gelişen teknoloji, insanların değişen yaşam alışkanlıkları, çağın kaçınılmaz dinamizmi ve toplumların süreç içerisinde değişen bir takım değer yargıları ile her ne kadar tasvip edilmese de, bu yaş aralığında bulunan ve bir takım merak duyguları nedeniyle birbirleri arasında rızaya dayalı karşılıklı cinsel davranışlar sergileyen çok ciddi bir nüfusun bulunduğu kabulü gerekmektedir.

İlgili tartışmayı üçüncü yaş gurubunda bulunan çocuklar açısından değerlendirdiğimizde, örneğin, üçüncü yaş gurubunda bulunan 17 yaşındaki küçük ile, ikinci yaş gurubunda bulunan 13 yaşındaki çocuğun karşılıklı rıza dahilinde cinsel davranışlarda bulunması durumunda, küçükler arasındaki yaş farkı üçten çok olduğu ve ikinci yaş gurubunda bulunan küçüğe nazaran üçüncü yaş gurubunda bulunan küçüğün yaşı daha yüksek olduğu için, bu grupta bulunan 17 yaşındaki küçüğün doğrudan cezai sorumluluğuna gitmek yerine, her iki küçük açısından da gerçekleştirdikleri davranışa ilişkin farik ve mümeyyiz olup olmadıklarının tespiti ile fail mağdur ayırımına gidilmesi gerekmektedir. Nihayetinde, TCK m.103/1-a da bulunan hüküm de özünde bunu ifade etmekte olup, buradaki tek fark ise önerimizdeki üç yaş haddinin aşıldığı için ve eylemi gerçekleştirenlerden birinin yaşının da 15'ten küçük olduğu için, bu küçüğün rızasına otomatikman değer tanımamak yerine, gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığının tespitine göre diğerinin sorumluluğuna gidilmesi gerektiğidir. Her iki küçüğün de gerçekleştirdikleri eylemi algılama yeteneklerinin yeterince gelişmiş olduğunun tespiti halinde ise ceza sorumluluğuna gitmek yerine bu küçükler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin karar vermek gerekecektir. Diğer taraftan söz konusu bu örnek, her iki küçüğün de eylemi gerçekleştirirken gösterdikleri rıza dahilinde gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkindir. Küçüklerden söz konusu eyleme birinin rızası yok ise veya eylem iradeyi sakatlayan herhangi bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmişse çok tabii olarak bunu yapan SSC'nin doğrudan cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.

Burada vurgulanmak istenen husus, kişilerin çocuktur denilerek rızalarına bir değer atfedilmemesi uygulamasının önüne geçilmesi gerektiği düşüncesidir. Öyle ki, böylesine hassas bir konuda rızaya ilişkin tespit in ise hiç şüphesiz ki her iki küçük açısından da bilimsel yol ile değerlendirilmesi gerekecektir. Keza, küçüğün yalnızca alınan ifadesi ile yetinilerek rızasının varlığı ya da yokluğuna itibar edilmemesi gerekmektedir ancak, somut ve bilimsel deliller ile ortaya konulmuş bir rızaya da kanun koyucunun bir değer atfetmesi, keza, kanun yapıcı bir çocuğu korurken diğer çocuğun ise mağduriyetine yol açmaması gerekmektedir.



Bununla birlikte, burada rıza dahilinde karşılıklı cinsel davranışlarda bulunan kişilerden kastın yalnızca iki küçüğü, 18 yaşının tamamlamamış çocuklar arasındaki cinsel davranışları kapsadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, kanunun bu tür bir eyleme rızasının olduğundan bahisle 14 yaşındaki küçükle 35 yaşında bulunan bir kimse arasında vuku bulan cinsel davranışta rızanın varlığına ilişkin herhangi bir araştırma içine girmesinin bir önemi yoktur. Keza, 35 yaşındaki bir yetişkinin 14 yaşındaki bir küçüğe karşı söz konusu cinsel davranışı içinde bulunduğu merak duygusu ile yapmayacağı, bu yöndeki kabulün hayatın olağan akışına uygun olamayacağı şüphesizdir. Kaldı ki, böyle bir kabul, revize edilmesi gerekli görülen kanun maddesinin amacıyla da örtüşmeyecektir.

TCK m.103. maddesinde yapılması gerektiğini savunduğumuz değişikliğin doğal sonucu olarak TCK m.104 hükmünün de değiştirilmesi gerekmektedir. Keza, Lanzarote Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin çoğunda, küçüğün cinsel davranışlarda bulunabilme özgürlüğüne ilişkin yaş sınırı açıkça belirlenmiş olup, bu yaşın kazanılmasından sonra kişinin hür iradesinde bulunan davranışların suç sayılmayacağı ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanununun 104. maddesinin 1 ve 2. fıkrası,<sup>314</sup>

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

Şeklinde hüküm altına alınmış olup, maddenin birinci fıkrası, 15 yaşından büyük ancak 18 yaşından küçük bir kişiye, iradesini sakatlayabilecek hiçbir baskı altında kalmaksızın rıza ile gerçekleştirdiği cinsel davranış sonucunda, kendisiyle cinsel birliktelik yaşayan kişi hakkında hukuki gerekçesini anlayamadığımız şekilde şikayet hakkı tanımaktadır. Kanun koyucunun söz konusu maddenin 3. fıkrasını koruyup ancak 1. fıkrası ile 2. fıkrasını ise revize etmesi gerektiği düşüncesindeyim.

---

<sup>314</sup> YENİSEY; NUHOĞLU; YILDIZ; ALTUNÇ; ULUTÜRK, a.g.e., s. 229

**Örneğin,**

**Türk Ceza Kanununun 104. maddesinin 1. fıkrası,**

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

*(EK FIKRA - 3) Bu maddenin birinci fıkrasında düzenlenen fiilin on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını bitirmemiş küçükler arasında rıza ile gerçekleşmesi halinde, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere küçükler hakkında ceza tayin edilmez.*

Yukarıdaki örnek kanun önerisini irdelemek gerekirse, örneğin, rıza dahilinde ve gerçekleştirdiği eylem açısından farik ve mümeyyiz bulunan, 15 yaşını tamamlamış ve fakat 18 yaşını tamamlamamış grupta yer alan kişiler arasında gerçekleşen cinsel davranışlar hakkında herhangi bir cezai yaptırım öngörülmeyp, hatta hukuki pozisyonları bu konumda olan çocukların karşılıklı rıza ile gerçekleştirdikleri bu türden eylemlerin suç olmaktan dahi çıkarılabilmesini düşünmek gerekmektedir. Keza, Lanzarote Sözleşme'sine taraf ülkelerin hepsi iç hukuk normlarında kişinin cinsel özgürlüğüne ilişkin yaş sınırını belirlemiş olup, özünde bizde de bu yaş haddinin 15 olarak belirlendiğini söylemek mümkündür. Ancak, kanun yapıcının bir yandan 15 yaşını tamamlamış bir kimseye zımni olarak cinsel birliktelik yaşayabileceğine ilişkin düzenleme yapıp, diğer taraftan ise aynı kanunda bu kişiye şikayet hakkı tanıması, kanun mantığıyla bağdaşmamaktadır. Öyle ki, bu durumun uygulamada da çoğu zaman kötüye kullanılmak suretiyle dava konusu haline getirildiği görülmektedir. Örneğin, 15 yaşını tamamlamış birinin hiçbir baskı altında kalmaksızın ve rızası dahilinde gerçekleştirdiği cinsel birliktelikten sonra partneri ile yaşadığı bir takım harici sorunlar nedeniyle partnerini mağdur etmek kastıyla ondan şikayetçi olduğu birçok dava konusu bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu durumun önüne geçebilmek için kanun yapıcının kişinin cinsel özgürlüğüne ne zaman tam anlamıyla haiz olduğunun çerçevesini net bir şekilde çizmesi gerekmektedir.

TCK m. 104'ün TCK m. 103 ile uyumlu hale getirilebilmesi açısından, bu yaş aralığındaki küçüğe şikayet hakkını ancak failin yetişkin olduğu, yani failin on sekiz yaşından büyük olduğu durumlar için tanımak gerekmektedir.

*(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(EK FIKRA - 4) Bu madde de düzenlenen suçun failinin çocuk olması durumunda ve eylemin karşılıklı rıza ile gerçekleştirildiğinin sabit olduğu hallerde, eylemin failinin ve mağdurunun tespiti, her iki küçüğün de gerçekleştirdikleri fiilin hukuki anlam ve algılama yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine göre belirlenir, algılama yeteneği gelişmemiş olan küçük eylemin mağduru sayılır, her ikisinin de algılama yeteneğinin geliştiği ya da her ikisinin de algılama yeteneğinin gelişmediğinin tespiti halinde güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere ceza tayin edilmez. Rıza yok ise, eylemi gerçekleştiren çocuğun farik ve mümeyyiz olup olmadığına göre sorumluluğuna gidilir. Eylemi gerçekleştiren çocuk farik ve mümeyyiz ise, çocuk hakkında bu kanunda eylemine uyan yasa maddeleri tatbik olunur. Eylemi gerçekleştiren çocuk farik ve mümeyyiz değil ise, çocuk hakkında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanır.*

TCK m. 104/2' söz konusu suçun aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına ilişkin hüküm doğru olmakla birlikte eksik bir düzenlemedir. Keza, aralarında evlenme yasağı olan ve fakat fiili gerçekleştiren kimsenin de çocuk olabileceğine ilişkin durumun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla failinin de çocuk olabileceği bu tür vakaların **ek fıkra 4'te ifade edilmeye çalışılan kanun önerisiyle** aşılması mümkündür.

## KAYNAKÇA

- AKBAŞ**, Turan; **SANBERK**, İsmail, Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim, 1.Baskı Karahan, Adana, 2011
- AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- AKBULUT** İlhan. İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, AÜHF Dergisi, 2003, C: 52, S:1., s. 174
- AKCAN**, Esra Alan, “Ötanazi”, İÜHF M.C.LXXI, S.1, s.3-26, 2013, s.20
- AKCAN**, Esra Alan, “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, s.3949-3997
- AKCAN**, Esra Alan, “Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Güz 2015, s.5-44
- AKCAN**, Esra Alan; **EGEMENOĞLU**, Alaaddin; **YILMAZ**, Erkam, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- AKSOY**, Özgün Sinem, Cinsel Saldırı Suçu Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 29
- ARTUK**, Mehmet Emin; **GÖKÇEN**, Ahmet; **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Legal Yayınevi, Ankara, 2005
- ARTUK**, Mehmet Emin; **GÖKÇEN**, Ahmet; **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı, Adalet, Ankara, 2013
- ARTUK**, Mehmet Emin, **GÖKÇEN**, Ahmet, **ALAŞAHİN**, Emin, **ÇAKIR**, Kerim Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- ARTUK**, Mehmet Emin; **GÖKÇEN** Ahmet; **ALAŞAHİN**, Mehmet Emin; **ÇAKIR**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- ASLANTÜRK**, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019
- AVCI**, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004
- AYDIN**, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, AÜHDF, Y.2005, C.54, S., s.226

- AYDIN**, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018
- AYDIN**, Öykü Didem, ‘‘Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’, HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi), Sayı:2, Sonbahar, 2004, s.159
- AYRAL**, Fatma, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2010
- BAYTEMİR**, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- BAYTEMİR**, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007
- BAYTEMİR**, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- CAN**, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002
- CENTEL**, Nur; **ZAFER**, Hamide; **YENERER ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7.Baskı, Beta, İstanbul, 2011
- CENTEL**, Nur; **ZAFER**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2013
- CENTEL**, Nur; **ZAFER**, Hamide; **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9.Baskı, Beta, İstanbul, 2016
- COŞKUN**, Ayşen; **COŞKUN**, Bülent; **ÇOLAK**, Başar; **TANER**, Fahri Gökçen; **AYDIN**, Murat; **ACAR**, Necla; Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması İle Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri, Kocaeli Barosu ve Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği Adli Komisyon Başkanlığı Raporu, s. 41
- ÇALIŞKAN**, Suat, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013
- ÇALIŞKAN**, Suat, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- ÇEKER**, Orhan, İslam Hukukunda Çocuk, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1990
- ÇÖLCÜOĞLU**, Sedat, Adli Tıp Sözlüğü, Temel Matbaacılık, İstanbul, 1993

- DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011
- DOĞRU**, Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Lanzarote sözleşmesi için bkz., <https://www.coe.int/en/web/children/lanzarote-convention>
- DÖNMEZER**, Sulhi, Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950
- ERDEM**, Mustafa Ruhan, “Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku’nun Geleceği” <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179456>  
<http://www.tbmm.gov.tr>.
- ERDOĞAN**, Oktay, Çocuk Hakları, 1. Baskı, Acar Basım, İstanbul, 2011
- ERMAN**, Ragıp Barış, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, T.C İstanbul Üniversitesi Sosyal bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s.26 <https://www.ulusaltezmerkezi.net/yanilmanin-ceza-sorumluluguna-etkisi/>
- ERSÖZOĞLU**, Haydar, “Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu”, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk ABD., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.157, 158
- EVİK**, Vesile Sonay, Çocuklar ve Suç – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 4.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004
- EVİK**, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011
- GEMALMAZ**, Haydar Burak, Çocuk Hakları Sözleşmesine Göre İşkence ve Kötü Muamele Mağduru Çocukların Rehabilitasyonu, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004
- GÜNDÜZ**, Remzi; **GÜLTAŞ**, Veysel, Açıklamalı - İçtihatlı Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki; **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara, 2010
- HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

**HATİPOĞLU**, Muzaffer; **PARLAR**, Ali, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2007

**HODGKİNG**, Rachel; **NEWELL**, Peter, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, 2.Baskı, Unicef Yayınları, Ankara, 2007,

**İÇEL**, Kayhan; **SOKULLU AKINCI**, Füsün; **ÜNVER**, Yener; **ERMAN** Barış; **SINAR** Hasan, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza Hukuku, İstanbul, 2000

**İÇEL**, Kayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Ankara, 2009

**İÇEL**, Kayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018

**İNAN**, Ali Naim, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, AÜHFD, C:44, S.1, 1995, s.765

**İŞTEN**, İnanç, Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayımlanmış Makale, Haziran 2017, s.156 vd.

**KALABALIK**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

**KANGAL**, Zeynel, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S3-4, s.32

**KARTAL**, Pınar Memiş, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, 1. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014

**KILIÇ**, Abbas, Cinsel Hakimiyet ve Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, TBB Dergisi, 2008 Sayı 78, s.174.

**KOCA**, Mahmut, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s.119

**KOCA**, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

**KÖKNEL**, Özcan, Bireysel ve Toplumsal Şiddet, 2. Baskı, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2002

**KUNTER**, Nurullah; **YENİSEY** Feridun; **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2010

**KUŞGÖZOĞLU**, Tülin, İhmal ve İstismara Uğrayan Çocuklar Açısından Koruyucu Aile,<https://www.slideshare.net/tulinkus/ihmal-ve-istismara-urayan-ocuklar-aisindan-koruyucu-aile>

**MALKOÇ**, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, İstanbul, 2005

**MALKOÇ**, İsmail, Türk Ceza Hukuku Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Yayınevi, İstanbul, 2009

**ORAL**, Mehmet, Irza Geçme Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994

**ÖNDER**, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

**ÖZBEK**, Veli Özer; **KORAY**, Doğan; **BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019

**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995

**ÖZEN**, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1998

**ÖZGENÇ**, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011

**ÖZMEN**, Remzi, Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019

**ÖZMEN**, Remzi, Türk Medeni Kanunu, 29. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019

**ÖZMEN**, Remzi, T.C. Anayasası, 39. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019

**ÖZMEN**, Remzi, Çocuk Koruma Kanunu, 54. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2019

**ÖZTÜRK**, Bahri; **TEZCAN**, Durmuş; **ERDEM**, Mustafa Ruhan; **SIRMA**, Özge; **SAYGILAR**, F. Yasemin; **ALAN**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009

**PARLAR**, Ali; **ÖZTÜRK**, Mustafa, Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1.Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018

**PARLAR**, Ali, **HATİPOĞLU** Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 1618

**POLAT**, Oğuz, Tanım, in: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1- Tanımlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017

**SAVAŞCI**, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013

**SELÇUK**, Sami, Kızlık Bozma Suçu, Öğreti – İhtihat, Adil Yayınevi, Ankara, 1996

**SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitabevi, İstanbul 2005,



- SEVÜK**, Handan Yokuş, ‘‘Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları’’, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı 5, Nisan, 2005, s.283
- SEVÜK**, Handan Yokuş, ‘‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, s. 279
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı,Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016
- ŞEN**, Ersan, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010
- ŞENER**, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara
- TANER**, Fahri Gökçen., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin yayımları, 2003,
- TANER**, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zaman Aşımı, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008
- TANER**, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013
- TEZCAN**, Durmuş; **ERDEM**, Mustafa Ruhan; **ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008
- TEZCAN**, Durmuş; **ERDEM**, Mustafa Ruhan; **ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012
- TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009
- TOPAL**, Ahmet Hamdi, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009
- TOPÇU**, Sedat, Cinsel İstismar, 1. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2009
- TOROSLU**, Nezvat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2009
- UYAR**, Didem, Cinsel Saldırı Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.28
- ÜNVER**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

**ÜŞÜR**, Serpil Sancar, “Bir İktidar Aracı Olarak Cinsel Şiddet”, Kadına Yönelik Şiddet ve Hekimlik Sempozyumu, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 2003, s.25

**ÜZÜLMEZ**, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1,2, 2007, 1183 vd.

**YELDAN**, Ali; **TANERİ**, Gökhan, Cinsel Suçlarda İspat ve Subut, 1.Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2017

**YENİSEY**, Feridun; **NUHOĞLU**, Ayşe, **YILDIZ**, Ali Kemal, **ALTUNÇ**, Sinan, **ULUTÜRK**, Hande; Ceza Adalet Sistemi Mevzuatı, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013

**YENİSEY**, Feridun; **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014

**YENİSEY**, Feridun; **PLAGEMANN**, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015

**YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara

**YURTCAN**, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019

**ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Ders Kitabı, 7. Baskı, Beta, Ankara, 2013

<https://ailevecalisma.gov.tr/media/4977/170-sy-genelge-cocuk-ve-kadinlara-karsi-islennen-cinsel-suc-sorusturmaları-2-1.pdf>

<https://www.atk.gov.tr/mevzuat-veri-tabani.html#kanunlar>

<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/cocugun-cinsel-istismari-suclarında.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121004-5.htm>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/13814c10-a3d8-48f4-8484-0d6d76a38d64?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4e9cc6df-10ec-4223-8732-130085f23777?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

<https://koruyucuaille.ailevecalisma.gov.tr/>

<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>

<http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/04032018BASINACIKLAMASIKITAP.pdf>

[www.organnakli.hacattepe.edu.tr/olum.shtml](http://www.organnakli.hacattepe.edu.tr/olum.shtml)

[www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf).

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103445.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103445.pdf)

<https://cte-ds.adalet.gov.tr/mevzuat/kanunlar/ckk.pdf>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>

[https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf)



# ÖZGEÇMİŞ

## KİŞİSEL BİLGİLER

**İsim - Soyisim** Gürol Herkesecan

**Doğum Tarihi** 13.04.1986

**Doğum Yeri** Ankara

**Uyruğu** T.C

**Medeni Hal** Evli

**e-posta** [gurolherkesecan@gmail.com](mailto:gurolherkesecan@gmail.com)

## EĞİTİM

**2017-2020** Medipol Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans  
İstanbul, Türkiye

**2011-2014** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İstanbul, Türkiye

**2010 -2011** European School of Economics, Visionary Leadership  
Floransa – İtalya

**2009 – 2011** Eskişehir Anadolu Üniversitesi Adalet Bölümü

**2008-2011** Bahçeşehir Üniversitesi Deniz ve Liman İşletmeciliği Bölümü  
İstanbul – Türkiye

## **İŞ TECRÜBESİ**

- 2015 -** Herkesecan Hukuk Bürosu - İstanbul Barosu
- 2014/2015** Vodafone Genel Merkez - İstanbul
- 2010/2011** Koç Holding - Setur Marinaları – İstanbul, Muğla

## **DİLLER**

İngilizce - B2

İtalyanca - A1

## **PROJE VE ÖDÜLLER**

Türkiye İhracatçılar Meclisi - İstanbul - 2013

TÜBİTAK – Afyon - 2013

TÜBİTAK - Ankara - 2013

TÜBİTAK - 1512 - Ankara – 2013

TÜSİAD - 2.lık Ödülü, İstanbul – 2012

Boğaziçi Üniversitesi Enterprise - İstanbul - 2012

Bahçeşehir Üniversitesi Anayasa Yazım Yarışması İkincilik Ödülü, İstanbul - 2012

ABD M.I.T Üniversitesi – TOYOTA Enterprise Forum Turkey - İstanbul – 2011