



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

**ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ
(TCK MD.103/2)**

HAMZA KÜSKÜ

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İSTANBUL, 2020

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

**ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ
(TCK MD.103/2)**

HAMZA KÜSKÜ

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İSTANBUL, 2020

ÖZET

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ (TCK MD. 103/2)

Ülkemizde işlenen ve toplumda en çok tepki gösterilen, kanun koyucunun da ağır ceza yaptırımları düzenleyerek bu husustaki tepkisini ortaya koyduğu suçlardan biri çocukların cinsel istismarı suçudur. Bu tezde çocukların cinsel istismarı suçunun 103/2'nci maddesinde öngörülen nitelikli hali kanun sistematığına uygun bir şekilde ele alınmaya çalışılmış ve suçla ilgili öğretide yer verilen tartışmalı hususlara değinmeye gayret gösterilmiştir. Suçla ilgili birçok tartışmalı saha bulunmakla beraber kanaatimizce bunların içerisinde bilhassa üzerinde durulması gereken hususlar; suçun her iki tarafının çocuk olması, evlenme ile reşit olan çocuğa karşı diğer eş ya da üçüncü kişi tarafından işlenmesi ve bu suçun failinin kadın veya eşcinsel olması halinde mağduru kendisine organ veya sair cisim sokmaya zorlaması meseleleridir. Nitekim bu üç husus bakımından kanunda açık bir mevzuat düzenlemesi bulunmadığından Yargıtay uygulaması ile uygulamada tekdüzelik sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu durumun ise yüksek yargı üyelerinin veya bu üyelerin fikirlerinin değişmesi neticesinde tam tersi uygulamaların söz konusu olma riskini beraberinde getireceği düşünüldüğünden, bu hususlar başta olmak üzere suçla ilgili diğer tartışmalı meseleler de ele alınarak öğretideki tartışmalara dâhil olmaya gayret gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocukların cinsel istismarı, evlilik içerisinde işlenen istismar suçu, kadın veya eşcinsel fail, mağdur çocuk, nitelikli cinsel istismar suçu.

ABSTRACT

QUALIFIED FORM OF CHILD MOLESTATION (TCK MD. 103/2)

One of the crimes committed in our country and the most reacted in the society, that the lawmaker also manifests its reaction thereto by stipulating severe penal sanctions in this regard, is the crime of child molestation. In this thesis, qualified form of child molestation stipulated in article 103/2 is tried to be discussed in line with systematic of the Law and controversial issues stated in the doctrine, regarding this offense is tried to be mentioned. Although there are many controversial areas regarding this offense, in our opinion, especially the issues that need to be emphasized are those where both parties of the offense are children, or in the case that the offense committed by another spouse or third person against a child who became a major by marriage, or the matter of forcing the victim to insert an organ or instrument to himself/herself when the offender of this offense is a female or homosexual. As a matter of fact, since there is no applicable legislative regulation in terms of these three issues, it is tried to provide uniformity through precedent of Court of Cassation. Since it is considered that this situation is going to bring about the risk of opposite practices as a result of the changes of the higher judiciary members or their opinions, an effort was made to be included in the discussions in the doctrine by discussing especially these and the other controversial issues about the offense.

Keywords: Child molestation, child victim, female or homosexual offender, molestation committed within marriage, qualified form of molestation.

ÖNSÖZ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103/2’nci maddesinde öngörülen çocukların nitelikli cinsel istismarı, kanunun “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümünde tanzim edilmiştir. Suçun toplumda, öğreti ve uygulamada birçok tartışmayı içerisinde barındırması sebebiyle çalışmamızda bu suçun unsurları öğretideki ceza hukukçularının ve bu hususta çalışma yapan araştırmacıların görüşlerine yer verilmek suretiyle tüm tartışmalı noktalarıyla birlikte ele alınmıştır. Ayrıca tartışmalı hususlarla ilgili güncel Yargıtay içtihatlarından örnekler verilerek uygulamadaki mevcut durum ortaya konulmuş ve naçizane birtakım önerilerde bulunarak konuya katkı sağlamaya çalışılmıştır.

Çalışmanın tamamlanmasında vermiş olduğu desteklerden ötürü tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a; akademik eserlere ulaşmam hususunda bana imkân sağlayan Harun Ekinci’ye; mesleki anlamda desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyen Av. Mustafa Tırtır ve Av. Muharrem Kazak’a; her daim varlığını hissettiren Yunus Emre Büyükçınar ve diğer dostlarıma, özellikle bu süreçte bana güç vererek beni desteklerinden mahrum bırakmayan annem Hafize Küskü, babam Hüseyin Küskü ile kardeşlerime ve eşim Derya Küskü ile kızım Zehra Küskü’ye teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ TİPİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR, KORUNAN HUKUKİ DEĞER ve SUÇUN UNSURLARI

I. SUÇ TİPİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR	4
A. Genel Olarak	4
B. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	5
1. İslam Hukuku	5
2. Alman Hukuku	6
3. İsviçre Hukuku	8
C. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Döneminde Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna Karşılık Gelen Suçlar	9
D. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Karşılaştırılması	10
1. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma	10
2. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma.....	10
3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma.....	11
II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	12

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	13
A. Fail.....	13
B. Mağdur	16
1. Genel Olarak	16
a) On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklar	19
b) On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklar	22
C. Suçun Maddi Konusu	23
D. Fiil	23
1. Fiilin On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklara Karşı Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Diğer Hallere Dayalı Olarak Gerçekleştirilmesi.....	30
a) Cebir	30
b) Tehdit	32
c) Hile	34
d) İradeyi Etkileyen Diğer Haller	35
2. Her İki Tarafın Çocuk Olduğu Fiiller.....	37
3. Failin Kadın veya Eşcinsel Olduğu Fiiller	42
4. Evlenme veya Mahkeme Kararı ile Kanunen Reşit Olan Çocukların Durumu.....	45
IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU	48
A. Genel Olarak	48
B. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri Bakımından Manevi Unsur Değerlendirmesi	50
C. Kastı Kaldıran Hata	52
V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	55
A. Genel Olarak	55
B. İlgilinin Rızası	57

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER VE KUSURLULUK

I. NİTELİKLİ HALLER.....	59
A. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	60
B. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi.....	64
C. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi	66
D. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi.....	71
E. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	74
F. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Beraber Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklara Karşı Cebir veya Tehdit ile İşlenmesi.....	76
G. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Sureti ile İşlenmesi	76
H. Suçun On İki Yaşını Tamamlamamış Çocuklara Karşı İşlenmesi	77
II. NİTELİKLİ CİNSEL İSTİSMAR FİİLİNİN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ.....	78
A. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması	78
B. Fiil Sebebi ile Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü	79
III. KUSURLULUK.....	82
A. Genel Olarak	82
1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler.....	83
a) Haksız Tahrik	84
b) Yaş Küçüklüğü	86
(1) Failin On İki Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu	87

(2) Failin On İki Yaşını Tamamlamış, On Beş Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu.....	88
(3) Failin On Beş Yaşını Tamamlamış, On Sekiz Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu.....	90
c) Akıl Hastalığı	91
d) Haksızlık Yanılgısı (Yasak Hatası)	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, ZAMANAŞIMI, MUHAKEME ve YAPTIRIM

I. SUÇA TEŞEBBÜS	96
A. Genel Olarak	96
B. Gönüllü Vazgeçme	100
II. SUÇA İŞTİRAK	102
A. Suçun İşlenişinde Karşılaşılabilecek Diğer Faillik Durumları.....	102
1. Dolaylı Fail.....	102
2. Müşterek Faillik	104
a) Birlikte Suç İşleme Kararı.....	104
b) Fiilin Birlikte İcra Edilmesi.....	105
B. Şeriklik	108
1. Azmettirme.....	108
2. Yardım Etme	110
III. İÇTİMA.....	111
A. İçtima Kuralları Çerçevesinde Çocukların Nitelikli Cinsel İstismarı	111
1. Zincirleme Suç	111
2. Görünüşte İçtima	114
a) Bileşik Suç.....	114
3. Gerçek İçtima	115

a) Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma Suçunun Cinsel İstismar Amacıyla İşlenmesi	116
b) Nitelikli Cinsel İstismar Suçu Kapsamında On Beş Yaşını Tamamlamamış Çocuklar Bakımından Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma Suçunun Oluşumu	117
4. Fikri İctima	119
IV. ZAMANAŞIMI	120
A. Dava Zamanaşımı	120
B. Ceza Zamanaşımı	121
V. MUHAKEME	122
A. Genel Olarak	122
B. Mağdura Tanınan Haklar	125
C. Görevli Mahkeme	130
D. Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)	131
E. Adli Görüşme Odaları (AGO)	133
VI. YAPTIRIM	134
A. Genel Olarak	134
B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi	136
SONUÇ	139
KAYNAKÇA	146

KISALTMALAR

ACM	: Ağır Ceza Mahkemesi
Akt.	: Aktaran
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
a.e.	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AGO	: Adli Görüşme Odası
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
bsk.	: Baskı
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
C.	: Cilt
c.	: Cümle
ÇCK	: Çocuk Koruma Kanunu
ÇİM	: Çocuk İzleme Merkezi
ÇCİ.	: Çocukların Cinsel İstismarı
E.T.	: Erişim Tarihi
E.	: Esas
HAD	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ör.	: Örnek

RG	: Resmi Gazete
SEGBİS	: Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
s.	: Sayfa
S.	: Sıra
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: Ve benzeri
vs.	: Vesaire

GİRİŞ

Mağdur çocuğa yönelik sömürü niteliğindeki fiillere istismar denir. Çocuklara yönelik istismar teşkil eden fiiller fiziksel istismar, duygusal istismar ve cinsel istismar olarak farklı şekillerde görünüm arz etmektedir. Mağdur çocuğun maruz kaldığı şiddet fiilleri neticesinde meydana gelen istismara fiziksel istismar; mağdura psikolojik olarak zarar veren fiiller neticesinde gerçekleşen istismara ise duygusal istismar denir.¹ Failin, cinsiyeti fark etmeksizin çocuk olarak addedilen bir kimse ile cinsel münasebette bulunması ya da çocuğu kendi cinsel zevki uğrunda sömürmesi, çocukların cinsel istismarı olarak ifade edilmektedir.² Dünya Sağlık Örgütü de çocuk istismarını, devlet, toplum veya yetişkin biri tarafından bilerek veya bilmeyerek gerçekleştirilen, çocuğun sağlığını fiziksel ve psiko-sosyal yönden negatif şekilde etkileyen davranışlar bütünü olarak ifade etmektedir

Yakın zamanda çocukların cinsel gelişimlerinin korunması bakımından uluslararası platformda birçok sözleşme akdedilmiştir. Türkiye de bu sözleşmelere taraf olarak çocukların cinsel gelişimlerinin korunmasına yönelik hassasiyetini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda uluslararası alanda 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, ilgili prosedürlerin tamamlanmasının ardından 04.05.1995 tarihi itibarıyla Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Akabinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 25.05.2000 tarihinde kabul edilen ve 18.01.2002 tarihinde uluslararası alanda yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, resmi işlemlerin icrasından sonra Türkiye’de 19.09.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Çocuk istismarını önlemeye yönelik akdedilen bir diğer uluslararası sözleşme de Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’dir. Sözleşme metni 25.10.2007 tarihinde İspanya’nın Lanzarote

¹ **Oğuz Polat**, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.45, 46.

² **Özlem Yenerer Çakmut**, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22/1, 2016, s.36.

adasında yapılan toplantı ile imzaya açılmış ve Türkiye bu sözleşmeye taraf olmuştur. Lanzarote Sözleşmesi olarak da anılan bu sözleşme Türkiye’de 01.04.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çocukların cinsel gelişiminin korunması bakımından önemli bir sözleşme olma özelliği taşıyan ve taraf devletler için birtakım yükümlülüklerin öngörüldüğü bu metin, çocukların korunmasına dair kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Örneğin Sözleşmenin 23’üncü maddesinde sözleşmeye taraf olan devletlerce, failin çocukla cinsel münasebette bulunmak için teknolojik imkânlar aracılığıyla ısrarlı teklifte bulunmasına yönelik eyleminin suç olarak tanzim edilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir.³

Çocuklara karşı işlenen bu nitelikteki suçların uluslararası terimler dizgesine paralel olarak iç hukukumuzda da cinsel istismar olarak isimlendirilmiş olmasının terminolojik olarak doğru olduğu ifade edilmektedir.⁴ Ancak bazı yazarlar istismar teriminin kanun koyucu tarafından yeterince açıklığa kavuşturulmamış olması hasebiyle, bu suç için daha sade bir terim olarak cinsel saldırı ifadesinin kullanılmamasını eleştirmektedir.⁵ Kanaatimizce çocukların korunması gereken yüksek menfaatleri dikkate alındığında, suç teşkil eden fiilin yöneldiği kişinin çocuk olması halinde bu suçun cinsel istismar olarak nitelendirilmesi terminolojik olarak isabetli bir uygulamadır.

Türkiye, taraf olduğu uluslararası sözleşmelere paralel olarak iç hukukta gerekli düzenlemeleri gerçekleştirmiştir. 1982 Anayasasının 41/2 ve 41/4 maddeleri ile çocukların cinsel istismara karşı korunması hususunda devlete pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda anayasal bir güvence olan çocuk hakları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ile de teminat altına alınmıştır.

Ceza hukuku sistematğine göre çocukların cinsel istismarı, failin suç teşkil eden fiiline bağlı olarak üç şekilde görünüm arz etmektedir. Bunlardan ilki süreklilik

³ Bkz. http://www.congress-1in5.eu/uploads/bloc774/lanzaroteconvention_tur.pdf (E.T.: 29.01.2020).

⁴ **Handan Yokuş Sevik**, “5237 Sayılı TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı:5, Nisan, 2005, s.281.

⁵ **Yusuf Pakır**, Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.33.

arz etmeyen ancak bedensel temas içeren cinsel davranışlar şeklinde tezahür eden sarkıntılık aşamasında kalmış cinsel istismar suçudur. Örneğin failin mağdurun göğüslerine dokunup kaçması halinde sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçu oluşur. İkinci durumda failin süreklilik arz eden ve bedensel temas içeren cinsel davranışları söz konusudur ki bu durumda da failin suç teşkil eden fiili basit nitelikteki cinsel istismar suçuna vücut vermektedir. Üçüncü ve son durumda ise failin organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle icra ettiği fiil TCK'nın 103/2'nci maddesinde öngörülen cinsel istismar suçunun nitelikli haline vücut vermektedir

Çalışmamızda çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali olarak tanzim edilen ve kanuni tanımını itibariyle failin mağdura organ veya sair cisim ithal etmek suretiyle icra ettiği istismar suçunun nitelikli halinin ceza hukuku prensiplerine uygun olarak tahlil edilmesine gayret gösterilmiş ve suçun unsurları suç sistematığına uygun olarak anlatılmaya çalışılmıştır. Bu süreçte doktrindeki görüşlerden, özellikle tartışmalı noktalarda yer alan farklı görüşlerin tamamından faydalanılmış ve bu görüşler çalışma metnine aktarılmaya çalışılmıştır. Ayrıca uygulamadaki durumu okuyuculara yansıtabilmek adına Yargıtay içtihatlarından da yararlanılmıştır. Son tahlilde doktrinden derlenen görüşler ve yargı kararları neticesinde oluşan kanaatimiz de çalışmamızda belirtilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde suçla korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru; ikinci bölümünde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller ve kusurluluk; üçüncü ve son bölümünde ise suçun özel görünüş biçimleri, muhakeme, yaptırım ve zamanaşımı açıklamalarına yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ TİPİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR, KORUNAN HUKUKİ

DEĞER ve SUÇUN UNSURLARI

I. SUÇ TİPİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

A. Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kitap, "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölümünde öngörülen 103'üncü maddesinde tanzim edilmiştir. Kanun koyucunun böyle bir suç tipini ihdas etmesinin temelinde, izlemiş olduğu suç siyaseti gereğince yetişkinlere karşı işlenen cinsel suçlar ile çocuklara karşı işlenen cinsel suçların haksızlık içeriğinin farklı olma düşüncesi yer almaktadır. Nitekim çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği TCK'nın 103'üncü maddesi, çocuklara karşı işlenen cinsel suçların haksızlık içeriğinin yetişkinlere oranla fazla olması hasebiyle daha ağır ceza müeyyideleri içermektedir.

TCK'nın 103/1'inci fıkrası " Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır." şeklinde tanzim edilmiştir. Kanun koyucu bu fıkarda suçun

basit hali ile faile daha az ceza verilmesini gerektiren sarkıntılık aşamasında kalmış istismar suçuna vücut veren davranışları yaptırım altına almıştır.

Kanunun 103/2'nci fıkrası ise “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.” şeklinde tanzim edilmiş ve bu fıkra da suçun nitelikli haline vücut veren davranışlar yaptırıma bağlanmıştır. Kanunun üçüncü ve dördüncü fıkralarında fail hakkında daha ağır cezaya hükmedilmesini gerektiren durumlara, beşinci ve altıncı fıkrasında ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine yer verilmiştir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

1. İslam Hukuku

İslam hukukunda suçlar had suçları, tazir suçları ve kısas ve diyet suçları olarak üç ayrı şekilde kategorize edilmiştir. İslam kamu hakkı anlamına gelen Allah haklarına karşı işlenen, Kuran ve sünnet tarafından da yasaklanarak cezası tayin edilmiş suçlara had suçları; tanzim edilmesi devlet başkanına yahut bu kişinin vazifelendirmesi ile hâkîme bırakılan suçlara tazir suçları; adam öldürme veya müessir fiil kapsamında mütalaa edilen hayat ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlara ise kısas ve diyet suçları adı verilmektedir.⁶

İslam hukukunda bir erkek ve bir kadının, aralarında şer'i bir akit olmaksızın rızaen cinsel ilişkiye girmeleri zina suçu olarak kabul edilmekte ve bu suçu işleyen erkeğe “zani” kadına ise “zaniye” adı verilmektedir.⁷ Başka bir deyişle evlilik birliği haricinde rızaen icra edilen cinsel ilişkilerin tamamı had suçu kapsamında kabul

⁶ Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.184, 197, 202.

⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt: 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988, s.197.

edilen zina suçu içerisinde değerlendirilmektedir.⁸ Ancak icra edilen fiil tehdit nedeniyle tarafların rızasına dayalı olmadan gerçekleşmişse veya taraflardan birinin rızası olmasına rağmen diğerinin rızası yoksa suç had suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁹ Yine failin kendisi ile aynı cinsten mağdura yönelik icra ettiği cinsel ilişki boyutundaki fiiller de had suçu kapsamında değil tazir suçu kapsamında değerlendirilmekte ve cezası devlet başkanı yahut onun yetkilendirdiği hâkim tarafından tayin edilmektedir.¹⁰

Dolayısıyla İslam hukukunda ayrıca “çocukların cinsel istismarı suçu” adı altında bir suç düzenlemesinin mevcut olmadığını, fail ve mağdur çocuğun farklı cinslerden olması ve eylemin rızaya dayalı gerçekleşmesi halinde icra edilen fiilin had cezasını gerektirdiğini, suç teşkil eden fiilin mağdur ile aynı cinsten (erkek-erkek veya kadın-kadın) bir kimse tarafından icra edilmesi ve rızanın bulunmaması halinde ise gerçekleşen eylemlerin tazir suçu kapsamında mütalaa edilebileceğini söylememiz mümkündür. Ayrıca İslam hukukunda evlilik birliği içerisinde gerçekleşen ve mağdur eşin rızası hilafına icra edilen cinsel nitelikteki eylemler de herhangi bir müeyyide ile yaptırıma bağlanmamıştır.

2. Alman Hukuku

Çocukların cinsel istismarı suçu, Alman ceza kanununun on üçüncü bölümünde “Bireyin Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar” başlığı altında tanzim edilmiştir.¹¹ Alman ceza kanununda, 5237 sayılı TCK’dan farklı olarak istismar suçunun mağduru bakımından çocuk - genç ayrımına yer verilmiş ve 14 yaşından küçükler çocuk, büyükler ise genç kategorisi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bağlamda Alman ceza kanununun 176’ncı maddesinde suçun 14 yaşını tamamlamamış mağdura karşı işlenmesi “Çocukların Cinsel İstismarı”;

⁸ Behiye Köse Şahin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009, s.9.

⁹ Bilmen, a.g.e., s.197.

¹⁰ Aydın, a.g.e., s.189.

¹¹ Ceren Şarman, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s.15.

182'nci maddesinde ise 14 yaşından büyüklere karşı işlenmesi “Gençlerin Cinsel İstismarı” olarak tanzim edilmiştir.¹²

Çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği Alman ceza kanununun 176/1'inci maddesine göre bu suçun oluşabilmesi için fail ile mağdur arasında fiziksel temasın bulunması zaruridir.¹³ Bedensel temasın bulunmadığı cinsel davranışlar bakımından istismar suçu oluşmayacak, ancak fiilin işleniş şekline göre ihlal edilen kanun hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Örneğin failin mağduru pornografik ses veya kayıt dinletmek suretiyle etkilemesi halinde kanunun 176/4'üncü fıkrasında öngörülen hüküm uygulama alanı bulacaktır.¹⁴ Bu bağlamda Alman ceza hukukunun, fiziksel temas içerip içermediğine bakılmaksızın 14 yaşından küçük çocuklara karşı icra edilen tüm cinsel davranışlar bakımından mutlak yasak öngördüğünü söylememiz mümkündür.¹⁵

Alman ceza kanunun 176/a maddesinde çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu bağlamda suçun birden fazla kişi tarafından birlikte icra edilmesi, suç neticesinde mağdurun sağlığının bozulmuş olması veya suç teşkil eden fiilin on dokuz yaşını tamamlamış fail tarafından icra edilmesi kanunun 176/a maddesi uyarınca nitelikli hal kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁶ Aynı kanunun 176/b maddesinde ise failin icra ettiği istismar fiilinin başka bir netice olarak mağdurun ölümüne neden olması hali tanzim edilmiştir. Bu bağlamda suçun basit veya nitelikli halinin çocuğun ölümüne sebebiyet vermesi halinde fail daha ağır ceza müeyyideleri ile karşılaşacaktır.

¹² <http://www.feridunyenisey.com/Yayinlar/almancezahukuku.pdf>

¹³ **Bülent Kurt**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019, s.16.

¹⁴ **Şarman**, a.g.e., s.16.

¹⁵ **Engin Turhan**, Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.6.

¹⁶ **Şarman**, a.g.e., s.16.

3. İsviçre Hukuku

Çocukların cinsel istismarı suçu, İsviçre ceza kanununun beşinci bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında tanzim edilmiştir. Kanunun 187. maddesine göre failin on altı yaşını tamamlamamış mağdurla cinsel ilişkiye girmesi, mağduru bu minvalde davranışlarda bulunmaya yönlendirmesi veya bir başkası ile icra etmiş olduğu cinsel ilişkiye mağduru dâhil etmesi halinde suçun sübuta ereceği kabul edilmektedir.¹⁷ Suç teşkil eden fiilin seçimlik hareketlerinden olan, failin bir başkası ile icra ettiği cinsel ilişkiye mağduru dâhil etmesi fiilinde bu suçun oluşabilmesi için ilişkinin tarafları arasındaki yaş farkının üçten az olması icap etmektedir. Ancak kanuni düzenlemeye göre cinsel ilişkinin icra edildiği sırada fail yirmi yaşını tamamlamamışsa veya failin mağdur çocuğun eşi olması gibi özel durumların varlığı söz konusu ise kovuşturmadan veya hapis cezasından vazgeçilebilmesi mümkündür. Ayrıca failin mağdurun on altı yaşından büyük olduğuna dair hataya düşmesi durumu da daha az cezayı gerektiren bir hal olarak tanzim edilmiştir.¹⁸

İsviçre ceza kanununun 188. maddesinde suçun, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hali yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda failin, on altı yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış olan mağdur ile yetiştirme, bakma veya çalıştırma gibi sair bir ilişkinin sağladığı yakınlığı kötüye kullanarak cinsel ilişkiye girmesi veya onu cinsel ilişkiye teşvik etmesi halinde suçun sübuta ereceği kabul edilmektedir. Kanunun 189’uncu maddesinde ise suç teşkil eden fiilin cebir, tehdit veya şiddete dayalı olarak icra edilmesi durumu tanzim edilmiştir. Bu halde suçun sübutu için failin, suç teşkil eden fiiline karşı mağdurun direncini kırabilmek için ayrıca cebir, tehdit veya şiddet eylemlerini icra etmiş olması iktiza etmektedir.¹⁹

¹⁷ Şahin, a.g.e., s.16.

¹⁸ Funda Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2016, s.50.

¹⁹ Şarman, a.g.e., s.22.

C. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Döneminde Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna Karşılık Gelen Suçlar

01.03.1926 tarihinde kabul edilen 765 sayılı TCK, 13.03.1926 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır. 765 sayılı TCK, 79 yıl yürürlükte kaldıktan sonra 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, 5237 sayılı TCK’nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga olmuştur. 765 sayılı kanunda cinsel suçlar “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölüm altında tanzim edilmiştir. 5237 sayılı kanun sistematüğinden farklı olarak 765 sayılı kanunda, cinsel suç teşkil eden eylemler farklı suç olarak ayrı maddelerde tanzim edilmiştir. Bu bağlamda 765 sayılı TCK’da terminolojik olarak “çocukların cinsel istismarı suçu” kavramına yer verilmediğini de belirtmek isteriz.

Terminolojik olarak ilk defa 5237 sayılı TCK ile ihdas edilen “çocukların cinsel istismarı” suçuna karşılık gelen düzenlemeler, 765 sayılı TCK’nın 414 ile 418’inci maddeleri arasında tanzim edilmiştir. Bu bağlamda 765 sayılı kanunun 414’üncü maddesinde on beş yaşından küçük mağdura karşı işlenen ırza geçme suçunun basit ve nitelikli hâli; 415’inci maddesinde on beş yaşından küçük mağdura karşı işlenen ırza tasaddi suçunun basit ve nitelikli hali; 416’ncı maddesinde on beş yaşını tamamlamış mağdura karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi suçları; 417’nci maddesinde suçun birden fazla kişi tarafından icra edilmesi veya failin mağdur ile arasındaki ilişki dolayısıyla sahip olduğu sıfatı kötüye kullanmak suretiyle suç teşkil eden fiili icra etmesi gibi nitelikli hal düzenlemeleri; 418’inci maddesinde ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri tanzim edilmiştir.

Neticeten 5237 sayılı TCK’da 765 sayılı TCK’dan farklı olarak istismar teşkil eden fiillerin tamamı bir bütün halinde bir araya getirilerek TCK’nın 103’üncü maddesinde tanzim edilmiştir. Her iki kanun arasında suç tipinin düzenlendiği yer bakımından farklılıklar bulunduğu gibi fail veya fiil unsurları bakımından da farklılık arz eden birçok husus bulunmaktadır.

D. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Karşılaştırılması

1. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma

TCK'nın 102'nci maddesinde öngörülen “Cinsel saldırı” suçu, çocukların cinsel istismarı suçu ile kanunun aynı bölümünde tanzim edilmiştir. Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçunun düzenleniş biçimleri de dikkate alındığında her iki suç tipinin birbirine paralel bir düzenlemeyi haiz olduğu görülmektedir. Bu iki suç tipini birbirinden ayıran temel husus suçun yöneldiği kişidir. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin mağdurunun yetişkin bir kimse olması halinde failin icra etmiş olduğu fiil cinsel saldırı suçuna vücut verecektir. Buna karşılık suç teşkil eden fiilin mağdurunun çocuk olması halinde ise failin fiili çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Suçun mağdurunun evlenme veya mahkeme kararı ile daha erken yaşta rüştünü kazanması durumunda failin fiilinin hangi suça vücut vereceğine dair tartışmalara aşağıda ayrı bir başlık altında yer verildiğinden bu husus ayrıca değerlendirilmeyecektir.

2. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma

TCK'nın 105'inci maddesine göre, failin mağdura karşı cinsel amaçlı olarak icra ettiği ve fakat bedensel temas içermeyen sözlü, yazılı yahut vücut hareketleri ile gerçekleştirdiği davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla cinsel taciz suçunun sübuta erebilmesi bakımından failin cinsel amaçlı olarak icra etmiş olduğu fiilinin bedensel temas içermiyor olması icap etmektedir. Nitekim istismar suçu ile cinsel taciz suçunu birbirinden ayıran temel husus da failin suç teşkil eden fiili noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda failin cinsel amaçlı icra etmiş olduğu fiil neticesinde bedensel temas gerçekleşmişse cinsel taciz suçundan bahsedilemeyecektir. Bu halde temasın süreklilik arz etmesi durumunda fail istismar suçunun basit halinden; temasın süreklilik arz etmemesi durumunda ise fail sarkıntılık aşamasında kalmış istismar suçundan sorumlu olacaktır.

Cinsel taciz suçu ile istismar suçu arasındaki bir diğerk fark da suçun mağduruna yöneliktir. Kanunda cinsel taciz suçunun mağduru bakımından herhangi bir yaş sınırlaması öngörölmemiştir. Bu bağlamda cinsel taciz suçunun yetişkin veya çocuk ayrımı yapılmaksızın herkese karşı işlenebilmesi mümkündür. Nitekim suçun çocuklara karşı işlenmesi kanunda nitelikli hal olarak tanzim edilmiştir. Buna karşılık istismar suçunun mağdurunun ise cinsel taciz suçundan farklı olarak ancak çocuk olması icap etmektedir.

3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma

TCK'nın 104'üncü maddesine göre, on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneğini haiz mağdurun rızaen fail ile cinsel ilişkiye girmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmuş olur. Suçun oluşabilmesi için tarafların eyleminin mutlaka cinsel ilişkiye vücut vermiş olması gerekmektedir. Aksi halde tarafların cinsel ilişki boyutunda olmayan eylemleri bakımından herhangi bir suç oluşmayacaktır. Bu bağlamda cinsel ilişkinin varlığından bahsedebilmek için penetrasyonun vajinal veya anal yoldan gerçekleşmiş olması icap etmektedir. Dolayısıyla oral yoldan icra edilen eylemler bu suç kapsamında değerlendirilmemektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından önemli olan husus cinsel ilişkinin mağdurun rızasına binaen gerçekleşmiş olmasıdır. Bu bağlamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu cinsel istismar suçunun nitelikli halinden ayıran temel husus da ilişkinin mağdurun rızasına dayalı olarak gerçekleşmiş olmasıdır. Nitekim mağdur cinsel ilişkiye failin icra ettiği cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak rıza göstermişse somut olay bakımından cinsel istismar suçunun nitelikli halinin sübuta ereceğı kabul edilmektedir. Rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara aşağıda yer verildiğinden burada tekrar değinilmeyecektir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanun koyucunun ceza tehdidi ile korumayı amaçladığı ve bu bağlamda kendisini suç tipini ihdas etmeye iten soyut menfaat suçla korunan hukuki değer olarak ifade edilmektedir.²⁰ Bir başka deyişle suçla korunan hukuki değer, kanun koyucunun emir ve yasaklar ihdas ederek koruma altına aldığı hak ve menfaatler olduğu kabul edilmektedir.²¹ Bu hak ve menfaatlerin gözle görülebilen ve somut olarak elle tutulabilen maddi varlıklar olmaması hasebiyle, toplum içindeki huzur ve sükûnun devamı için korunması zaruri olan manevi değerlere karşılık geldiği kabul edilmektedir.²² Suçla korunan hukuki değer mutlaka tek bir hak veya menfaati karşılaması gerekmez, bazı suçlarda korunan hukuki değer birden fazla olabilmesi de mümkündür.²³

Suç teşkil eden fiil ile korunan hukuki değeri tespit edebilmek için çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği bölümün dikkate alınması iktiza etmektedir.²⁴ Bu bağlamda cinsel suçlar, TCK'nın İkinci Kitap, İkinci Kısım ve Altıncı Bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında tanzim edilmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda korunan hukuki değer, kişinin cinsel dokunulmazlığıdır. Dolayısıyla 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak cinsel istismar suçu bakımından korunan hukuki değer genel adap, aile düzeni veya toplumsal ahlaki değerler değil çocukların cinsel dokunulmazlığı ve cinsel gelişimi²⁵ olarak kabul edilmektedir.²⁶

²⁰ **Veli Özer Özbek- Koray Doğan- Pınar Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.211. Aynı yönde görüş için bkz. **Zeki Hafizoğulları- Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s.199.

²¹ **Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- M. Emin Alşahin- Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.378. Aynı yönde görüş için bkz. **Nevzat Toroslu- Haluk Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi Ankara, 2019, s.109; **Sulhi Dönmezer- Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s.33.

²² **Berrin Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.386.

²³ **Mustafa Özen**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.298.

²⁴ **Pınar Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.140.

²⁵ **Gökhan Taneri**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 3. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 299.

²⁶ **Veli Özer Özbek- Koray Doğan- Pınar Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.351-352.

Kanuni düzenleme ile mağdurun cinsel özgürlüğü korunmakla birlikte çocukların erken yaşta cinsel ilişki ile tanışmalarının önüne geçilerek sağlıklı bir cinsel gelişim sürecinin güvence altına alınması amaçlanmıştır.²⁷ Bu bağlamda çocuğun fiziksel, cinsel ve psikolojik gelişiminin dışardan bir etki olmaksızın tamamlanması ve çocuk ancak belli bir yaşa ve olgunluğa eriştikten sonra üzerinde tasarrufta bulunabileceği cinsel dokunulmazlığı korunmak istenmektedir.²⁸ Henüz gelişimini tamamlayamadan istismara maruz kalan çocukların sağlık ve psiko-sosyal gelişiminde büyük ölçüde rahatsızlık ve gerilemeler meydana geldiğinden, çocuğun gelişimini etkileyen fiiller suç olarak düzenlenmiştir.²⁹ Nitekim çoğu zaman mağdur, icra edilen fiillerin cinsel içerikte olup olmadığının bilincinde olamayacağından kanun koyucu on beş yaşından küçük çocukların rızasına hiçbir değer atfetmemiştir.³⁰

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Suçun kanuni tanımında yer alan bir fiili icra eden gerçek kişiler o suçun faili olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifade ile suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde hâkimiyet kurarak haksızlığı gerçekleştiren kişiye fail denir.³¹ Failliği suçun kanuni tanımında ifade ediliş şekline paralel olarak sınırlayabilmek mümkündür. Bu bağlamda TCK ve diğer özel kanunlarda öngörülen suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilecek şekilde tanzim edilmiştir.

²⁷ **Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- R. Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.426.

²⁸ **Murat Aydın**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.25.

²⁹ **Handan Yokuş Sevük**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.144.

³⁰ **Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- M. Emin Alşahin- Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.377.

³¹ **Mahmut Koca- İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.112. Aynı yönde görüş için bkz. **Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.187; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.360.

Çocukların nitelikli cinsel istismarının tanzim edildiği TCK'nın 103'üncü maddesinde özgü suça ilişkin bir düzenleme söz konusu olmadığından herkesin bu suçun faili olabilmesi mümkündür. Ancak suçun TCK'nın 103/3'üncü maddesinde öngörülen kişilerce işlenmesi, kanunda nitelikli hal olarak düzenlendiğinden böyle bir durumda fail hakkında hükmedilecek ceza miktarında artırım yapılması iktiza etmektedir.³²

Suçun faili on sekiz yaşından büyük bir kimse olabileceği gibi kanunda fail için herhangi bir kısıtlamanın öngörülmemiş olmasına paralel olarak çocuk olarak kabul edilen kimseler de bu suçun faili olabilir. Ancak failin çocuk olması halinde genel hükümler bahsinde ele alınan yaş düzenlemesinin göz önünde bulundurulması icap etmektedir.³³ Bu bağlamda failin içinde bulunduğu yaş grubuna göre aleyhine hükmedilecek ceza miktarından indirim yapılması gerekir.

Suç teşkil eden fiilin mağdur ile aynı cinsten olan kimseler tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir.³⁴ Nitekim meri ceza kanunumuzda, 765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak mağdurun vücuduna sair cisim ithal edilmesi halinde suçun sübuta ereceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla suçun sübutu için failin mutlaka erkek olması gerekmemektedir.

Cinsel arzuların bireyler tarafından kontrol edilebilmesi mümkündür.³⁵ Ancak özellikle ergenlik çağında olan çocukların, kendilerini cinsel yönden yeni yeni keşfetmeye başlamaları gibi biyolojik etmenler de dikkate alındığında cinsel arzuların kontrolü çocuklar bakımından yetişkinlere oranla biraz daha zor olmaktadır. Dolayısıyla suçun her iki tarafının çocuk olabilmesi de mümkündür. Nitekim ceza hukuku sistemimizde fail ve mağdurun tespiti bakımından herhangi bir

³² **Sami Gören**, En Son Değişikliklerle Açıklamalı- İtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.667. Aynı yönde görüş için bkz. **Osman Yaşar- Hasan Tahsin Gökcan- Mustafa Artuç**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.3326.

³³ **Didem Yeldan**, Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.314.

³⁴ **Ali Parlar- Meltem Banko**, 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.97.

³⁵ **Zeynep Sümer**, Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.6.

yaş tashihiye yer verilmediğinden³⁶ fail ile mağdurun aynı yaşta olabilmesi de mümkündür. Ancak bu husus fiil unsurunun içerisinde özel bir başlık altında ele alındığından aşağıdaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bazı Avrupa ülkelerinde fail ile mağdur arasındaki yaş farkına değinen ceza hukuku normlarına yer verildiği görülmektedir.³⁷ Bu bağlamda Türk doktrininde de fail ile mağdur arasındaki yaş farkını esas alan normatif düzenlemelerin ihdas edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Özellikle aşağıda detaylıca ele alındığı üzere suçun her iki tarafının çocuk olduğu fiiller bakımından fail ile mağdurun belirlenmesini yaş farkı esasına göre temellendiren görüşler, bu hususta kanuni bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim bu görüşü savunanlara göre mağdurun, cinsel yetkinlik bakımından daha üstün kişilerce bu suça maruz bırakıldığı kabul edilmektedir.³⁸

Öğretide faillerin bazı ortak özelliklere sahip olduğu, bu bağlamda söz konusu kişilerin çoğunlukla asosyal, eziklik psikoloji ile yaşayan veya kendisini zaten adi bir insan olarak gören karakterler olduğu ifade edilmektedir.³⁹ Yine yapılan incelemelere göre daha önce istismara uğrayan kimselerin sonraki yıllarda bu suçun faili olma ihtimallerinin yüksek olduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Bu bağlamda bazı yazarlar istismar suçunun faillerinin tespit edilebilmesi ve sonraki aşamada takiplerinin yapılarak rehabilitelerinin sağlanabilmesi için özel bir sicil tutulması gerektiğini ifade etmektedir.⁴¹

³⁶ **Turhan**, a.g.e., s.20.

³⁷ **Ayşe Nuhoğlu**, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt: 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 289-290.

³⁸ **Turhan**, a.g.e., s.21.

³⁹ **İsmail Altan Tülü**, Tecavüz Suçlarında ve Çocuk Cinsel İstismarcılarında Suç Analizi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.45.

⁴⁰ **Rana Yiğit**, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest”, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 3, 2005, s.92.

⁴¹ **Füsün Sokullu Akıncı- Selman Dursun**, Viktimoloji (Mağdur Bilim), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.94.

B. Mağdur

1. Genel Olarak

Kendisine karşı işlenen suç sebebiyle doğrudan zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi mağdur olarak kabul edilmektedir.⁴² Suçun pasif süjesi⁴³ olarak da isimlendirilen mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi olarak belirtilmektedir.⁴⁴ Bu bağlamda her suçun mutlaka bir mağduru olacağından hareketle suçun konusunun ait olduğu kişiler de mağdur sıfatını haiz olacaktır.⁴⁵

Nitelikli cinsel istismar fiilinin mağduru cinsiyet ayrımı yapılmaksızın ancak bir çocuk olabilir.⁴⁶ Mağdur on sekiz yaşını tamamlamış ise TCK'nın 102'nci maddesinde öngörülen cinsel saldırı suçu oluşur. Suçun akrabalık ilişkisi içerisinde bulunanlar tarafından işlenmesine yönelik nitelik hal açıklamalarımızda yer vereceğimiz üzere, bilhassa küçük çocukların ebeveynlerine ve diğer yakın hısımlarına olan düşkünlükleri sebebiyle bu suçun mağduru olduğu görülmektedir.⁴⁷ Nitekim ebeveynlerin ve bu bağlamda özellikle babaların küçük çocuklarına karşı veya diğer aile bireylerinin mağdur çocuğa karşı nitelikli cinsel istismar fiilini icra ettikleri rastlanılan bir olgudur. Yapılan araştırmalara göre Avrupa ülkelerinde meydana gelen istismar eylemlerinin, sıklıkla mağdur çocuğun aile büyüklerince icra edildiği görülmektedir.⁴⁸

⁴² <http://www.magdur.gov.tr/>, (E.T. 23.10.2019).

⁴³ **Doğan Soyaslan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.249.

⁴⁴ **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.138. Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.374; **Akbulut**, a.g.e., s.383; **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.114; **İzzet Özgenc**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.223.

⁴⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.374.

⁴⁶ **Aydın**, a.g.e., s.29.

⁴⁷ **Sokullu Akıncı/Dursun**, a.g.e., s.84.

⁴⁸ **Çakmut**, "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", s.38.

Mağdurun maruz kaldığı bu suçu yakınları ile paylaşması, yetiştiği aile ortamı ve içinde bulunduğu toplum yapısına göre değişiklik arz etmektedir.⁴⁹ Örneğin içine kapanık şekilde büyüyen bir çocuğun yaşadıklarını aile büyükleri veya üçüncü kişilerle paylaşması söz konusu olamayacağından bu karakterdeki çocukların davranışlarının gözlemlenmesi ve tespit edilen anormal bulgular bakımından ilgili meslek gruplarından destek alınması gerekmektedir. Aksi halde zamanında müdahale edilemeyen çocukların suçtan daha fazla zarar görmeleri çocuğun gelişimini menfi yönde etkileyecek önemli bir risk faktörüdür.⁵⁰ İstismar mağduru çocukların tamamında gözlemlenen birtakım ortak özellikler söz konusudur. Bunlar uzmanlar tarafından sürekli yıkanmak veya yıkanmayı reddetmek⁵¹, davranış bozuklukları, sürekli bir tedirginlik hali, herhangi bir konuyla ilgili gereğinden fazla alakadar olmak, sapkınlık boyutunda cinsel eylemlerde bulunmak veya tuvaletini kaçırmak gibi hareketler olarak ifade edilmektedir.⁵²

Türkiye'nin çocukların korunması bakımından uluslararası anlaşmalara taraf olması, bu hususta başta anayasal olmak üzere iç hukukunu çocukların gelişimini ve bu bağlamda sahip oldukları haklarını koruma altına almak amacı ile taraf olduğu sözleşmelere paralel olarak revize etmesi ve ihdas edilen mevzuat hükümleri bakımından yapılan bu çalışmalar devletin istismar suçlarına karşı tutumunu açıkça ortaya koymaktadır.⁵³

Ceza hukuku bağlamında kimlerin çocuk olduğu TCK'nın 6'ncı maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre on sekiz yaşını doldurmamış kişilere çocuk denir. Benzer şekilde ÇKK'nın 3'üncü maddesine göre daha erken yaşta rüştünü kazansa dahi on sekiz yaşını tamamlamamış kimseler çocuk olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle mağdur evlenme veya mahkeme kararı ile rüştünü kazanmış olsa

⁴⁹ **Muhammet Cevher Tat- Ahu Öztürk**, "Çocuk Cinsel İstismarında Kendini Açığa Vurma Sürecine Ekolojik Sistem Modeli Yaklaşımı" *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt: 11, Sayı: 3, 2019, s.364.

⁵⁰ **Ayşe Nur Akın Ün**, *Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler ve Mağdurun Korunması*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2019, s.69.

⁵¹ **Yiğit**, "Çocukların Cinsel İstismarı ve Enstest", s.93.

⁵² **İshak Aydemir- Fayik Yurtkulu**, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi", *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2012, s.154.

⁵³ **Fatih Selami Mahmutoğlu- Serra Karadeniz**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.57.

dahi suç teşkil eden fillerin istismar suçunun nitelikli haline vücut vereceğini söyleyebilmemiz mümkündür.⁵⁴

Bu suç bakımından mağdurun yaşı önemli bir faktör kabul edildiğinden, gelişim sürecinde ve küçük yaşta bu suça maruz kalması halinde mağdur, yaşadığı vakianın kendisine zarar veren bir durum olduğunun bilincine varamazsa cinsel ilişkinin iyi bir şey olduğunu zannederek bu durumu kanıksayabileceği belirtilmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla mağdurun yaşının, suçun sübutu halinde sanığa verilecek ceza miktarı üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır. Nitekim ceza hukuku sistemimizde de mağdurun yaşına paralel olarak fail hakkında hükmedilecek ceza miktarı değişkenlik göstermektedir. Bu bağlamda zincirleme suç kapsamında icra edilen bu suçta, mağdurun hangi yaş grubuna dâhil olduğunun tespit edilebilmesi için suçun mağdura karşı ilk defa işlendiği tarihin saptanması ve mağdurun bu tarihte kaç yaşında olduğunun belirlenmesi iktiza etmektedir.⁵⁶

Mahkemede mağdur çocuğun yaşına yönelik bir tereddüt hâsıl olursa, mutlaka CMK'nın 218/2 maddesi uyarınca nisbi muhakeme yapılması ve mağdurun gerçek yaşının tespit edilmesi icap etmektedir.⁵⁷ Yaş tespiti yapılmak istenen kişi hakkında daha önce hukuk mahkemesi tarafından bu hususta bir karar verilmiş olması ceza mahkemesi tarafından yapılacak yaş tashihine engel teşkil

⁵⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Gökhan Taneri**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.909.

⁵⁵ **Tülü**, a.g.e., s.28.

⁵⁶ **Mustafa Arslantürk**, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Konya, 2019, s.250.

⁵⁷ **Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Hakim ve Savcı Eğitim Merkezi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, II. Baskı, Ankara, 2018, s.112-113.: "...Sanık S.T.'in 01/01/1989 olan doğum tarihinin Menemen Asliye Hukuk Mahkemesinin 25.02.2011 tarihinde kesinleşen 2008/195 Esas, 2010/847 Karar sayılı ilamı ile 01/01/1990 olacak şekilde düzeltilmiş olup bu değişiklik yargılama aşamasında dosyaya yansımamıştır. Kamu davası açıldıktan sonra CMK'nın 218/2 maddesi uyarınca sanığın yaşının düzeltilmesi görevi yargılamayı yapan ceza mahkemesine aittir. Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın saptanmasıdır. Hukuk mahkemelerinden verilmiş kesinleşen mahkeme kararlarının ceza yargıcını bağlamayacağı esası kabul edilerek, Nüfus Yasasında öngörülen yöntemin izlenerek Menemen Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/195 Esas, 2010/847 Karar sayılı dava dosyası, nüfus kayıtları, sanığın görünürdeki hali, bilimsel görüşlere dayalı olarak alınacak bilirkişi raporları ile geçerli diğer deliller toplandıktan sonra sanığın gerçek yaşının saptanması gerekirken yaş değişikliği dikkate alınmadan mahkûmiyet hükmü kurulması..." (**Yargıtay 6. Ceza Dairesi 2015/568 E., 2015/38165 K. ve 06.03.2015 T.**)

etmeyecektir.⁵⁸ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2016/73 Esas, 2020/40 Karar ve 30.01.2020 tarihli içtihadında da, sanık hakkında yapılan yargılama tarihinden sonra, hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanan yaş tashihiinin ceza yargılaması bakımından bağlayıcı olmadığına karar verilmiştir. Bu bağlamda kovuşturmayı yapan mahkemece mağdurun nüfus kayıt örneği ile resmi kurumlarda doğanlar için doğum kaydı dosyaya celp edilir. Mağdur resmi bir kurumda doğmamış ise yaş tespitinin sağlanabilmesi için kemik grafileri çektilirerek tam teşekküllü bir hastaneden, heyet içerisinde mutlaka radyoloji uzmanının da bulunduğu bilirkişi raporu alınır. Böylece mağdur çocuğun yaş tashihi sağlanarak hangi yaş kategorisinde olduğu veya on sekiz yaşından büyük olup olmadığı mahkemece tespit edilmiş olur.

Ceza hukuku sistemimizde bu suçun mağduru, on beş yaşını tamamlamış çocuklar ile on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar şeklinde kategorize edilmiştir. Ancak öğretilerde bazı yazarlar mağdur çocuklar bakımından yapılan yaş tasnifinin failliğe yönelik düzenlemeye paralel olması gerektiğini, nitekim suç teşkil eden fiilin on beş yaşını tamamlamamış mağdurların tamamında aynı etkiyi uyandıracaklarını kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁵⁹

**a) On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte
Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş
Çocuklar**

On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı rızaen de olsa icra edilen her türlü cinsel davranış TCK'da suç olarak tanzim edilmiştir. Bir başka

⁵⁸ Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına ilişkin detaylı açıklamalar bakımından Bkz. **Kurt**, a.g.e., s.42-43.

⁵⁹ **Ebru Altaş**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s.12.

ifade ile birinci grup çocuklar içerisinde yer alan mağdur çocuğun suç teşkil eden fiile yönelik rızasının bulunup bulunmaması suçun sübuta ermesine engel teşkil etmeyecektir.⁶⁰ Akıl hastaları ile sağır veya dilsizlerin de birinci grup çocuk kategorisinde değerlendirildiğini belirtmek gerekir.

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklardan anlaşılması gerekenin ayırt etme gücü bulunmayan kişiler olduğu ifade edilerek, kusur yeteneğinin hukuki esası, kişinin fiilini idrak etmesi ve bu bilinçle eylemlerini icra edebilmesi şeklinde belirtilmektedir.⁶¹ Dolayısıyla bu yaş grubuna dâhil olan çocukların zatlarını müdafaa kabiliyetlerinin bulunmadığı kabul edilmektedir.⁶² Bu bağlamda on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar aynı mağdur çocuk grubu içerisinde değerlendirilmiş ve bu kişilere yönelik fiillerde mağdurun rızası olsa dahi failin sorumluluğu kabul edilerek⁶³, bu yaş grubundaki çocukların rızaları geçersiz addedilmiş, böylece çocuğun hem kendisine hem de üçüncü kişilere karşı müdafaası sağlanmıştır.⁶⁴

Yargılamada on beş yaşını tamamlamış bir çocuğun algılama yeteneğine sahip olmadığının araştırılması yönünde taraflarca veya Cumhuriyet savcısı tarafından herhangi bir talep hâsıl olmamışsa ya da mahkemece re'sen bu yönde bir karar alınmamışsa bu hususta bir araştırma yapmaya hacet bulunmamaktadır.⁶⁵ Buradan hareketle on beş yaşını doldurmuş çocukların kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olduğunun karine olarak kabul edildiğini söyleyebilmemiz mümkündür. Ancak on beş yaşını tamamlamış mağdurun şahsına karşı icra edilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama

⁶⁰ **Didem Yeldan- Gökhan Taneri**, Cinsel Suçlarda Beraat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.39.

⁶¹ **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.344.

⁶² **Şarman**, a.g.e., s.49.

⁶³ **İbrahim Şahbaz**, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.1232.

⁶⁴ **Fahri Gökçen Taner**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.292.

⁶⁵ **Ahmet Ceylani Tuğrul- Murat Ceylani Tuğrul**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Enstest İlişkiler, Detamat Matbaacılık, Ankara, 2018, s.299-300.

yeteneğine sahip olmadığına dair dosyada bir emare varsa yahut bu hususun tespiti talep edilmişse bu hususta rapor alınması gerekmektedir.⁶⁶

On beş yaşını tamamlamamış mağdurlar bakımından bir diğer problemli saha ise kamu davasına katılma hakkının kime ait olduğu meselesidir. Bu husus çoğunlukla uygulamada sorun oluşturmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile kabul edildiği üzere, on beş yaşından küçük mağdurun kanuni temsilcileri şikâyetçi olmamasına rağmen, mağdura yaşı sebebiyle tayin edilen zorunlu vekilin sanıktan şikâyetçi olduğu bir durumda kanuni temsilcilerin iradesine üstünlük tanınarak zorunlu vekilin katılma talebinin reddedilmesi gerekmektedir.⁶⁷ Benzer şekilde mağdur ile velayet hakkına sahip kanuni temsilcisi arasında menfaat çatışması bulunması halinde ise mağdurun kamu davasında temsil edilebilmesini sağlamak için kayyım tayin edilmesi iktiza etmektedir.⁶⁸

⁶⁶ “...Dosya içerisinde yer alıp Malatya İnönü Üniversitesi... Tıp Merkezince düzenlenen 18.08.2011 tarihli sağlık kurulu raporunda, mağdurda hafif zekâ geriliği bulunduğu bildirilmesi ve ilk derece mahkemesince bu hususta ayrıntılı sağlık kurulu raporu aldırılmaması karşısında, mağdurda herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, varsa bundan dolayı olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, durumunun hekim olmayanlar ile kendisini tanıyanlar ve çevresinde yaşayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. ihtisas kurulundan rapor alındıktan sonra neticesine göre uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/10192 E., 2019/9501 K. ve 07.05.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.:30.01.2020)

⁶⁷ “...Bu nedenlerle, katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nın 234/2. madde ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır. Diğer taraftan, davaya katılma mağduru hukuken yükümlülük altına sokan bir işlem olmayıp mağdurun haklarının korunması açısından yararınadır. Dolayısıyla çocuğun kanuni temsilcisinin açık biçimde temsil görevini kötüye kullanarak çocuğun mağdur olduğu bir suçtan açılan kamu davasına katılmaması halinde Çocuk Koruma Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri uyarınca gerekli koruyucu tedbirlerin alınması mümkündür. Mağdurun kanuni temsilcisinin, mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisi bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması durumunda ise Medenin Kanunun 426/2. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve kayyım atanması sağlanmak suretiyle, kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14-287 E., 2014/273 K. 20.05.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.:30.01.2020)

⁶⁸ “...Mağdurun kanuni temsilcisinin mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisi bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması durumunda ise Medeni Kanun'un 426/2. Maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve kayyım atanması sağlanmak suretiyle, kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2019/14-46 E., 2019/184 K. ve 12.03.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 30.01.2020)

b) On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklar

On beş yaşını tamamlamış ve kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş mağdur çocuklarla ilgili ikili bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nitekim fiilin işleniş şekline göre suç tipi farklılık arz edecektir. Bu bağlamda TCK'nın 103/1-b maddesine göre on beş yaşını tamamlamış ikinci grup çocuklar içerisinde yer alan mağdura yönelik, organ veya sair cismin ithali şeklinde icra edilen fiil cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene bağlı olarak gerçekleşmişse cinsel istismar suçunun nitelikli halinin sübuta erdiği kabul edilmektedir.

On beş yaşını tamamlamış çocukların rızası ile gerçekleşen ve taraflar arasındaki cinsel davranışların penetrasyon ile sonuçlanmadığı eylemler bakımından failin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.⁶⁹ Bir başka ifade ile on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocukların rızası, failin cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlarını hukuka uygun hale getirecektir.⁷⁰ Örneğin on altı yaşını tamamlamış mağdurun rızası, onunla öpüşen failin bu fiilini hukuka uygun kılacaktır. Ancak bu yaş grubunda yer alan mağdura karşı icra edilen eylemde kanunun 103/2'nci maddesinde öngörülen duhulün kısmen de olsa gerçekleşmesi halinde, her ne kadar mağdurun rızası ile gerçekleşen bir durum söz konusu olsa da TCK'nın 104'üncü maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sübuta ermiş olacaktır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 104'üncü maddesi on beş yaşını tamamlamış çocukların rızasına istinaden icra edilen cinsel ilişki boyutundaki fiilleri cezalandırmaktadır.

Uygulamada önemli ölçüde sorun arz eden bir husus da mağdur çocuğun şikâyetinden vazgeçmesi halinde vekilinin kanun yoluna başvuru hakkının olup olmadığı meselesidir. İfadesinin alındığı tarihte on beş yaşını bitirmiş olan mağdur çocuk, failden şikâyetçi olmadığını belirttiği takdirde vekilinin kanun yoluna başvuru

⁶⁹ **Mustafa Artuç**, Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.595.

⁷⁰ **Sinan Kocaoğlu**, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.280. Aynı yönde görüş için bkz. **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.68.

hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda on beş yaşından büyük mağdurun iradesine üstünlük tanınması icap etmektedir.⁷¹

C. Suçun Maddi Konusu

Suçta vücut veren fiilin, üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey suçun maddi konusunu ifade etmektedir. Çocukların nitelikli cinsel istismarı bakımından suç teşkil eden fiil on sekiz yaşından küçük çocuklar üzerinde icra edildiğinden, suçun maddi konusunu on sekiz yaşını tamamlamamış çocukların kendisi oluşturmaktadır.⁷²

D. Fiil

Suçun kanuni tanımında ifade edilen veya ifade edilmemekle birlikte kanunda öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olan ve dış dünyada beliren iradi insan davranışlarına fiil denir.⁷³ Fiil eksenli bir anlayışa sahip olan ceza hukuku sistemimizde öncelikle failin dış dünyada meydana getirdiği davranışın fiil vasfını haiz olup olmadığının tespit edilmesi iktiza etmektedir.⁷⁴ Dolayısıyla suç teşkil eden fiilin varlığı için dış dünyada meydana gelen davranışın suçun kanuni tanımına uygun olması⁷⁵ ve kanunda suç teşkil eden neticeye sebebiyet vermesi icap etmektedir.⁷⁶ Bu bağlamda dış dünyaya yansımayan ve kanuni neticeyi karşılamayan

⁷¹ “...Kayden 02.04.1998 doğumlu olup kovuşturma evresinde ifadesinin alındığı 08.07.2013 günlü duruşmada on altı yaşının içerisinde bulunan mağdurenin, vekil huzurunda verdiği beyanında sanıklar hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğini belirtmesi karşısında yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükümleri temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı kanunun 8/1 maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nın 317.maddesi uyarınca REDDİNE...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/10568 E., 2017/788 K. ve 16.02.2017 T.) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T.: 30.01.2020)

⁷² **Taner**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.300. Aynı yönde görüş için bkz. **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.144; **Taner**, a.g.e., s.290.

⁷³ **Zafer**, a.g.e., s.227. Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.296; **Hakeri**, a.g.e., s.151; **Demirbaş**, a.g.e., s.220; **Özgenç**, a.g.e., s.179.

⁷⁴ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295.

⁷⁵ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.120.

⁷⁶ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.83.

tasavvur, arzu veya dileklerin ceza hukuku sınırlarının dışında kaldığı kabul edilmektedir.⁷⁷

TCK’da tanzim edilen suç tipleri icrai veya ihmali hareketle işlenebilecek şekilde ihdas edilmiştir.⁷⁸ Kanunda öngörülen suçların hangi fiil ile gerçekleşeceği açıkça tarif edilmiş olabileceği gibi, sadece o suçla ilgili neticeye yer verilmek suretiyle o neticeyi meydana getirecek herhangi bir fiilin söz konusu suça vücut vereceğinin belirtilmiş olması da mümkündür. Örneğin TCK’nın 103’üncü maddesinde, hangi fiilin istismar suçunun hangi boyutuna vücut vereceği açıkça düzenlenmiştir.⁷⁹

765 sayılı eTCK döneminde mağdur çocuğa yönelik suç teşkil eden fiiller on beş yaşını tamamlamış ve tamamlamamış çocuklar için ayrı maddelerde ele alınmıştır. On beş yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik suç teşkil eden fiil eTCK’nın 414’üncü maddesinde tanzim edilmiştir. Burada on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı suçun cebir, tehdit veya hileli hareketlerle işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak tanzim edilmiştir. Bu bağlamda 5237 Sayılı TCK ile eTCK’ya paralel bir düzenlemenin yapıldığını söyleyebilmemiz mümkündür. On beş yaşını tamamlamış çocuklara yönelik suç teşkil eden fiil ise eTCK’nın 416’ncı maddesinde tanzim edilmiştir. Bu düzenlemede de on beş yaşını tamamlamış çocuklar bakımından kullanılan cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer haller, eTCK’da olduğu gibi 5237 sayılı TCK’da da suçun unsuru olarak kabul edilmiştir.

Terminolojik olarak çocukların cinsel istismarı suçu terimi ilk defa 5237 sayılı TCK döneminde benimsenmiş ve cinsel suçların çocuklara karşı işlenmesi halinde oluşan suç tipi olarak kanunda tanzim edilmiştir. Nitelikli cinsel istismar fiili ise çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği 103’üncü maddenin ikinci

⁷⁷ **İsmail Çelik**, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2018, s.36.

⁷⁸ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.97.

⁷⁹ **Selman Dursun**, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 24, 2014, s.60.

fikrasında bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre mağdurun vücuduna organ veya sair bir cismin ithal edilmesi halinde bu suçun oluştuğu kabul edilmektedir. Bir başka ifade ile suçun oluşabilmesi için penetrasyonun gerçekleşmesi (organ veya sair cismin mağdurun vücuduna nüfus etmesi) gerekmektedir.

Failin organ veya sair cismi mağdura ithal etmesi, istismar suçunun nitelik halini mi yoksa tek başına müstakil bir suçu mu oluşturacağı öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar TCK'nın 103/2'nci maddesinin kanunda cinsel istismar suçunun nitelikli hali olduğunu, bu bağlamda müstakil bir suç düzenlemesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir.⁸⁰ Nitekim kanun koyucu penetrasyonun gerçekleşmesine bağlı olarak, haksızlık içeriği daha ağır olan bu fiille ilgili temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak ceza miktarını daha yüksek tanzim etmiştir.⁸¹ Öğretilerde bu görüşün aksini savunan yazarlar ise, failin mağdura organ veya sair cisim ithal etmesi halinde bağımsız bir suç olarak nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağını ifade etmektedir.⁸² Gerekçe olarak ise, kanun koyucunun 765 sayılı kanunda zikredilen ırz ve namus ile bu kavramlara tecavüzü belirtmek üzere söylenen geçme ve tasaddi ifadelerinin bilinçli olarak kullanılmadığı belirtilmektedir.⁸³ Nitekim 765 sayılı kanunda zikredilen ırzın, erkeğin onuru olarak anlaşıldığı ve bu ifadenin kadını değersizleştirdiği kabul edilmektedir.⁸⁴

Kanaatimizce TCK'nın 103/2'nci maddesinde yer alan düzenlemenin cinsel istismar suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilmesi iktiza etmektedir. Nitekim 765 sayılı eTCK sistematığında zaten farklı bir suç tipi olarak öngörülen bu fiil, 5237 sayılı TCK sistematığında önceki kanunun dağınık yapısından farklı olarak, bütünlük

⁸⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.383. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334. **Fatma Ayrıl**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.69.

⁸¹ **Bünyamin Uçan**, Çocukların Cinsel İstismarı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2019, s.63.

⁸² **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.394. Aynı yönde görüş için bkz. **Gülşah Bostancı Bozbayındır**, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku, Cilt: 2, Kişilere Karşı Suçlar (1), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.513; **Kocaoglu**, a.g.e., s.301; **Tuğrul/Tuğrul**, a.g.e., s.315; **Baytemir**, a.g.e., s.423.

⁸³ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.394.

⁸⁴ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.180.

sağlayabilmek gayesiyle ve kanun koyucunun bilinçli iradesi ile çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali olarak tanzim edilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu, düzenlemenin yer aldığı madde metninde, istismar suçunun basit halinden farklı olarak haksızlık içeriği daha ağır olan bir neticenin hangi fiillerle icra edilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla özel norm niteliğinde olan bu düzenlemenin, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilmesi icap etmektedir.

Çocukların nitelikli cinsel istismarı, icrai hareketle işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun tamamlanması bakımından organ veya sair bir cismin ne kadarının mağdura duhul ettiğinin herhangi bir önemi bulunmadığı gibi failin tatmin olup olmamasının da hiçbir önemi yoktur. Bu bağlamda organ veya sair bir cismin, kısmen de olsa mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan ithal edilmiş olması halinde suç tamamlanmış olur.⁸⁵

Kanun maddesinde sair cisim kavramına yer verilmesi dolayısıyla suç teşkil eden fiil, erkek fail tarafından kadın mağdura karşı icra edilebileceği gibi kadın fail tarafından erkek mağdura veya fail ile aynı cins olan mağdurlara karşı da icra edilebilmesi mümkündür. Böylece 765 sayılı eTCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK ile mağdura sair cisim ithal edilmesi halinde de bu suçun oluşabileceği kabul edilmiştir. Nitekim eTCK döneminde mağdura cinsel organ dışında ithal edilen sair bir cisim söz konusu olduğunda bu fiilin ırza tasaddi olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁸⁶

Suçla ilgili bir diğer tartışma konusu ise mağdurun herhangi bir vücut boşluğuna organ veya sair bir cismin ithal edilmesi halinde nitelikli halin meydana gelip gelmeyeceği meselesidir. Nitelikli halin meydana gelebilmesi için mağdura ithal edilen organ ile bu organın duhulü istenen vücut bölgesinden en az birinin

⁸⁵ “...Mağdurenin adli raporundaki tespitlerin de tüm bu beyanlarla uyumlu olup mağdurenin vajinasına organ sokulduğunu göstermesi karşısında, cinsel istismar suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için mağdurenin vücuduna kısmen de olsa cisim ya da organ tahvil edilmesi yeterli olup kızlık zarının bozulup bozulmamasının bir öneminin bulunmadığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin vücuda organ sokulması suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/574 E., 2015/338 K. ve 20.10.2015) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

⁸⁶ **Nur Centel**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012, s.274.

cinsel organ özelliği taşıması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁷ Başka bir ifade ile organ veya sair bir cismin vücudun cinsellik özelliği taşıyan bir yerine ithal edilmesi gerekir.⁸⁸ Dolayısıyla vücuda ithal edilen organın veya duhulün gerçekleştiği bölgenin fiziki fonksiyonunun tespit edilerek suçun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi icap etmektedir.⁸⁹ Bu bağlamda mağdurun kulağına ya da burun deliğine organ veya sair bir cismin ithali, istismar suçunun nitelikli halini oluşturmayacaktır.⁹⁰ Kulak veya burun deliği gibi organlara penis ithal edilmesi mümkün olamayacağından, bu organlara parmak veya kalem sokulması halinde mağdurun cinsel özgürlüğünün ihlal edildiğini söylemek mümkün olmayacaktır.⁹¹ Nitelikli halin meydana gelebilmesi için cinsel arzuları tatmin amacının aranmadığı, TCK'nın 103'üncü maddesi gerekçesinin aynı kanunun 102'nci maddesinin gerekçesine yaptığı atıftan açıkça anlaşılmaktadır.⁹²

Değiniilmesi gereken bir diğer husus da mağdura oral yoldan cinsel organ dışında herhangi bir organ veya sair bir cismin ithal edilmesi meselesidir. Suç teşkil eden fiilin sübutu için ithal edilen veya duhulün gerçekleştiği organlardan birinin cinsel organ niteliğini haiz olması icap ettiğinden mağdura oral yoldan cinsel organ dışında herhangi bir organ veya sair bir cisim ithal edilmesi halinde istismar suçunun nitelikli hali oluşmayacaktır.⁹³ Örneğin failin, mağdurun ağzına parmağını sokması halinde istismar suçunun nitelikli hali oluşmayacaktır. Bu halde failin cinsel

⁸⁷ "...5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesindeki "organ" tabiriyle ilgili olarak, Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte anal veya vajinal bölgelere yönelik organ sokma eylemlerinde cinsel organ dışında vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak veya herhangi bir cismin vücuda sokulması halinde suçun nitelikli halinin oluşacağı, ancak ağzın cinsel organ olmadığı, vücuda sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması, vücuda organ sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak veya dilin sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıyamaması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği, bu kapsamda dosya içeriğine göre sanığın, mağdurun ağzına soktuğu cismin cinsel organı olduğu hususunun şüphede kaldığı ve mevcut haliyle eylemin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilerek, anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/8397 E., 2018/1186 K. ve 20.02.2018 T.)

⁸⁸ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.181.

⁸⁹ Ali Parlar- Mustafa Öztürk, Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s.102.

⁹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.3336.

⁹¹ Taner, a.g.e., s.166-167.

⁹² Bkz. madde gerekçesi.

⁹³ Kaya, a.g.e., s.75.

arzularını tatmin amacı söz konusu fiil istismar suçunun basit haline vücut vermiş olur.

Suçun sübutu için cinsel arzuları tatmin amacı aranmadığından, penetrasyonun gerçekleşmediği durumlarda eylemin hangi suça vücut vereceğinin veya eylemin teşebbüs aşamasında mı kaldığının tespit edilmesi icap etmektedir. Örneğin failin mağdura organ veya sair bir cisim ithal etme imkânı varken sırf mağduru tezyif etmek için fiilini tamamlamamış olması söz konusu olabilir. Yargıtay içtihatlarında bu gibi fiillerin hakaret suçuna vücut vereceği kabul edilmektedir.⁹⁴ Çünkü bu gibi eylemlerde cisim mağdura ithal edilmemiştir. Belirtmek gerekir ki mağduru tezyif etmek için gerçekleştirilen bu gibi eylemlerde suçun nitelikli haline teşebbüsten bahsedilmesi mümkün değildir. Nitekim teşebbüsten bahsedebilmek için failin kast ettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamış olması gerekir. Bu gibi eylemlerde ise failin kastı zaten fiili tamamlamaya yani cismi mağdura ithal etmeye yönelik olmayıp mağduru tezyif etmeye yöneliktir. O ana kadar icra edilen eylemler bakımından failde cinsel arzuları tatmin amacı bulunmadığından istismar suçunun basit hali de gerçekleşmeyecektir. Kanaatimizce böyle bir eylemi icra eden failin hakaret suçundan cezalandırılması ve neticeten cinsel suçlara oranla çok daha az ceza alması, suç teşkil eden bu fiile yönelik caydırıcılığı engellemektedir.

⁹⁴ “...Sanıkların, evlerine götürdükleri müştekiyi şantaj ve cebirle zorlayıp su şişesinin üzerine oturmasını söylemelerinin ardından anüsünden içeri girmeyecek şekilde şişe üzerine oturan müştekiyi sanıklar... ile ...'nın video kaydına aldıkları, olayda sanıkların imkânları olduğu halde şişeyi müştekinin anüsüne sokmadıkları, bu haliyle eylemlerinin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturmayacağı, cinsel amaç içermeyen eylemde basit cinsel saldırı suçunun da kanuni unsurları itibarıyla oluşmayıp fiilin müştekiyi küçük düşürmek amacıyla yapılması sebebiyle hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkumiyet hükümleri kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/10300 E., 2017/4512 K. ve 05.10.2017 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

“...Sanıklar ...ile ...ve suça sürüklenen çocuklar ... ile ...'ın mağduru gezmek bahanesiyle ...'nın kullandığı araca bindirdikleri araç içerisinde Bekir'in kız arkadaşının fotoğraflarını bilgisayara indirmesinden dolayı mağduru darp ettikleri ve bir süre sonra götürdükleri parkta mağduru tekrar darp ettikten sonra...in diğer sanık ...'nın aracında bulunan 10 litrelik pet şişeyi getirip üzerine oturmasını istediği mağdurun pet şişe üzerine oturmasının ardından cep telefonu ile kayıt yaptığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurun kendi ifadesinde pet şişenin ağzının çok büyük olmasından dolayı anüsüne girmedikçe beyan etmesi, fiilen o büyüklükteki bir pet şişenin mağdurun anüsüne girmesinin mümkün olmadığını sanıklar ile suça sürüklenen çocuklar tarafından da bilineceği, sanıklar ve suça sürüklenen çocukların eylemlerine devam etme imkanı varken sonlandırmaları karşısında; eylemlerinin çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçu ve ayrıca cinsel arzuları tatmin amacı da bulunmaması sebebiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını oluşturmayacağı, ancak mağduru aşağılama ve küçük düşürme kastıyla hareket etmeleri sebebiyle eylemlerin hakaret suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/10042 E., 2016/7746 K. ve 14.11.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

Dolayısıyla toplum nezdinde caydırıcılığı sağlayabilmek adına kanun koyucu tarafından, hakaret suçu içerisinde bu gibi fiillere yönelik cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal düzenlemesine yer verilmesi icap etmektedir.

Fail, her ne kadar mağduru tezyif etmek için hareket etmiş olsa da penetrasyon gerçekleştiği anda artık bu tartışmaların yapılmasına lüzum yoktur.⁹⁵ Nitekim bu halde suçun kanuni tanımında öngörülen fiil gerçekleşmiş olduğundan fail bu suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Örneğin İstanbul'da bir ilk derece mahkemesi yargılamasına konu olan eylemde fail, on iki yaşından küçük oğluna yaramazlık yapmasından ötürü sinirlenmiş ve onu diğer aile bireylerinin önünde diz çöktürüp penisini mağdurun ağzına sokarak tezyif etmek istemiştir. Mağdurun alınan ifadelerinde, babasının cinsel organının ölü vaziyette olduğunu söylemesi ve eylemin saniyelik denebilecek şekilde çok kısa süreli olması failin fiilini cinsel amaçla icra etmediğini ortaya koymaktadır. Ancak suçun sübutu için cinsel arzuları tatmin amacı aranmadığından fiil istismar suçunun nitelikli haline vücut vermektedir.

Suç teşkil eden fiilin yaşayan bir kimseye yönelik icra edilmesi iktiza etmektedir. Eğer söz konusu fiil, ölmüş bir kimsenin bedenine karşı gerçekleştirilmişse TCK'nın 130/2 maddesinde düzenlenen suç sübuta ermiş olacaktır. Örneğin fail organ veya sair bir cismi mağdur hayatını kaybettikten sonra bu kişinin cesedine ithal etmişse fail hakkında TCK'nın 130/2 maddesinin tatbik edilmesi icap etmektedir.⁹⁶

Suç teşkil eden fiilin mutlaka fail tarafından doğrudan doğruya mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmez. Dolaylı faillik başlığı altında açıklayacağımız üzere, failin mağduru kendi vücudu üzerinde eylemde bulunmaya zorlaması halinde de bu suçun fiil unsuru gerçekleşmiş olur. Örneğin fail cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir sebebe bağlı olarak, mağdurun kendi vajinasına

⁹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. **Sümer**, a.g.e., s.43.

⁹⁶ **Çetin Akkaya**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.172. Aynı yönde görüş için bkz. **Kocaoğlu**, a.g.e., s.272; **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.207; **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.409; **Şarman**, a.g.e., s.77.

veya anüsüne herhangi bir cisim sokmasını sağlamışsa suçun fiil unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.

1. Fiilin On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklara Karşı Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Diğer Hallere Dayalı Olarak Gerçekleştirilmesi

Suçun on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı işlenebilmesi için fiilin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer hallere dayalı olarak icra edilmiş olması iktiza etmektedir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen hallerin mağdurun mukavemetini ortadan kaldırarak nitelikte olması gerekmez. Bu bağlamda kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere mağdurun iradesinin etkilenmesi yeterli kabul edilmektedir.⁹⁷

a) Cebir

Mağdurun bir şeyi yapması veya yapmaması yahut failin o şeyi yapmasına müsaade etmesi için mağdurun zorlanmasına cebir denir. Cebirin varlığından bahsedebilmek için zorlamanın doğrudan doğruya mağdura yönelik, karşı konulamayacak ve kurtulanamayacak şekilde icra edilmesi gerekir.⁹⁸ Maruz kaldığı cebir sebebiyle acı hisseden mağdur, bu acının etkisi ile failin istediği davranışları gerçekleştirmektedir.⁹⁹ Örneğin failin mağdura tokat atması, ellerini bağlaması, kolunu geriye bükmesi neticesinde mağduru cinsel ilişkiye maruz bırakması cebir kapsamında değerlendirilmektedir.

⁹⁷ **Taner**, a.g.e., s.303.

⁹⁸ “...Yeğeni olan mağdureye karşı daha önce iki kez nitelikli olmayacak şekilde cinsel istismarda bulunan sanığın, son olayda da evde kimsenin bulunmadığı sırada kapıyı kilitleyip mağdurenin kıyafetlerini çıkartarak ellerini bağladığı, cinsel organını okşadığı...” (**Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/8 E., 2014/186 K. ve 15.04.2014**) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

⁹⁹ **Bilgehan Savaşçı**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 65.

Harici üçüncü bir kişiye tatbik edilen güç, cebir kapsamında değerlendirilemeyecektir. Failin, direncini kırmak ve fiiline rıza göstermesini sağlamak için mağdurun yakınına tatbik ettiği cebir, mağdura yönelik tehdit olarak kabul edilir.¹⁰⁰ Tehdidin varlığı halinde mağdur, fail tarafından ilerde gerçekleştirilmesi muhakkak bir tehlike ile karşı karşıya iken cebir de ise o an itibarıyla mağdura uygulanan zorlayıcı bir gücün meydana getirdiği tehlike söz konusudur.¹⁰¹ Bu bağlamda cebiri, tehditten ayırt edici hususun mağdura tatbik edilen zor kullanma hareketleri olduğunu söylememiz mümkündür.¹⁰²

Failin, suç teşkil eden fiilinin devamı süresince mağdura cebir uygulaması gerekmez.¹⁰³ Bu bağlamda cebirin mağdurun direncini ortadan kaldırmaya elverişli olması kâfidir. Nitekim buradaki cebir, failin cinsel istismar suçunu gerçekleştirebilmesi için bir araç olarak kullanıldığından, amaca ulaşmak için uygun şekilde tatbik edilmesi yeterli kabul edilmektedir.¹⁰⁴

Cebirin varlığı bakımından, mağdurun cebire karşı koyma imkânı varken bu yönde bir fiilinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Değerlendirme yapılırken fail ve mağdurun fiziksel özellikleri, suç teşkil eden fiilin icra edildiği yer ve zaman kül halinde değerlendirilmeli, mağdurun direnç göstermesinin neticeyi değiştirmeyeceği kanaatine ulaşılıyorsa mağdurun rızasının bulunmadığı kabul edilmelidir.¹⁰⁵ Örneğin ufak bir çocuğun kendisinden kat kat güçlü olan bir kimseye korkusundan hiç karşı koyamamış olabileceği gibi faile direnirken failin vücudunun çeşitli bölgelerini ısırması, tırnaklaması veya yolmuş olabilmesi de mümkündür. Mağdurun failin fiiline paralel olarak kesintisiz bir şekilde bu fiile karşı koymaya çalışması kendisinden beklenemeyecek bir davranıştır.¹⁰⁶ Bu bağlamda mağdurun bir müddet sonra pes etmiş olması fiile rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.360.

¹⁰¹ Adem Sözüer, “Tehdit Suçu”, Cilt: LIV, No: 1-4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1994, s.128.

¹⁰² Pınar Memiş Kartal, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu”, Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt: 2, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.1039.

¹⁰³ Aydın, a.g.e., s.43.

¹⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.324.

¹⁰⁵ Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.326.

¹⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.380.

Dolayısıyla her durumun somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 108'inci maddesinde tanzim edilen cebir suçu, TCK'nın 103/1-b maddesinde suçun unsuru olarak düzenlendiğinden fail ayrıca bu suçtan ötürü cezalandırılmayacaktır. Ancak on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı suçun cebir kullanılarak işlenmesi, kanunda cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

b) Tehdit

Failin, kendi isteğini kabul etmemesi halinde mağdurun kendisine veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına, malvarlığına yönelik önemli bir zarara uğratacağı veya sair bir kötülük yapağını belirtmesi halinde tehdidin varlığından bahsedilir.¹⁰⁷ Failin kötülüğü mağdurun yakınlık duyduğu bir kişi üzerinde gerçekleştireceğini ifade etmesi halinde de tehdidin varlığı kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Örneğin failin, mağdurun kendisiyle birlikte olmaması halinde oğlunu veya yakınlık duyduğu bir arkadaşını öldüreceğini söylemesi halinde tehdidin varlığı kabul edilmektedir.

Tehdidin konusunu oluşturan eylemi icra edip etmemek failin tasarrufunda olmasına rağmen¹⁰⁹ an itibarıyla geçerli bir tehdidin varlığından bahsedebilmek için tehdidin objektif anlamda bir ciddiyet içermesi ve ileride gerçekleşmesi muhakkak olan korkutucu bir etkiye sahip olması gerekir.¹¹⁰ Tehdidin objektif olarak mağdurun

¹⁰⁷ **Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 256.

¹⁰⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.382.

¹⁰⁹ **Sözür**, "Tehdit Suçu", s.129.

¹¹⁰ "...Mağdurenin aşamalarda istikrarlı beyanları, mağdurenin beyanlarını doğrulayan tanıklar ..., ..., Banu ve annesi ...'nin beyanları, sanığın cep telefonunda ele geçirilen konuşma kaydı ve bu kaydın tehdit ve şantaja yönelik içeriği, tanık ...'nin mağdurenin telefonunda 'Telefon faturalarını getireceğim, apartmanı ayağa kaldırıyorum, seni rezil ederim' şeklinde mesaj gördüğü yönündeki beyanı, müşteki ...'nin mağdurenin gece ağladığını gördüğü, kızında panik, tedirginlik ve moral bozukluğu bulunduğu ilişkin beyanları, doktor raporları ve tüm dosya kapsamından, sanığın uzun yıllardır komşusu ve kızının arkadaşı olan 15 yaşını yeni tamamlamış mağdureye yönelik cebir ve tehdit

iradesini etkilemeye elverişli olması halinde¹¹¹ mağdurun serbest düşünme ve hareket etme imkânının kısıtlanmış olduğu kabul edilmektedir.¹¹²

Suçun tehdide dayalı olarak işlenebilmesi için tehdidin, suçun işlendiği sırada veya öncesinde gerçekleşmiş olması ve mağdurun, failin korkutucu etkisi sebebiyle kendisini veya bir yakını korumak için suç teşkil eden fiili kabul etmiş olması gerekir. Öğretide bazı yazarlar bu suç bakımından tehdidin varlığını kabul edebilmek için, failin tehdit konusu yaptığı kötülüğün hukuki değeri ile istismar suçunun hukuki değerini karşılaştırarak tehdidin varlığına veya yokluğuna karar vermektedir.¹¹³ Bu görüşe göre tehdidin konusunun istismar suçunun nitelikli halinden daha kötü bir netice meydana getirecek boyutta olması, mağdurun içinde bulunduğu korkutucu durumdan kurtulmak ve tehdidin konusunu oluşturan neticenin gerçekleşmesini engellemek için fail ile cinsel ilişkiye girmiş olması gerekir.¹¹⁴

Bir başka görüş ise, suçun mağduru olarak kabul edilen çocukların tehdit ile karşı karşıya kalmaları halinde kendilerinden menfaat dengesi kurmalarının beklenemeyeceğini ifade etmektedir.¹¹⁵ Bu bağlamda mağdurunun çocuk olduğu bir suç bakımından, bu suça muhatap olan mağdurun karşı karşıya kaldığı fiil ile tehdidin konusunu oluşturan şey arasında bir denge kurmaya çalışmasını beklemenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁶ Dolayısıyla suçun sübutu bakımından tehdidin mağdurun istencine tesir etmiş olmasının kâfi olduğu belirtilmektedir.¹¹⁷

kullanarak birden fazla kez nitelikli cinsel istismarda bulunduğu ve eylemlerinin devamını sağladığı, yine cebir ve tehdit kullanmak suretiyle mağdureyi cinsel ilişkiye girmek için evine çağırarak mağdureyi hürriyetinden yoksun kıldığı sabit olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/14-822 E., 2019/328 K. ve 16.04.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

¹¹¹ Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.326.

¹¹² Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.325.

¹¹³ Aydın, a.g.e., s.44. Aynı yönde görüş için bkz. **Mahmut Koca- İlhan Üzülmmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.329; **Sevük**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.110; **Arslantürk**, a.g.e., s.297; **Kurt**, a.g.e., s.60.

¹¹⁴ Şahin, a.g.e., s.54. Aynı yönde görüş için bkz. **Şarman**, a.g.e., s.51.

¹¹⁵ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.170.

¹¹⁶ **Damla Seçgin**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s.86. Aynı yönde görüş için bkz. **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.170.

¹¹⁷ **Altaş**, a.g.e., s.30.

TCK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen tehdit suçu, TCK'nın 103/1-b maddesinde suçun unsuru olarak tanzim edildiğinden fail ayrıca bu suçtan ötürü cezalandırılmayacaktır. Ancak on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı suçun tehdit ile işlenmesi, kanunda cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

c) Hile

Mağdurun iradesini sakatlamak ve failin kendi iradesi doğrultusunda karar vermesini sağlamak için gerçekleştirdiği aldatıcı hareketlere hile denir. Başka bir ifade ile gerçekte var olmayan bir şeyi varmış gibi yansıtmak, gerçekleşmiş bir vakıayı mevcut halinden daha farklı veya gerçekleşmemiş gibi lanse ederek kişinin aldatılması halinde hilenin varlığı kabul edilmektedir.¹¹⁸

Mağdur, suç karşısında kendisini savunmak için yeterli bir irade tekvin edemiyor, tavzihte bulunamıyor veya gerçekleştiremiyorsa hile sebebiyle fiile direnemeyecek durumda olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁹ Bu bağlamda failin hileli hareketine maruz kalan mağdurun, iradesi sakatlanmış olacağından kendisine yönelik fiile özgür iradesi ile rıza gösterdiğinden bahsedilemeyecektir.¹²⁰ Dolayısıyla mağdur hileli hareketler neticesinde cinsel ilişkiye rıza göstermişse, ortada sağlıklı bir irade mevcut olmadığından failin fiili istismar suçunun nitelikli haline vücut vermiş olacaktır.

Hile bahsinde üzerinde durulması gereken husus failin evlenme vaadi ile mağduru cinsel ilişkiye razı etmesi durumunda geçerli bir hilenin mevcut olup

¹¹⁸ Sözüer, "Tehdit Suçu", s.126.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.383.

¹²⁰ "...Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergâh açan sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların iradelerini fesada uğratarak, hile kullanmak suretiyle elde etmiş olması sebebiyle itibar edilemeyecek olan irade açıklamaları niteliğindeki ifsad edilmiş rızaları ile gerçekleştirdiği oral, vajinal ve anal yollardan cinsel ilişkiye girme eylemlerinin nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacağı ve rızanın geçerli olduğundan bahsedilemeyeceği gözetilmelidir..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/11328 E., 2012/9412 K. ve 03.10.2012 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

olmadığı meselesidir. Yargıtay, istismar suçu bakımından evlenme vaadini hileli hareket olarak kabul etmemekte; fiilin gerçekleşmesi halinde mağdurun rızanın varlığına atıf yaparak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağını kabul etmektedir.¹²¹ Öğretide bazı görüşler de, 765 sayılı eTCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK sistematğinde kızlık bozma suçuna yer verilmemiş olmasını “kanun koyucunun bu tip fiilleri suç olarak görmek istemediği” şeklinde yorumlamış ve tek başına evlenme vaadinin hile olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmuştur.¹²²

Hile, mağduru irade fesadına uğratacak şekilde belirli bir yoğunlukta ustaca sergilenmeli ve mağdurun, kendisine yönelik eylemi denetleme imkânını ortadan kaldırmış olmalıdır.¹²³ Bu bağlamda failin mağdur ile evlenme niyeti olmamasına rağmen salt mağdurun güvenini kazanarak ondan yararlanmayı kolaylaştırmak gayesiyle yapılan vaatte hilenin mağdurun istencine tesir etmesi söz konusu olduğundan hilenin varlığının kabul edilmesi icap etmektedir.¹²⁴ Başka bir ifade ile evlenme vaadinde bulunan failin, salt cinsel ilişkiye girmek için bir araç olarak kullandığı mağduru kendisine inandırdığı ancak gerçekte evlenme düşüncesinin bulunmadığı durumlarda hilenin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekir.

d) İradeyi Etkileyen Diğer Haller

Kanun koyucu iradeyi etkileyen diğer haller ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamamış ve bu hallerin nelerden ibaret olduğunu saymak sureti ile

¹²¹ “...Oluş ve kabule göre; sanığın suç tarihlerinde 15-18 yaş aralığında bulunan ve dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla kez rızaen cinsel ilişkiye girme eyleminin, sanığın mağdureye kendisiyle evleneceğini söylemesi hile olarak kabul edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve eylemlerinin TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu, atılı suçun işleniş tarihi itibarıyla uzlaşma kapsamında kaldığı da gözetilerek 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, dosya kapsamına uygun olmayan şekilde sanığın eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/7531 E., 2014/515 K. ve 20.01.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

¹²² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.326. Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.360; **Akkaya**, a.g.e., s.176-177.

¹²³ **Sevük**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.110-111.

¹²⁴ **Turhan**, a.g.e., s.57. Aynı yönde görüş için bkz. **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.172; **Şarman**, a.g.e., s.53; **Altaş**, a.g.e., s.32.

sınırlamamıştır. Dolayısıyla kavramın içini doldurma görevi öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu bağlamda iradeyi etkileyen diğer haller ifadesinden anlaşılması gerekenin mağdurun geçici bir sebeple ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile irade yetisinin ortadan kalkması yahut azalması olduğu ifade edilmektedir.¹²⁵

Cebir, tehdit, hile ve idareyi etkileyen diğer haller aynı kanun maddesinde tanzim edildiğinden, eylemin iradeyi etkileyen diğer hal içerisinde mi yoksa hile unsuru içerisinde mi değerlendirilmesi gerektiği, uygulamada sanığa verilecek ceza bakımından önem arz etmemektedir. Örneğin öğretideki bir görüşe göre failin mağdurenin içtiği şeye uyku ilacı koyması, mağdureyi sarhoş etmesi veya bayılmasına neden olması halinde iradeyi etkileyen diğer hallerin varlığı söz konusu olur.¹²⁶ Yine mağdurun hipnotize edilmesi halinde de iradeyi etkileyen diğer hallerin varlığı söz konusu olacaktır. Buna karşılık öğretideki bir başka görüşe göre mağdurun içkisine ilaç koyulması, uyuşturucu madde verilmesi veya hipnotize edilmesini hile kapsamında değerlendirilmektedir.¹²⁷

Mağdurun iradesini etkileyen duruma bizzat failin sebebiyet vermiş olması gerekmediğinden, failin mağdurun içinde bulunduğu durumdan yararlanmış olması halinde de bu nitelik halin tatbik edilmesi gerekmektedir.¹²⁸ Örneğin mağdur alkol veya uyuşturucu madde etkisi altındayken suç teşkil eden fiil icra edilmiş ve penetrasyon gerçekleşmişse bu nitelikli halin tatbik edilmesi gerekir.

İradeyi etkileyen diğer hallerin fail tarafından mağdurun içinde bulunduğu durum gözetilerek mağdura sağlanan bir menfaat şeklinde de gerçekleşmiş olması mümkündür. Örneğin çocuğun içinde bulunduğu durumdan faydalanarak evsiz bir çocuğa yatacak yer, fakir bir öğrenciye burs, aç bir çocuğa yemek imkânı sunulması halinde mağdurun içinde bulunduğu durum hasebiyle iradesinin etkilenmeme imkânı bulunmamaktadır. Benzer şekilde mevcut durum itibarıyla mağdur bakımından

¹²⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.3330.

¹²⁶ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 256. Aynı yönde görüş için bkz. Arslantürk, a.g.e., s.299-300.

¹²⁷ Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.110. Aynı yönde görüş için bkz. Akkaya, a.g.e., s.178.

¹²⁸ Erdal Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.405.

zorunluluk arz eden bir hal söz konusu olmasa bile cinsel eylem karşılığında küçük yaşta bir çocuğa şekerleme, yetişkin bir çocuğa ayakkabı veya para teklif edilmesi halinde dahi iradeyi etkileyen durumun varlığından bahsedilebilmesi mümkün kabul edilmektedir.¹²⁹

2. Her İki Tarafın Çocuk Olduğu Fiiller

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da cinsel birlikteliğin her iki tarafının çocuk olduğu bir durumda fail ve mağdurun belirlenmesi meselesidir. Nitekim çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkilerde fail ve mağdur birbirine karışmakta, oyun olarak ortaya çıkan cinsel davranışlar durumu daha da karmaşık hale getirmektedir.¹³⁰ Öğretide cinsel ilişkinin on beş yaşını tamamlamamış çocuklar arasında rızaya dayalı gerçekleştiği bir durumda, fail ve mağdurun nasıl tespit edileceğine ilişkin kanuni bir düzenlemenin de bulunmaması sebebiyle farklı teoriler ileri sürülmektedir.

Taner, kanun koyucunun on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından tüm fiillere, on beş ve on sekiz yaş grubu içerisinde kalan çocukların ise penetrasyonun gerçekleştiği ilişkilere yönelik rızalarına herhangi bir değer atfetmediğinden, her iki tarafın çocuk olduğu ve tarafların rızasına dayalı gerçekleşen cinsel birlikteliklerde taraflardan her birinin kendi fiilinin faili karşı tarafın fiilinin mağduru olacağını; bu halde icra edilen karşılıklı fakat iki ayrı davranış söz konusu olduğundan fail-mağdur birleşmesinin söz konusu olmayacağını ifade etmektedir.¹³¹ Bu görüş, ilişkinin aktif tarafının suçun nitelikli halinden, pasif tarafının ise basit halinden cezalandırılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹³²

¹²⁹ **Turhan**, a.g.e., s.60.

¹³⁰ **Aydın**, a.g.e., s.26. Aynı yönde görüş için bkz. **Seçgin**, a.g.e., s.63.

¹³¹ **Taner**, a.g.e., s.309.

¹³² **Özlem Demir Yazar**, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.62.

Göral, cinsel birlikteliğin her iki tarafının çocuk olduğu bir durumda kişinin hem fail hem mağdur konumunda olmasının fail-mağdur birleşmesi anlamına geleceğini, dolayısıyla bu durumun temel ceza hukuku prensibine aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir.¹³³ Bu bağlamda her iki tarafın fail olarak kabul edildiği bir durumda suça sürüklenen çocuklara ceza verilmesinde kamu yararının bulunmadığı ifade edilmektedir.¹³⁴ Memiş Kartal ise, fail-mağdur birleşmesi görüşünün kabul edilmesi halinde tarafların cezalandırılmamaları veya sorumluluklarının olmadığı kabulü söz konusu olacağından bu kabulün hukuki bir yorum olarak isabetli olmadığını belirtmektedir.¹³⁵

Bostancı Bozbayındır'a göre, her iki tarafın on beş yaşından küçük olduğu durumlarda taraflar arasındaki yaş farkına bakılmasını ve önemli bir yaş farkının bulunması halinde yaşça küçük olan tarafın suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁶ Nitekim kanun koyucunun suçun her iki tarafın on beş yaşını tamamlamamış çocuklar arasında işlenebilmesi ihtimalini öngörmemiş olması önemli bir kanun boşluğu olarak ifade edilmektedir.¹³⁷ Bu bağlamda on beş yaşından küçük çocuklar arasında meydana gelen cinsel ilişkileri hedef alan kanuni bir düzenlemenin ihdas edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹³⁸

Turhan, suç teşkil eden fiilin aynı yaş kategorisinde değerlendirilen çocukların kendi istekleri dâhilinde icra edilmesi halinde bu suçun oluşmayacağını, nitekim failin mağdura göre yaş veya algılama yeteneği yönünden birtakım üstünlüğünün bulunması gerektiğini, ancak fiilin her iki tarafının aynı yaşta olması hasebiyle failin mağdura göre herhangi bir üstünlüğünün bulunamayacağını ve bu sebeple suçun sübuta ermeyeceği kabul edilmektedir.¹³⁹

¹³³ Celal Murat Göral, Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.16.

¹³⁴ Kocaoğlu, a.g.e., s.266. Aynı yönde görüş için Bkz. Altaş, a.g.e., s.64.

¹³⁵ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.157.

¹³⁶ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.504-505.

¹³⁷ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.156.

¹³⁸ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.505.

¹³⁹ Turhan, a.g.e., s.45.

Taner de benzer şekilde yaş farkına göre failin tespit edilmesi gerektiğini savunmuş, İtalyan Ceza Kanununa atıfta bulunarak 5237 sayılı TCK'da fail ile mağdur arasında yaş farkını içeren bir değişiklik yapılması gerektiğini, böylece çocuklar arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel birlikteliklerde çocukların cezalandırılmasının önüne geçilebileceğini ifade etmiştir.¹⁴⁰ Nitekim öğretide suçun her iki tarafının çocuk olduğu bir durumda fail hakkında ağır ceza yaptırımlarına hükmedilmesi, fail ve mağduru menfi yönde etkileyecek bir husus olarak kabul edilmektedir.¹⁴¹

Özen'e göre ise cinsel ilişki teklifini önce kimin yaptığının belirlenmesi gerekir. Teklifi yapan kişinin eylemin ne anlama geldiğini algılayabilecek hal üzere olduğu tespit edilirse bu kişi fail olarak kabul edilmektedir. Nitekim fail cinselliğinin ne anlama geldiğini idrak edebilecek kapasitededir. Mağdurun rızası suç teşkil eden fiili meşru zemine taşımayacağından mağdur çocuğun kendisine yönelik eylemin ne anlama geldiğini bilip bilmemesine değer atfedilmemiştir. Ancak teklifin kimden geldiğine dair delil yoksa ortada bir şüphenin olduğu kabul edilerek iki tarafın da fail olarak kabul edilmemesi gerekir. Buna karşılık suç teşkil eden fiilin her iki tarafı, cinsel birleşmenin ne anlama geldiğini idrak edebilecek kapasitede değilse, artık teklifin önce kim tarafından yapıldığının araştırılmasına dahi gerek bulunmamaktadır.¹⁴²

On beş yaşını tamamlamayan çocuklar arasında rızaen gerçekleşen cinsel ilişkiler bakımından yaş farkı esasının benimsenmesi halinde yaşça büyük olan tarafın fail olacağı belirtilmektedir. Ancak bu görüşteki problemli saha suçun aynı yaştaki çocuklar arasında işlenmesi halinde ne olacağı meselesidir. Nitekim yaş farkı esasının benimsenmesi halinde aynı yaşta olan her iki tarafın da cezalandırılmaması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre aynı yaşta olan çocukların cinsel ilişkiye yönelik rızaları zımnen de olsa kabul edilmiş olmaktadır. Örneğin on beş yaşını tamamlamış çocuklar arasında rızaen gerçekleşen birliktelikte, cinsel ilişki taraflarından birinin 14 yaşında diğerrinin ise 12 yaşında olması halinde 14 yaşında

¹⁴⁰ **Taner**, a.g.e., s.312-313.

¹⁴¹ **Aydın**, a.g.e., s.28.

¹⁴² **Özen**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.359-360.

olan taraf bu suçun faili olacaktır. Buna karşılık aynı örnekte her iki tarafın da 13 yaşında olması halinde taraflar arasında yaş farkı olmadığından hangi tarafın daha üstün olduğu tespit edilemeyecek ve tarafların rızası zımnen de olsa kabul edilmiş olacağından tarafların fiili cezasız kalmış olacaktır. Bu bağlamda kanaatimizce suç teşkil eden fiil on beş yaşını tamamlamamış çocuklar tarafından rızaen icra edilmiş olsa dahi hukuki anlamda tarafların rızalarına değer atfedilemeyeceğinden fiilin her iki tarafının kendi eyleminden sorumlu olması ve her iki tarafın da cezalandırılması icap etmektedir.

Uygulamada tarafların rızası ile gerçekleşen cinsel birlikteliklerde, kanundaki organ veya sair bir cisim sokulması ifadesinden hareketle yalnızca suçun aktif süjesi olan erkeğin cezalandırılması yoluna gidildiği görülmektedir.¹⁴³ Örneğin İstanbul'da bir ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada, sosyal medya vasıtasıyla tanışan, suç tarihinde on beş yaşını tamamlamamış erkek ve kadın önce WhatsApp uygulaması üzerinden cinsel içerikli mesajlaşmalarda bulunarak birbirlerine cinsel organlarının resimlerini paylaşmış ve daha sonra buluşarak cinsel ilişkiye girmiştir. Fail tarafından mağdur kadına karşı hiçbir cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer hal gerçekleştirilmemiş ve birliktelik rızaya dayalı gerçekleşmiştir. Ancak yargılamaya konu olan bu olayda ise sadece erkek çocuk hakkında cinsel istismar suçundan mahkûmiyet kararı verilmiştir. Uygulamadaki bu durum öğretide eleştirilmektedir. Nitekim on beş yaşını tamamlamamış iki çocuk arasında rızaen meydana gelen cinsel ilişkiler bakımından penetrasyonun gerçekleşmesi noktasında sadece ilişkinin aktif süjesi olan erkek çocuğun fail olarak kabul edilmesinin isabetli

¹⁴³ "...5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun failinin cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkes olabileceği, 15 yaşından küçüklerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmesi ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda vücuda organ sokan failin eyleminin TCK'nın 103/2. maddesinde yer alan suçu oluştururken vücuda organ sokulan failin eyleminin TCK'nın 103/1. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı cihetle; suç tarihinde 14 yaş 11 ay 25 günlük olan katılan mağdur Edanur ile 14 yaş 10 ay 19 günlük olan suça sürüklenen çocuk Oğuzhan'ın karşılıklı istekleriyle cinsel ilişkiye girdikleri böylece her ikisinin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri iddiasıyla görülen davada, mahkemece "suçun işlenmesinde kimin etkin yani kimin fail veya mağdur olduğunun anlaşılamadığı" gerekçesiyle taraflar hakkında beraat kararları verildiği, bu kararın yalnızca katılan mağdur Edanur vekilince temyiz edildiği gözetilerek yapılan incelemede; Katılan mağdurun aşamalarındaki beyanı, suça sürüklenen çocuğun ikrara yönelik savunmaları ve tüm dosya içeriğine göre; suça sürüklenen çocuk Oğuzhan'ın 15 yaşını bitirmemiş katılan mağdura yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediği sabit olduğu halde, bu suçtan mahkûmiyeti yerine yerinde olmayan gerekçeyle BERAATİNE hükmolunması..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/7112 E., 2014/5614 K. ve 24.04.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

olmadığı ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Kanaatimizce de bu şekilde gerçekleşen cinsel ilişkiler bakımından sadece ilişkinin aktif süjesi olan erkeğin değil eylemin her iki tarafının da cezalandırılması gerekmektedir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir diğer sorun ise on beş ile on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel birlikteliklerde, fiilin tarafı olan kadının cinsel birlikteliğe rızası olmasına rağmen herhangi bir sebeple (bu durumdan ailenin haberdar olması, ayrılma, kıskançlık vb.) fiilin kendisine karşı cebir veya tehditle gerçekleştirildiğini iddia etmesi durumudur. Adaleti tesis edebilmek bakımından ikinci yaş grubundaki mağdur için eylemin rıza ile mi yoksa cebir veya tehdit gibi hallere dayalı mı gerçekleştiğinin, salt mağdur beyanına bağlı kalınmaksızın titiz bir şekilde araştırılması icap etmektedir. Örneğin ilişkinin zorla mı yoksa rızaen mi gerçekleştiğini tespit edebilmek için mağdur, rapor almak üzere hastaneye sevk edilmelidir. Alınan raporun titizlikle incelenmesi, bu bağlamda mağdurun vücudunda tespit edilen ekimoz vb. hususları kendisinin meydana getirip getiremeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵

Yargılama neticesinde suç teşkil eden fiilin mağdurun rızasına binaen gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde, on beş yaşını tamamlamış mağdurun cinsel ilişki boyutundaki fiillere gösterdiği rızanın kabul edilmemesi nedeniyle TCK'nın 104'üncü maddesinde tanzim edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu vücut bulmuş olacaktır.¹⁴⁶ Aksi halde fail, suç teşkil eden fiilini mağdurun rızası hilafına icra

¹⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Kocaoğlu**, a.g.e., s.266.

¹⁴⁵ "...Şikâyetçide meydana geldiği bildirilen yaralanmanın niteliği gözetilerek, nezarethane giriş ve çıkış raporlarına göre darp cebir izinin bulunmadığı belirtilmekle, oluşturma ve tüm dosya içeriğine göre tüm dosya tıbbi belge ve raporlar ile birlikte Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilerek, katılanın vücudundaki ekimoz ve yaralanmaların kendisi tarafından yapılmasının mümkün olup olmadığı ve raporlarda tanımlanan izlerin suç tarihi ve saati ile uyumlu olup olmadığı gözetilmeden..." (Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2013/15681 E., 2014/3084 K. ve 13.02.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.:31.01.2020)

¹⁴⁶ "...Tarihli doktor raporunda makat muayenesinin doğal olduğu fiili livata bulgusu ile vajende kanama ve laserasyon izlenmediğinin belirtilmesi...müşteki ve mağdurenin aşamalarındaki beyanları, sanıkların istikrarlı ifadeleri, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde on beş yaşını bitirmiş mağdureyle cinsel ilişkiye girdiğinin ve olayda cebir, tehdit hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir neden bulunmadığı hususunda mağdurenin soyut beyanı dışında herhangi bir delil bulunmadığının anlaşılması karşısında eylemin. 5237 sayılı TCK'nın104/1 Maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan

etmişse fail hakkında istismar suçunun nitelikli halinden hüküm kurulması gerecektir.

3. Failin Kadın veya Eşcinsel Olduğu Fiiller

Failliğe ilişkin değerlendirmelerimizde bu suçun failinin herkes olabileceği, cinsiyetinin, evli veya bekâr olmasının herhangi bir özellik arz etmeyeceğini ifade etmiştik. Nitekim 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı eTCK'dan farklı olarak organ dışında sair bir cismin mağdura ithali halinde bu suçun oluşacağı düzenlendiğinden, kadın veya eşcinsellerin de bu suçun faili olabilmesi mümkün kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Kadın veya eşcinsel failin, mağduru kendisine organ veya sair cisim ithal etmeye zorladığı fiiller bakımından failin, istismar suçunun nitelikli halinden mi yoksa basit halinden mi yargılanması gerektiği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretideki bazı yazarlar, kanunun sadece kadınların değil erkek çocuklarında cinsel gelişimini sağlıklı bir şekilde korumayı amaçladığını, erkek failin mağduru organ veya sair cisim ithal etmek suretiyle istismar etmesi halinde nasıl suçun nitelikli halinden cezalandırılıyorsa, kadın veya eşcinsel failin de mağduru kendi vücuduna organ veya sair cisim ithal etmeye zorlaması halinde suçun nitelikli halinden cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴⁸ Aksi halde kadın veya eşcinsel failin daha az cezaya mahkûm edilmesi kanun koyucunun amacına ters düşecek ve somut olay adaleti gerçekleştiremeyecektir.¹⁴⁹

Bazı yazarlar ise mağdurun faile organ veya sair bir cisim ithal etmeye zorlanması halinde failin dolaylı fail olarak suçun nitelikli halinden sorumlu

mahkûmiyet kararı verilmesi...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2019/3714 E., 2019/11782 K. ve 17.10.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

¹⁴⁷ Ali Parlar- Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 2, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.1660.

¹⁴⁸ Parlar/Banko, a.g.e., s.102. Aynı yönde görüş için bkz. Parlar/Öztürk, a.g.e., 102; Yeldan, a.g.e., s.315-316.

¹⁴⁹ Savaşçı, a.g.e., s.78.

tutulması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁵⁰ Örneğin failin, on sekiz yaşını tamamlamamış mağdurun penisini kendisine vajinal, anal veya oral yoldan ithal ettirmesi halinde suçun nitelikli halinin sübuta erdiği kabul edilecektir.¹⁵¹ Bu halde istismar suçunun nitelikli halinin sübuta erdiğini kabul eden bir başka görüş ise, böyle bir durumda dolaylı faillikten söz edilemeyeceğini, failin fiili bizzat kendisi gerçekleştirmesi sebebiyle mağduru araç olarak kullanmadığını, bu sebeple failin doğrudan fail olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁵²

Taner ve diğerleri ise, mağduru kendisine organ veya sair bir cisim ithal etmeye zorlayan failin istismar suçunun basit halinden sorumlu olması gerektiğini¹⁵³, zira aksi düşüncenin yeni bir kanun maddesi ihdası anlamına geleceğini ve bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacağını ifade etmektedir.¹⁵⁴ Yargıtay içtihatlarını incelediğimizde yüksek yargının da bu görüşü destekler nitelikte kararlarının olduğu görülmektedir.¹⁵⁵

¹⁵⁰ **Nazmi Küçükosmanoğlu**, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.37. Aynı yönde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.397; **Köse Şahin**, a.g.e., s.61; **Çelik**, a.g.e., s.84.

¹⁵¹ **Yakup Yıldız**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s.37.

¹⁵² **Yener Ünver**, “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2011, s.234. Aynı yönde görüş için bkz. **Kaya**, a.g.e., s.79; **Sümer**, a.g.e., s.45.

¹⁵³ **Taner**, a.g.e., s.317. Aynı yönde görüş için bkz. **Kurt**, a.g.e., s.58-59; **Altaş**, a.g.e., s.36.

¹⁵⁴ **Remzi Gündüz**, Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s.45. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.354.

¹⁵⁵ “...Mahkemece yapılan yargılama sonucunda sanığın 5237 Sayılı TCK’nın 103/2. maddesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmişse de anılan maddede suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenebileceğinin belirtilmesi karşısında sanığın 2011 yılı Temmuz ayında 15 yaşından küçük olan mağduru evine çağırarak cebir, hile ve tehdit olmaksızın mağdurun cinsel organını kendi anüsüne sokturması şeklinde gerçekleşen eyleminin bu madde kapsamına girmeyip çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK’nın 103/1. maddesi gereğince karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/7926 E., 2019/10020 K. ve 17.06.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

“... Sanık ...’ın mağdurlar ..., ..., ... ile; sanık ...’in ise mağdurlar ... ile ... yönelik beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; oluşa uygun kabul ve dosya içeriğine göre; sanıkların, onbeş yaşını bitirmeyen mağdurların penislerini ağızlarına alma ve anal yoldan kendilerine organ sokturma şeklinde geliştiği sübut bulan eylemlerinin 5237 Sayılı TCK’nın 103/2. maddesi kapsamında mağdurların vücutuna organ veya sair cisim sokulması olarak kabulünün mümkün olmadığı, bu haliyle aynı Kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı ve 6545 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerde gözetilerek yapılacak lehe kanun belirlemesi sonucunda temel cezaların 5237 Sayılı TCK’nın 103/1. maddesi uyarınca tayin olunması suretiyle mahkûmiyet kararı verilmesi

TCK'nın 3'üncü maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesine göre failin, icra ettiği fiilin ağırlığı ile orantılı bir cezaya mahkûm edilmesi iktiza etmektedir. Nitekim orantılılık ilkesi fiiller açısından eşit ama hakkaniyet dışı uygulamaların meydana gelmesini engelleyen önemli bir ceza hukuku ilkesidir.¹⁵⁶ Bu ilke bağlamında kadın veya eşcinsel failin, penetrasyon şeklinde gerçekleşen fiil bakımından organ veya sair cismi ithal eden aktif süjenin kendisinin olmaması sebebiyle istismar suçunun basit halinden cezalandırılması ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Salt kanuni düzenlemedeki vücuda organ veya sair bir cisim sokulması ifadesinden hareket ederek, penetrasyonun aktif süjesinin mağdurun kendisinin olduğu bu suç bakımından faile istismar suçunun basit halinden ceza verilmesi kanunun ihdas ediliş amacına da aykırıdır. Nitekim öğretilerdeki bazı yazarlar, uygulamadaki bu duruma son verilmesi için kanunda yapılacak bir düzenleme ile madde metnine “sokturması” ibaresinin eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁵⁷

Kanaatimizce kadın veya eşcinsel fail tarafından işlenen ve suçun aktif süjesinin mağdurun kendisi olduğu istismar fiillerinde dolaylı faillik müessesinin işletilmesi ve bu minvalde mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kuran failin istismar suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması gerekmektedir. Nitekim normal bir cinsel ilişki bakımından, fiziki imkânsızlık sebebiyle kadın failin mağdur çocuğa organ veya sair bir cisim ithal etmesi rastlanılması zor bir durumdur. Dolayısıyla bu şekilde icra edilen suçlar bakımından dolaylı faillik kurumunun benimsenmemesi, ilişkinin aktif süjesinin mağdur çocuğun kendisi olduğu her suç bakımından failin daha az ceza almasını sonuçlayacaktır. Uygulamada, failin suçun basit halinden sorumlu tutulması kanunun lafzından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu tarafından ivedi olarak madde metnine “sokturulması” ifadesinin eklenmesi icap

gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanlışlıkla yazılı şekilde hükümler kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/380 E., 2016/4036 K. ve 21.04.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

¹⁵⁶ Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.33.

¹⁵⁷ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.504. Aynı yönde görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.396.

etmektedir.¹⁵⁸ Ancak bu halde uygulamada birlik sağlanarak failin veya suçun aktif süjesinin kim olduğuna bakılmaksızın, şartların varlığı halinde fail hakkında istismar suçunun nitelikli halinden mahkûmiyet hükmü tesis edilebilecektir.

4. Evlenme veya Mahkeme Kararı ile Kanunen Reşit Olan Çocukların Durumu

Türk Medeni Kanun (TMK)'nın 124'üncü maddesinde erkek veya kadının on yedi yaşını tamamlamadan evlenemeyeceği; ancak olağanüstü durum ve pek önemli sebebin varlığı halinde on altı yaşını tamamlamış erkek veya kadının hâkimin izni ile evlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda TCK anlamında ikinci yaş grubunda bulunan çocukların evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmaları halinde, evlilik birliği içerisinde diğer eş tarafından zorla cinsel ilişkiye girmeye maruz bırakılmaları veya üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye girmeleri durumunda hangi suç tipinin oluşacağına dair öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Tartışmalı hususlardan ilki evlilik birliği içerisinde cinsel ilişkiye girmek istemeyen mağdur çocuğun, eşi tarafından zorla cinsel ilişkiye girmeye maruz bırakılması halinde somut olaya hangi müeyyidenin uygulanacağı meselesidir. 765 sayılı eTCK döneminde eşin rızası hilafına cinsel ilişkiye girmeye maruz bırakılması kanunda suç olarak düzenlenmemekte idi.¹⁵⁹ Bu husus 5237 sayılı kanunun 102/2 maddesi ile kanunda özel olarak tanzim edilmiştir. Bu bağlamda evlenme ile reşit olan çocuğun hukuki statüsündeki değişimin, eşi tarafından zorla cinsel ilişkiye girmeye maruz bırakılması halinde suç teşkil eden fiil bakımından hangi kanun maddesini ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁰

Gerçekler ve diğerleri, mağdur ile rızası dışında cinsel ilişkiye giren diğer eş hakkında istismar suçunun nitelikli halinden yargılama yapılması gerektiğini ifade

¹⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. **Yazar**, a.g.e., s.86.

¹⁵⁹ **Dursun**, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, s.65.

¹⁶⁰ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.146.

etmektedir.¹⁶¹ Gerekçe olarak ise çocuk tanımının TCK ve ÇKK'da yapıldığı, bu tanıma dâhil olan evli çiftler bakımından evlilik her ne kadar çocuğu ergin kılsa dahi çocuğun kendisini bir yetişkin gibi koruyamayacağı, dolayısıyla çocuğun rızası dışında gerçekleşen fiilin istismar suçuna vücut vereceği belirtilmektedir.¹⁶² Bu bağlamda cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi şikâyete bağlı iken istismar suçunun nitelikli halinin eşler arasında işlenmesi halinde kovuşturmanın re'sen yapılması gerektiğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.¹⁶³ Ancak eşler arasında gerçekleşmesi mümkün olan bu suçun, TCK'nın 103'üncü maddesinde düzenlenmemiş olmasının kanun boşluğu oluşturduğu da ifade edilmektedir.¹⁶⁴

Koca/Üzülmez ve diğerleri, mağdur ile rızası dışında cinsel ilişkiye giren diğer eşin fiilinin TCK'nın 102/2'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶⁵ Gerekçe olarak ise kanun koyucunun çocukların küçük yaşta evlenmelerine izin vermesi¹⁶⁶, eşler arasında işlenebilen bu suça dair özel norm ihdas edilmiş olması ve fiilin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi sebebiyle istismar suçunun nitelikli haline ilişkin hükümlerin tatbik edilemeyeceğini belirtilmektedir.¹⁶⁷ Nitekim Yargıtay da evli çiftler arasındaki cinsel suçların TCK'nın 102'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.¹⁶⁸

Ayral ise, mağdurun evlenmesi neticesinde veya yargı kararı ile reşit kabul edilmesi halinde artık bu kişinin çocuk olarak addedilemeyeceğini, bu kişinin evlilik

¹⁶¹ **Hasan Gerçekler**, Yorumlu &Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.1117. Aynı yönde görüş için bkz. **Seçgin**, a.g.e., s.69; **Kaya**, a.g.e., s.84; **Çakmut**, "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", s.44.

¹⁶² **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.148.

¹⁶³ **İsmail Malkoç**, Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, 3. Baskı, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2008, s.887. Aynı yönde görüş için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.355; **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.432; **Aydın**, a.g.e., s.34-35; **Şahbaz**, a.g.e., s.1235; **Şarman**, a.g.e., s.50.

¹⁶⁴ **Haydar Ersözoğlu**, Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010, s.29.

¹⁶⁵ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.354. Aynı yönde görüş için bkz. **Gündüz**, a.g.e., s.94; **Çetin**, a.g.e., s.171; **Özen**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.359; **Göral**, a.g.e., s.22; **Taner**, a.g.e., s.172.

¹⁶⁶ **Turhan**, a.g.e., s.169.

¹⁶⁷ **Yener Ünver**, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi", II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.41.

¹⁶⁸ **Artuç**, a.g.e., s.595.

birliğinin sona ermesi halinde dahi erginlik sıfatını kaybetmiş olmayacağını, dolayısıyla bu şekilde ergin kılınan mağdura karşı icra edilen cinsel ilişki mahiyetindeki fiiller bakımından cinsel saldırı suçuna ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶⁹

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer tartışmalı husus da evlenme ile reşit olan çocuğa karşı üçüncü bir kişinin suç teşkil eden fiili icra etmesi halinde hangi kanun hükmünün uygulanacağı meselesidir. Öğretideki bazı yazarlar, on sekiz yaşından küçüklerin evlenme veya mahkeme kararı ile reşit olduklarını, bu bağlamda üçüncü bir kişiyle rızaen yaşadıkları cinsel ilişki bakımından herhangi bir suç oluşmayacağını ifade etmektedir.¹⁷⁰ Bir başka görüş ise, evlenme ile reşit olan çocuğun eşine dair açıkladığı rızanın üçüncü kişiler bakımından da hukuki bağlamda meşru kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek, bu kişiler yönünden mağdurun rızası ile gerçekteşen cinsel ilişkinin suç oluşturmaması gerektiğini; ancak yargı kararı ile reşit olan çocuklar bakımından aynı durumun kabul edilemeyeceğini, zira mahkeme kararıyla çocuğun cinsel ilişki bakımından rıza açıklayabilme ehliyeti arasında herhangi bir bağın bulunmadığını belirtmektedir.¹⁷¹ Baskın görüş ise, çocukların her ne kadar evlenme ile ergin kılınmaları söz konusu olsa da eşleri dışında kalan üçüncü kişilere karşı çocuk sıfatını kaybetmeyeceğini, üçüncü kişinin cinsel ilişki boyutuna varan fiillerinin istismar suçunun nitelikli halini oluşturacağını belirtmektedir.¹⁷²

Kanaatimizce evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuklara yönelik, gerek evlilik birliği içerisinde eşi tarafından mağdur çocuğun rızası hilafına gerçekteşen cinsel birliktelikler gerekse mağdurun eşi dışındaki üçüncü bir kişi tarafından penetrasyonun gerçekteştiği fiiller bakımından istismar suçunun nitelikli halinden hüküm kurulması icap etmektedir. Aksi bir yorum mevzuatımızda yapılan çocuk tanımı ile bağdaşmayacaktır. Nitekim evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuk sadece nüfus evraklarında şeklen reşit olarak kabul edilecek; his, akıl,

¹⁶⁹ Ayrıl, a.g.e., s.45.

¹⁷⁰ Aydın, a.g.e., s.32-33.

¹⁷¹ Taner, a.g.e., s. 368-369.

¹⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.380. Aynı yönde görüşler için bkz. Çetin, a.g.e., s.170; Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.359; Altaş, a.g.e., s.16; Ersözöğlü, a.g.e., s.27; Turhan, a.g.e., s.170.

duygu ve düşünce gibi diğer biyolojik özellikler bakımından çocukluk vasfını yitirmeyecektir.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken son husus suçun, evlenme ile ergin kılınan çocuğa karşı kocasıyla birlikte üçüncü bir kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda müşterek failler bakımından hangi hükümlerin tatbik edilmesi gerektiği meselesidir. Bu durumda iki husus gündeme gelecektir. Birinci fiksiyonda faillerden biri eş olduğu için eşler arasında gerçekleşen suç bakımından Yargıtay'ın da kabul ettiği ikinci görüşe göre TCK'nın 102'nci maddesi uygulanırken diğer failin üçüncü kişi olması hasebiyle bu kişi bakımından TCK'nın 103/2'nci maddesi tatbik edilecektir. İkinci fiksiyonda ise gerek eş gerekse üçüncü kişi bakımından istismar suçunun nitelikli hali uygulama alanı bulacaktır.

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

A. Genel Olarak

Öğretide sübjektif tipiklik olarak da addedilen manevi unsur, failin iradesi ile suç teşkil eden fiili arasındaki manevi bağ ifade etmektedir.¹⁷³ Failin iradesi ile icra ettiği fiil arasında manevi bağ kurulamamışsa, mevcut bir suçun varlığından bahsedilemeyecektir.¹⁷⁴ Bu manevi bağ ise failin iç dünyasında kast veya taksir şeklinde tezahür etmektedir. Ceza hukuku genel hükümlerden bilindiği üzere, kanunda aksine bir düzenleme yoksa suçlar ancak kasten işlenebilir. Bu bağlamda istismar suçunun kanunda taksirle işlenebilmesi öngörülmediğinden suçun nitelikli hali de ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşumu için failin en azından olası kastının¹⁷⁵ varlığı yeterlidir.¹⁷⁶ Örneğin fail mağdurun on beş yaşını doldurmamış

¹⁷³ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.144. Aynı yönde görüşler için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.385; Özgenç, a.g.e., s.242; Akbulut, a.g.e., s.392.

¹⁷⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.385.

¹⁷⁵ Karşı görüş için bkz. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.216; Taner, a.g.e., s.322.

olduğunu öngörmüş olmasına rağmen yine de suç teşkil eden fiilini icra etmişse failin olası kastının kabulü gerekir.¹⁷⁷ Failin kastının, tipik haksızlığın unsurlarına şamil olması iktiza ettiğinden, failin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi için penetrasyon bakımından da kasten hareket etmiş olması zaruridir.¹⁷⁸

Suçun nitelikli haline yönelik manevi unsur değerlendirmesi öğretide oldukça tartışmalıdır. Nitekim Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, gerek istismar suçunun nitelikli halinin gerekse basit halinin sadece genel kast ile icra edilebileceğini belirterek faildeki cinsel arzularda doyumluk gayesinin herhangi bir öneminin bulunmadığını ifade etmektedir.¹⁷⁹ Kanaatimizce, TCK'nın 103'üncü madde gerekçesinin aynı kanunun 102'nci madde gerekçesine yaptığı atıf da dikkate alındığında cinsel istismar suçunun basit hali için failde cinsel arzularda doyumluk gayesinin aranması iktiza etmektedir. Özen, bu suç bakımından TCK'nın 103'üncü maddesinde cinsel arzularda doyumluk gayesini uygulamaya engel bir hüküm bulunmadığını, madde gerekçesinin yorum türlerinden biri olduğunu ve madde metnini bağlamayacağını ileri sürerek, suçun basit halinde olduğu gibi nitelikli hali bakımından da cinsel arzularda doyumluk gayesinin aranmasının gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸⁰ Bostancı Bozbayındır ve diğerleri ise, cinsel organın vücuda anal, vajinal veya oral yoldan ithali yahut sair bir cismin mağdura anal ya da vajinal yoldan ithal edilmesi halinde genel kastın varlığını suçun sübutu için yeterli kabul etmiş ve bu suçun işlenmesi bakımından failde ayrıca cinsel arzularda doyumluk gayesinin aranmasına lüzum olmadığını ifade etmektedir.¹⁸¹

Kanaatimizce cinsel istismar suçunun nitelikli hali bakımından failin kastını tespit etmeye yönelik değerlendirme yapılırken suçun basit halinden farklı olarak çocukların cinsel dokunulmazlığı, gelişimi ve cinsel hürriyetinin korunması için

¹⁷⁶ **Remzi Gündüz- Veysel Gültaş**, Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.133. Aynı yönde görüşler için bkz. **Tuğrul/Tuğrul**, a.g.e., s.342; **Köse Şahin**, a.g.e., s.43.

¹⁷⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.438.

¹⁷⁸ **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.359.

¹⁷⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.370. Aynı yönde görüşler için bkz. **Pakır**, a.g.e., s.43; **Parlar/Öztürk**, a.g.e., s.103.

¹⁸⁰ **Özen**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.368.

¹⁸¹ **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s.514. Aynı yönde görüşler için bkz. **Baytemir**, a.g.e., s.439; **Tuğrul/Tuğrul**, a.g.e., s.343; **Akkaya**, a.g.e., s.252; **Kurt**, a.g.e., s.53; **Göral**, a.g.e., s.28; **Yeldan**, a.g.e., s.315; **Gündüz**, a.g.e., s.99.

genel kastın varlığının yeterli kabul edilmesi ve ayrıca failde cinsel arzulara doayunluk gayesinin aranmaması iktiza etmektedir. Bu bağlamda fail tarafından mağdura ithal edilmek istenen organ veya sair cismin ne kadarının mağdurun vücuduna duhul ettiğinin de bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay içtihatlarını incelediğimizde takdirde de bu suç bakımından cinsel arzulara doayunluk gayesinin aranmadığı görölmektedir.¹⁸² Fiil unsurunu açıklarken yer vermiş olduğumuz ve ilk derece mahkemesindeki bir yargılamaya konu olan örnekte baba, çocuğunu sadece tezyif etmek için bu yönde bir fiil icra etmiş olsa da suçun sübutu için cinsel arzulara doayunluk gayesinin aranmaması hasebiyle fail hakkında istismar suçunun nitelikli halinden mahkûmiyet hükmü tesis edilmiştir. Aksi bir yorum, fail aleyhine hükmedilen ceza miktarı ile failin fiilinin mağdur üzerinde bıraktığı etki bakımından ölçülü olmayacaktır.

B. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri Bakımından Manevi Unsur Değerlendirmesi

TCK'nın 23'üncü maddesine göre, failin kast ettiği fiilden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vermesi halinde, meydana gelen ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması ve meydana gelen bu netice ile failin fiili arasında illiyet bağının bulunması iktiza etmektedir. Ağır veya başka netice bakımından en azından taksirle hareket edilmiş olması gerektiği öngörüldüğünden failin olası kast veya doğrudan kast ile de

¹⁸² "... Mahkemenin kabulüne göre de, sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; 5237 Sayılı TCK'nın 103/2. madde düzenlemiş bulunan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olmasının yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfında yanılıya düşölerek kasten yaralama suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, Sanığın yargılama aşamasındaki "Parmak izi" araştırılması şeklindeki beyanları da dikkate alınarak tam bir vicdani kanaatin oluşması için TCK'nın 32. maddesi uyarınca sanığın ceza ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/4067 E., 2014/1289 K. ve 10.02.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

fiilini icra etmiş olması mümkündür.¹⁸³ Ancak bu durumda kast-kast kombinasyonu söz konusu olacağından fail meydana gelen neticeden doğrudan sorumlu olacaktır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleri TCK'nın 103/5 ve 103/6 maddelerinde öngörülmüştür. Failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerden sorumlu olabilmesi için kanunda öngörülen ağır veya başka neticeye failin icra ettiği penetrasyon fiilinin neden olması ve failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması icap etmektedir.¹⁸⁴ Failin ağır netice bakımından taksirli fiilinin bulunduğu kabul edilebilmesi için neticenin öngörülebilir olması zaruridir. Öngörülebilirliğin, her somut olayda sanığın benzer durumdaki kişilerden beklenen davranış ve düşünce özelliklerinin, ihlal edilen davranış ile ilişkilendirilmesi suretiyle ortaya konulması iktiza etmektedir. Bu bağlamda somut olay bakımından sanığın dosyaya yansıyan sosyal ve kültürel durumu, eğitim düzeyi, mesleki tecrübesi, kişisel özellikleri, tarafların yaşları gibi yazılı olmayan toplumsal deneyim ve kuralların nazara alınması gerekir. Nihai olarak failin sübjektif bilgi seviyesi ve yetenekleri bakımından kaçınılabilir olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması sebebiyle sübjektif anlamda öngörülebilir neticeyi öngörmeyerek hareket etmiş olması halinde, ağır veya başka bir netice bakımından failin taksirli sorumluluğunun varlığı kabul edilecektir.¹⁸⁵

¹⁸³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.477.

¹⁸⁴ Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.160.

¹⁸⁵ "...Vücuda organ sokulması suretiyle gerçekleştirilen eylemin, katılan mağdurenin ruh sağlığının bozulmasına neden olduğu Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuyla belirlenmiştir. Sanık, suç tarihi itibarıyla 20 yaşının içinde, okur-yazar olup geçimini plastik alüminyum doğrama dükkânında işçilik yaparak sağlamaktadır ve 13.06.1993 doğumlu olan katılan mağdureden 5 yaş 8 ay büyüktür. Sanık, eylemini katılan mağdurenin ailesini evliliğe ikna etmek amacıyla gerçekleştirmiştir. Buna göre; 15 yaşından küçük katılan mağdure ile cinsel ilişkiye giren, katılan mağdureden 5 yaş 8 ay büyük olan ve eyleminin sosyal sonuçlarını bilen sanığın, içinde bulunduğu sosyal ortam ve kişisel özellikleri itibarıyla gerçekleştirdiği bu eylem sonucunda katılan mağdurenin ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmayacağını öngöremeyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple sanığın en azından taksir derecesinde kusurunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu hâlde sanık hakkında TCK'nın 103/6. maddesini uygulayan yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/14-285 E., 2018/491 K. ve 30.10.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

C. Kastı Kaldıran Hata

Failin kastı gerçeğe uygun olsaydı icra ettiği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti diyebildiğimiz her durumda kastı kaldıran hatanın varlığı söz konusu olmaktadır.¹⁸⁶ Bu halde failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara yönelik düştüğü bir yanlış durumu söz konusu olur.¹⁸⁷ Bu bağlamda suçun unsurlarına ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması maddi unsurlarda hata hususunu gündeme getireceğinden¹⁸⁸, fiilin icra edildiği anda suçun maddi unsurlarında hataya düşen failin kasten hareket etmiş olmayacağı kabul edilmektedir. Ancak suçun taksirle işlenebilmesi mümkünse failin taksirli sorumluluğu devam edecektir. Buna karşılık fail, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardan herhangi birinin varlığında şüpheyne düşmüşse veya emin olamıyorsa bu halde hatadan bahsedilemeyeceğinden mevcut fiil bakımından failin olası kastının veya bilinçli taksirinin tartışılması gerekecektir.¹⁸⁹

Kastı kaldıran hatanın varlığından bahsedebilmek için hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması¹⁹⁰, suçun maddi unsurlarına yönelik failde herhangi bir şüphe veya kararsızlık durumunun hâsıl olmaması iktiza etmektedir.¹⁹¹ Hatanın kaçınılmaz olup olmadığının tespitinde failin kişisel durumu, sosyal çevresi gibi bireysel özelliklerinin dikkate alınması icap etmektedir. Fail, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlarda hataya düşmemiş olsaydı hakkında uygulanacak hükümlerde bir değişiklik olmayacaktı diyebildiğimiz durumlarda (failin mağdurun yaşını 17 olarak bildiğini söylemesine rağmen mağdurun gerçekte 16 yaşında olması gibi) ise esaslı bir hatanın var olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁹² Nitekim bu gibi durumlarda fail unsur hatasına düşmemiş olsaydı dahi alacağı ceza miktarında herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

¹⁸⁶ Özgenç, a.g.e., s.475. Aynı yönde görüş için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s.553.

¹⁸⁷ Demirbaş, a.g.e., s.425.

¹⁸⁸ Aydın, a.g.e., s.80-81.

¹⁸⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.642.

¹⁹⁰ İcel, a.g.e., s.486.

¹⁹¹ Aydın, a.g.e., s.81.

¹⁹² Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.219.

Konumuz bakımından hata haliyle ilgili en çok karşılaşılan durum failin mağdurun yaşıyla ilgili düştüğü hata halidir. Bu bağlamda sanık tarafından mağdur on sekiz yaşından büyük gösteriyordu şeklinde yapılan savunma, mağdurun yaşına itiraz olarak kabul edilmektedir.¹⁹³ Bu suç bağlamında TCK'nın 30/1 maddesi uyarınca failin kastının mağdurun yaşı dâhil tüm unsurları kapsamaması gerektiğinden, bu noktada gerçekleşecek bir hata failin kastının kalkmasını sonuçlayacaktır.¹⁹⁴ Örneğin mağdur gerçekte on dört yaşında olmasına rağmen fail tarafından mağdurun fiziksel özellikleri veya mağdurun kendisine yönelik beyanları sebebiyle on altı yaşında zannedilmişse, meydana gelen cinsel birliktelikte failin, mağdurun yaşına yönelik hatası kastını kaldıracığından bu suç oluşmayacaktır. Bu durumda mağdurun on dört yaşında olması sebebiyle fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan da cezalandırılmayacaktır.¹⁹⁵

Hata iddiasının mutlaka sanık veya müdafî tarafından ileri sürülmesi ve bu iddianın mutlaka duruşma tutanağına derç ettirilmesi gerekir. Nitekim bu husus sanık veya müdafî tarafından ileri sürülmediği müddetçe mahkemenin hata halini re'sen ele alması mümkün değildir. Bu bağlamda failin, mağdurun yaşına yönelik hataya düştüğünü iddia ettiği bir durumda, bu hatasından faydalanabilmesi için mahkemenin mağdurun yaşına ilişkin tereddüdü ortadan kaldırması ve neticeye göre suç teşkil eden fiili vasıflandırması iktiza etmektedir.¹⁹⁶ Hata hali değerlendirilirken sanık ile mağdur arasındaki ilişkinin süresi, tarafların ilk defa ne zaman tanıştıkları, daha önce görüşüp görüşmedikleri ve o olaya ilişkin taraflar arasındaki diğer özel hususların

¹⁹³ “...Sanığın, kayden 31.12.1997 doğumlu olup suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilmediği yönündeki savunmasının, yaşa itiraz niteliğinde olması ve mağdurenin nüfus kaydına göre 18.02.1998 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, maddi hakikatin tam olarak ortaya çıkartılması ve suçun oluşumu ile vafına etkisi bakımından öncelikle mağdurenin resmî bir kurumda doğup doğmadığı araştırılıp, doğmadığının belirlenmesi halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilerilerek tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması ve duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınıp 5271 sayılı CMK'nın 218/2. maddesi de gözetilerek sanığın önceki eylemlerine ilişkin olay tarihleri de netleştirilerek mağdurenin gerçek yaşının saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/9399 E., 2019/392 K. ve 16.01.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

¹⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.439.

¹⁹⁵ Karşı yönde görüş için bkz. **Nurullah Kantarcı**, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.191.

¹⁹⁶ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.382.

dikkate alınarak araştırılması gerekir.¹⁹⁷ Eğer sanık ile mağdur arasında uzun süreli bir arkadaşlık söz konusu ise veya sanığın mağduru okuduğu okuldan tanınması gibi bir durum somut olayda mevcut ise sanığın hataya düşmediğini kabul etmek gerekecektir.

Uygulamada birçok dosyada sanıklar, mağdurun yaşının küçük olduğunu bilmediğini, mevcut yaşından büyük gösterdiğini veya mağdurun yaşının büyük olduğunu söylediğini belirterek hataya düştüklerini savunmaktadır. Bu savunmanın doğruluğunu veya aksini belirlemek oldukça zordur. Bir taraftan cezanın ağırlığı, diğer taraftan mağdurun uğradığı zarar dikkate alınarak maddi gerçeği bulma çabası içerisinde sanığın gerçekten hataya düşüp düşmediği noktasında hâkimin çok yönlü bir değerlendirme yapması iktiza etmektedir. Bu bağlamda mağdurun dışardan görünümü veya nüfus kaydı gibi hususlar mahkemede bir kanaat oluştursa dahi, bu hususlar maddi gerçeğin tespiti için yeterli değildir.¹⁹⁸ Nitekim Nüfus müdürlüklerinde tutulan kayıtların günümüz itibarıyla de gerçeği yansıtmadığını söylememiz mümkündür.¹⁹⁹ Bu bağlamda failin düşeceği hatanın, mağdurun resmi kayıtlara göre on sekiz yaşını tamamlamış olmasına karşın, mahkemece yapılan nisbi

¹⁹⁷ “...Sanık aşamalarındaki savunmasında mağdureyi on beş yaşından büyük olarak bildiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini belirtmiş ise de, belli bir süre mağdure ile arkadaşlık yapan ve evlenmeye karar veren sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönündeki savunması hayatın olağan akışına uygun değildir. Kaldı ki sağlık ocağında doğmuş olan mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşından küçük olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi 5237 sayılı TCK’nın 30. Maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Bu nedenle yerel mahkemece on beş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetlidir...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14-747 E., 2014/129 K. ve 11.03.2014 T.)

“...Hastane doğumlu olup suç tarihinde on dört yaşında olan mağdure ile sanığın aynı köyde ikamet ettikleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ve sanığın rızalen birlikte kaçıp yirmi yedi gün birlikte yaşadıkları ve bu süre içinde birden çok rızayla cinsel ilişkiye girdikleri olayda; sanığın mağdureyi uzun süredir tanınması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup somut olayda TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu konuda mahkemece araştırılması gerekli başkaca bir husus da bulunmamaktadır...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14-749 E., 2015/277 K. ve 15.09.2015 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

¹⁹⁸ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.154.

¹⁹⁹ Malkoç, a.g.e., s.885.

muhakeme neticesinde on altı yaşında olduğunun tespit edilmesi şeklinde de tezahür edebilmesi mümkündür.²⁰⁰

Hata bahsinde değinilmesi gereken bir diğer husus da mağdurun rızasına yönelik hatadır. Kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızasına hiçbir değer atfetmemiştir. Ancak failin mağdurun rızasına yönelik kaçınılmaz hatası söz konusu olursa, failin suç işleme yönünde kastının bulunmaması sebebiyle fiil TCK'nın 103/2'nci maddesinde öngörülen suça vücut vermeyecektir.²⁰¹ Nitekim failin icra ettiği fiiline etki eden koşulların mevcudiyetindeki bilgisizliği söz konusu fiilin meydana getireceği sonuçları da yanlış değerlendirmesine yol açacağından, failin gerçekte fiilini icra etmesine yol açan sebeplerin ne olduğunu bilmesi söz konusu olmadığı müddetçe ortaya çıkan fiilin failin iradesini yansıttığı da söylenemeyecektir.²⁰² Failin on beş ile on sekiz yaş aralığındaki mağdurun rızası hususunda hataya düşmesi halinde fiil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.²⁰³

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Hakların ihlali anlamına gelen hukuka aykırılık, kanun koyucu tarafından bireylerin toplum halinde yaşamalarını sağlamak amacıyla ihdas edilen hukuk kurallarının ihlal edilmesini ifade etmektedir.²⁰⁴ Bir başka ifade ile icra edilen fiilin salt ceza hukuku değil bütün hukuk düzeni içerisinde yer alan normlara aykırı olması mevzu bahis ise bu fiilin hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkündür.²⁰⁵

²⁰⁰ Ali Yeldan- Gökhan Taneri, Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, Karahan Kitapevi, Adana, 2017, s.113.

²⁰¹ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.519. Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.220.

²⁰² Devrim Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.68.

²⁰³ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.519.

²⁰⁴ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.308.

²⁰⁵ Dönmezer/Erman, a.g.e., s.232.

Dolayısıyla tipe uygun fiili hukuka uygun hale getiren bir durum söz konusu değilse failin fiili hukuka aykırı kabul edilmektedir.²⁰⁶

Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda geçerli olan davranış kuralları tayin eder.²⁰⁷ Hukuka aykırılık negatif bir unsur olarak ifade edildiğinden, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa tipe uygun fiil aynı zamanda hukuka aykırı kabul edilecektir.²⁰⁸ Bu bağlamda meydana gelen hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak failin fiilini en baştan itibaren meşru zemine uygun hale getiren nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denir.²⁰⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde fiilin hukuka aykırı olduğundan bahsedilemeyecektir.²¹⁰ Hukuka uygunluk nedenleri, TCK'nın genel hükümler bahsinin ikinci kısım ve ikinci bölümünde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında tanzim edilmiştir. Bunlar kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygun emrin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası şeklindedir.

Konumuz bakımından ilgilinin rızası dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinin tatbik imkânının oldukça sınırlı olduğunu söylememiz mümkündür. Nitekim fail lehine olacak şekilde meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin bu suç bakımından uygulanma ihtimali yoktur. Ancak CMK'nın 75 vd. maddelerinde düzenlenen iç veya dış beden muayenesi usulüne uygun şekilde icra edilirse fiil hukuka uygun kabul edileceğinden istismar suçu gerçekleşmeyecektir.²¹¹ Benzer şekilde tıbbi müdahale sınırları içerisinde hekimler tarafından cinsel bölgelerde yapılacak muayene de hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilmektedir.²¹²

²⁰⁶ **Zafer**, a.g.e., s.352. Aynı yönde görüş için bkz. **Nur Centel- Hamide Zafer- Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.290.

²⁰⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.483. Aynı yönde görüş için bkz. **Özgenç**, a.g.e., 313;

²⁰⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.276. Aynı yönde görüş için bkz. **Akbulut**, a.g.e., s.467; **Hakeri**, a.g.e., s.303.

²⁰⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.304.

²¹⁰ **Özgenç**, a.g.e., 321.

²¹¹ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s. 208.

²¹² **Ersözoğlu**, a.g.e., s.77. Aynı yönde görüş için bkz. **Seçgin**, a.g.e., s.93.

B. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa tipikliği kaldıran bir etkiye mi sahip olduğu tartışmalıdır. Öğretideki görüşlerin bir kısmı ilgilinin rızasının suç kabul edilen fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederken²¹³ bazı görüşler ise rızanın ceza hukukundaki yerini tespit edebilmek için suçun kanuni tanımının dikkate alınması ve buna göre bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²¹⁴ Bu bağlamda Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerlerine göre, kanun koyucu tarafından ihdas edilen normda failin icra edeceği fiilin hak sahibinin rızası olmadan da icra edilebileceği ifade edilmişse veya suçun kanuni tanımında belirtilmemiş olmasına rağmen suç teşkil eden fiilin örtülü olarak ilgilinin rızasına rağmen veya rızası olmaksızın icra edilebileceği belirtildiği durumlarda ilgilinin rızasının tipikliği kaldırdığı; ifade edilen durumların haricinde gerçekleşen eylemler bakımından ise rızanın hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınması gerekmektedir.²¹⁵

Ceza hukuku bağlamında suç kabul edilen fiilin ilgilinin rızası ile hukuka uygun hale gelebilmesi için rızada bulunan kişinin üzerinde mutlak suretle tasarrufta bulunabileceği bir hakkı olması, bu kişinin rızaya ehil olması ve rıza en geç fiilin icrası anında rıza beyanında bulunmuş olması gerekir. Tüm bu şartların varlığı halinde ilgilinin rızası hukuka aykırı fiilin meşru zeminde kabul edilmesini sonuçlayacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliği kaldıran bir husus mu olduğu öğretide tartışmalıdır. Hafızoğulları ve Özen ise cinsel istismar suçu bakımından mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiğini

²¹³ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.305. Aynı yönde görüş için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.329.

²¹⁴ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.288.

²¹⁵ **Mehmet Emin Artuk– Ahmet Gökçen– M. Emin Alşahin- Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.544. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.290.

belirtilmektedir.²¹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer haller olmadan gerçekleşen cinsel birliktelikte ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak değil, tipikliği ilgilendiren bir husus olarak kabul ederek mağdurun rızasının kendisine yönelik fiili suç olmaktan çıkarmadığını ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu cinsel istismar suçundan ayırt etmemize yardımcı olan bir unsur olduğunu ifade etmektedir.²¹⁷ Nitekim nitelikli cinsel istismar fiilinin mağdurun rızasına binaen icra edilmiş olması, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için suçun kanuni tanımında ifade edilen bir unsur olarak aranmaktadır.

Kanaatimizce mağdurun rızası cinsel istismarı suçuna ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu birbirinden ayırt etmemize yardımcı olan bir irade beyanıdır. Bu bağlamda rızanın suç teşkil eden fiilin meşru zeminde kalmasını sonuçlamaması sebebiyle hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmemesi icap etmektedir. Nitekim buradaki rıza failin fiilini hukuka uygun hale getirerek ceza hukuku dışına çıkarmayacak, on beş yaşını tamamlamış çocuklar bakımından cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı söz konusu değilse şikâyet koşulunun da gerçekleşmesi halinde fail hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki hükümleri tatbik edilecektir.

Mağdurun suç teşkil eden fiile sessiz kalması korkusundan veya faile gücünü yettiremeyeceğini anlaması gibi farklı etkenlerden kaynaklanabileceği için bu sessizliğin fiile rıza gösterilmesi şeklinde anlaşılmaması icap etmektedir.²¹⁸ Nitekim mağdurun, failin şahsına veya hısımlarına zarar vereceğinden korkması hasebiyle ses çıkarmamış olması mümkündür.²¹⁹ Dolayısıyla bu gibi durumlarda mağdurun suç teşkil eden fiile karşı sessizliğinin rıza mahiyetinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için somut olaya göre mağdurun fail ile arasındaki ilişki durumu gibi tüm faktörlerin kümülatif olarak değerlendirilmesi gerekir.²²⁰

²¹⁶ **Zeki Hafızoğulları- Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.249.

²¹⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.388. Aynı yönde görüş için bkz. **Taner**, a.g.e., s.173.

²¹⁸ **Yelden/Taneri**, a.g.e., s.39.

²¹⁹ **Yazar**, a.g.e., s.75.

²²⁰ **Kantarci**, a.g.e., s.157.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER VE KUSURLULUK

I. NİTELİKLİ HALLER

Kurucu unsurlar bakımından suçun yapısını değiştirmeyen ancak suç için öngörülen cezaların daha ağır veya daha hafif hale gelmesi ve buna bağlı olarak suçun temel şekline göre cezanın artmasını veya azalmasını sonuçlayan yahut failin suça eğiliminin emarelerini gösteren hallere nitelikli haller denir.²²¹ Suçun işleniş şekli, suçun işlendiği yer ve zaman, failin mağdur ile arasındaki ilişkisi, fail ve mağdurun vasfı gibi hususlar kanunda nitelikli hal başlığı altında tanzim edilmektedir.²²²

Nitelikli unsurlar failin fiilinin haksızlık içeriğini etkilediğinden bu unsurların varlığı söz konusu olduğunda müeyyidenin buna göre tayin edilmesi iktiza etmektedir.²²³ Bu bağlamda temel cezaya etki eden nitelikli halin varlığından bahsedebilmek için bu hususun suçun temel şekline göre cezanın artmasını veya azalmasını sonuçlayacak şekilde niceliksel veya hapis cezası yerine adli para cezasının öngörülmesi gibi niteliksel bir değişiklik meydana getirmesi gerekir.²²⁴

TCK ve diğer özel kanunlarda tanzim edilen suç tiplerinin birçoğunda ceza miktarında değişiklik yapılmasını icap ettiren nitelikli hallerin tanzim edildiğini söylemek mümkündür.²²⁵ Bu bağlamda çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği TCK'nın 103'üncü maddesinin 103/2, 103/3 ve 103/4'üncü fıkraları bakımından ceza miktarında artırım yapılmasını öngören seçimlik nitelikli hal düzenlemelerine yer verildiği görülmektedir. Failin suça vücut veren fiilinin birden fazla nitelikli hale temas etmesi durumunda bu hususun hâkim tarafından cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınması icap eder.

²²¹ Toroslu/Toroslu, a.g.e., s.279.

²²² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.383.

²²³ Akbulut, a.g.e., s.390.

²²⁴ Toroslu/Toroslu, a.g.e., s.280; İcel, a.g.e., s.304.

²²⁵ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.140.

A. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Suç teşkil eden fiilin zamansal ve mekânsal olarak aynı zamanda ve yerde aynı mağdura²²⁶ karşı en az iki asli fail tarafından birlikte icra edilmiş olması halinde suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi söz konusu olur.²²⁷ Birden fazla kişinin tamamının aynı cins olması gerekmediği gibi bu kişilerin ceza ehliyetlerini haiz olması da aranmaz; nitekim faillerden bazılarının akıl hastası olması durumunda dahi bu nitelikli halin tatbik edilmesi icap etmektedir.²²⁸

Birden fazla failden her birinin diğer failin fiiline müşterek fail olmayı sonuçlayacak bir yardımının olması gerekir.²²⁹ Örneğin faillerden biri mağdura karşı bu suçu işlerken diğerinin mağdurun mukavemet göstermesini engellemek üzere cebir veya tehditte bulunması, mağduru kaçamayacağı bir yere kilitlemesi gibi hallerde müşterek hâkimiyetin varlığı kabul edilmektedir.²³⁰ Birden fazla kişi tarafından suça maruz bırakılan mağdurun içinde bulunduğu durum itibariyle biçare olması bu nitelikli halin varlığını haklı göstermektedir.²³¹

Değinilmesi gereken önemli bir husus da müşterek faillerden birinin mağdura yönelik suç teşkil eden fiili icra ettikten sonra diğer müşterek failin de aynı zamanda ve mekânda mağdura karşı aynı fiili icra etmesi halidir. Böyle bir durumda, müşterek faillerin birbirlerinin suç teşkil eden fiillerine katılmalarının yanında ayrıca birbirini takip eden eylemleri de bulunmaktadır. Yargıtay, TCK'nın 37/1 maddesi anlamında müşterek fail olarak kabul edilen kişiler tarafından bu şekilde icra edilen istismar suçunun nitelikli hali bakımından, söz konu failler hakkında ayrıca TCK'nın 43/1

²²⁶ Kocaoglu, a.g.e., s.347.

²²⁷ Toroslu, a.g.e., s.65.

²²⁸ Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.326.

²²⁹ Savaşçı, a.g.e., s.93. Aynı yönde görüş için bkz. Şarman, a.g.e., s.69; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.362.

²³⁰ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1664.

²³¹ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.196.

maddesinde öngörülen zincirleme suç hükümlerinin de tatbik edilmesi gerektiğini içtihat haline getirmiştir.²³²

Bu nitelikli halin tatbiki bakımından failler arasında suçun icrasından önce yapılacak bir anlaşmanın bulunup bulunmaması hususu öğretide tartışmalıdır. Özen'e göre, kanunun lafzına göre bir yorum yapıldığında failler arasında iştirak iradesi aranmayacaktır; ancak iştirak iradesi olmadan bu suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkün olamayacağından iştirak iradesinin aranması iktiza etmektedir.²³³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerleri ise, kanuni düzenlemede yer alan birlikte ibaresinin birden fazla kişinin bu suçu işlerken birlikte hareket etmeleri gerektiği anlamını taşıdığını, bu sebeple faillerin suçun icrasından önce ayrıca anlaşmalarına lüzum olmadığını ifade etmektedir.²³⁴

Kanaatimizce de bu nitelikli halin uygulanabilmesi için önemli olan husus, faillerin tamamında suçun icra hareketinden önce aynı suç işleme kastının bulunması ve bu bağlamda birlikte hareket etmiş olmalarıdır. Dolayısıyla fiilleri bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecek failler bakımından, suç teşkil eden fiili icra etmeden önce bu kişilerin bir araya gelerek anlaşma yapmaları gibi bir kriterin varlığına gerek duyulmamaktadır.

²³² “...Dosya kapsamına göre suça sürüklenen çocuk ...'ın tehdit ve zorlamasıyla mağdurenin suça sürüklenen çocuk ... ve sanık ... ile cinsel ilişkiye girdiği anlaşılan olayda, suça sürüklenen çocuk ... ile sanık ...'ın, direnci kırılan mağdure üzerinde müşterek hakimiyet kurmak suretiyle nitelikli cinsel istismar eylemlerini aynı mekanda birbirini takiben gerçekleştirdikleri ve her birinin bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine TCK'nın 37. Maddesi anlamında katılması sebebiyle haklarında tayin edilen cezaların TCK'nın 103/3 ve 43. Maddeleri uyarınca arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/4402 E., 2018/320 K. ve 16.01.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.:07.01.2020)

“...Oluş ve kabule göre sanık Tarık'ın, daha önceden kendisinden temin ettiği çıplak fotoğrafları yayımlama tehdidiyle buluşmaya zorladığı mağdureyi 01.04.2015 günü diğer sanık Murat'ın kullandığı araçla suç yerine götürmesinin ardından aracın arka kısmında rızası dışında mağdure ile sırayla cinsel ilişkiye girdikleri anlaşıldığından, mevcut haliyle aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıkların, üzerinde müşterek hakimiyet kurmak suretiyle direncini kırdıkları mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemlerini aynı mekanda birbirini takiben gerçekleştirdikleri ve her birinin bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine TCK'nın 37. maddesi anlamında katılması nedeniyle haklarında tayin edilen cezaların TCK'nın 103/3-a ve 43. maddeleri uyarınca arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi,...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/2959 E., 2017/3956 K. ve 18.09.2017 T.) www.kazanci.com (E.T.:07.01.2020)

²³³ Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.379.

²³⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366. Aynı yönde görüşler için bkz. Parlar/Banko, a.g.e., s.106; Parlar/Öztürk, a.g.e., s.107; Göral, a.g.e., s.33; Uçan, a.g.e., s.66.

Bu nitelikli hal, mağdurun direncinin fiziken kırılmasını sağlamak suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştırmasının yanında fail sayısının çokluğunun mağdur üzerinde yarattığı korku ile mağdurun direncinin manevi yönden de kırılmasına katkı sağlamaktadır.²³⁵ Ancak öğretide ve uygulamada faillerin suç teşkil eden fiillerinin salt kendi fiillerinden ibaret olması, birinin diğerinin suç teşkil eden fiilini kolaylaştırmak için cebir veya tehdide başvurmamış olması ve mağdurun kendisine yönelik suçun nitelikli haline vücut veren fiile rıza göstermesi halinde bu nitelikli halin tatbik edilemeyeceği ifade edilmektedir.²³⁶ Kanunun amir hükmü gereği on beş yaşından küçüklerin rızasına hiçbir şekilde değer atfedilmesi mümkün olmadığından, on beş yaşını tamamlamış çocukların ise suçun nitelikli haline ilişkin rızaları fiili suç olmaktan çıkarmayacağından hareketle, suçun birden fazla fail tarafından işlenmesi halinde mağdurun rızanın varlığından bahisle bu nitelikli halin uygulanmaması gerektiğini ifade eden görüşlere iştirak etmiyoruz. Nitekim suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi diğer faillerin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ile mağdurun haysiyet ve vakarını inciten fiilin daha vahim bir nitelik kazanarak suçla korunan hukuki değerın daha ağır şekilde ihlal edilmesine yol açmaktadır.²³⁷

Suç teşkil eden fiilin herhangi bir kısmının failler tarafından yalnız veya birlikte icra edilmiş olması, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinden bahsedilebilmesi için gerekli ve yeterli kabul edilmektedir.²³⁸ Nitekim söz konusu nitelikli halin tatbiki için birden fazla failin tamamının mağdura yönelik istismar suçunun nitelikli halini icra etmesi zorunlu olmadığından, faillerden birinin cebir unsurunu diğerinin ise penetrasyon fiilini icra etmesi halinde de bu nitelikli hal tatbik

²³⁵ Savaşçı, a.g.e., s.93.

²³⁶ Baytemir, a.g.e., s.464.

²³⁷ “...İnceleme dışı sanıklar ve ile sanıkların mağdureyi cinsel ilişkiye girmek amacıyla sanık’in evine götürdükleri, burada mağdure ile ayrı ayrı cinsel ilişkiye girdikleri ve bu ilişkiler sırasında sanıklar ve inceleme dışı sanıkların birbirlerini izledikleri olayda hafif derecede zekâ geriliği ve diğer bozukluklar nedeni ile fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan mağdure ile cinsel ilişkiye girme hususunda birlikte suç işleme kararına sahip olan sanıkların, birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirip mağdurenin direncini manevi olarak da kırarak suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurmaları nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçuna TCK’nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldıkları anlaşıldığından cezalarının TCK’nın 103/3. maddesi uyarınca artırılması gerektiği, bu kapsamda her bir sanığın işlediği cinsel istismar suçunun yanı sıra diğer sanıklar tarafından farklı zamanlarda işlenen cinsel istismar suçlarına da iştirak etmeleri nedeniyle TCK’nın 43/1. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2016/1430 E., 2018/602 K. ve 04.12.2018 T.) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 20.12.2019)

²³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.365.

edilecektir.²³⁹ Buna karşılık suç ortaklarından biri, suça azmettiren veya yardım eden sıfatı ile iştirak etmişse, bir başka ifade ile şerik konumunda ise bu durumda suçun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirildiğinden bahsedilemeyeceğinden²⁴⁰ bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir.²⁴¹

Nitelikli halin uygulanabilmesi için suç teşkil eden fiilin nihayete ermiş olması gerekmediğinden teşebbüs aşamasında kalan fiiller bakımından da bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi mümkündür.²⁴² Dolayısıyla birden fazla fail tarafından suçun nitelikli halinin icra hareketlerine başlanmış ancak elde olmayan sebeplerle penetrasyon gerçekleşmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen bu nitelikli hal tatbik edilecektir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir başka tartışmalı husus da mağdur sayısının fazla olması halinde birden fazla failin farklı mağdurlara karşı suç teşkil eden fiili icra etmesi meselesidir. Memiş Kartal ve diğerleri, bu nitelikli halin tatbiki bakımından mağdur sayısının bir öneminin olmadığını ancak mağdur ve failin birden fazla olması halinde her bir failin başka bir mağdura yönelik bu suçu işlemesi durumunda bu nitelikli unsurun tatbik edilemeyeceğini ifade etmektedir.²⁴³ Aydın ve Kaya ise, fail ve mağdur sayısının birden fazla olduğu ve her bir failin başka bir mağdura yönelik bu suçu işlediği hallerde söz konusu nitelikli halin tatbiki için aranan koşulların gerçekleştiğini ve bu nitelikli hale göre cezanın ağırlaştırılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴⁴ Kanaatimizce fail ve mağdur sayısının birden fazla olduğu durumlarda her bir failin başka bir mağdura karşı bu suçu işlemesi halinde

²³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.405.

²⁴⁰ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.197. Aynı yönde görüş için bkz. Toroslu, a.g.e., s.65; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.380;

²⁴¹ "...Sanıkların eylemlerine birden fazla kişinin katıldığından bahisle TCK'nın 103/3 maddesi uyarınca cezalarında arttırım yapılabilmesi için eyleme aynı kanunun 37.maddesi anlamında suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatıyla katılmaları gerektiği, buna karşılık sanıklar diğer sanığın mağdureye yönelik cinsel istismar eylemine TCK'nın 39.maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiklerinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, haklarında tayin edilen cezaların aynı kanunun 103/3 maddesiyle arttırılması ..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/4818 E., 2018/5945 K. ve 15.10.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.:03.02.2020)

²⁴² Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.405.

²⁴³ Pınar Memiş Kartal, Cinsel Saldırı, Özel Ceza Hukuku, Cilt: 2, Kişilere Karşı Suçlar (1), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.482. Aynı yönde görüş için bkz. Akkaya, a.g.e., s.215; Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.328; Köse Şahin, a.g.e., s.72.

²⁴⁴ Aydın, a.g.e., s.60. Aynı yönde görüş için bkz. Kaya, a.g.e., s.102.

görünüş itibariyle her fiil bakımından müstakil faillik durumu söz konusu olsa da, fail sayısının çokluğunun her bir mağdur üzerinde yaptığı etki ve bu durumun biçare mağdurun suç teşkil eden fiile karşı direncini kırması sebebiyle söz konusu nitelikli halin tatbik edilmesi gerekmektedir.

B. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hal, 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 6545 sayılı kanun ile cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK'nın 103/3-b maddesine eklenmiştir. İnsanların toplu olarak yaşadıkları yerlerde kendilerini daha güvende hissetmelerine paralel olarak daha az tedbirli davranmaları hasebiyle bu yönde bir düzenleme tanzim etme ihtiyacı hâsıl olmuştur.²⁴⁵ Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere bu nitelikli halin uygulanabilmesi için fiilin insanların toplu olarak yaşama zorunluluğu bulunan bir ortamda icra edilmesi ve bu ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanarak gerçekleşmiş olması gerekir.

Kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler nitelik halin uygulanması bakımından birlikte yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortam kapsamında kabul edilmektedir.²⁴⁶ Günümüz itibariyle meydana gelen depremler veya ülkemize göç edenler için yapılan çadır kentlerin de birlikte yaşama zorunluluğunun bulunduğu yer kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁴⁷ Örneğin yakın zamanda Elazığ ve Malatya'da meydana gelen deprem nedeniyle evsiz kalan insanların yerleştirildikleri yaşam alanları bakımından birlikte yaşama zorunluluğunun bulunduğu yer kriteri gerçekleşmiş olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus bir arada yaşamayı zorunlu kılan bir durumun varlığıdır.²⁴⁸ Bu bağlamda kişinin kendi iradesine dayalı olarak vakit geçirdiği otel,

²⁴⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366.

²⁴⁶ Bkz. Adalet Komisyonu görüşme tutanakları ve madde gerekçesi.

²⁴⁷ Turhan, a.g.e., s.88.

²⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.406.

pansiyon, stadyum veya konser alanı gibi yerlerde icra edilen fiiller için bu nitelikli halin tatbik imkânı bulunmamaktadır.²⁴⁹ Nitekim belirtilen yerlerde bireylerin sürekli ve fiili anlamda toplu olarak bir arada yaşama zaruretinden çok, geçici ve süreli olarak bir arada bulunma durumunun hâsıl olduğu kabul edilmektedir.²⁵⁰

Nitelikli halin uygulanması için aranan ikinci unsur ise suç teşkil eden fiilin bu ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanarak icra edilmiş olmasıdır. Örneğin ceza infaz kurumunda aynı koğuştaki kalan çocuklardan birinin diğerine karşı istismar suçunun nitelikli halini işlemesi halinde bu nitelikli hal için aranan koşullar tümüyle gerçekleşmiş olacaktır. Buna karşılık aynı iş yerinde çalışan ve aynı odayı paylaşan çocuklardan birinin diğerine karşı bu suçu işlemesi halinde ise bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Nitekim ikinci örnekte suç teşkil eden fiil her ne kadar aynı ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak icra edilmiş ise de, iş yeri birlikte yaşama zorunluluğunun bulunduğu yer kapsamında kabul edilemeyeceğinden bu nitelikli halin tatbiki için aranan koşullar gerçekleşmemiş olacaktır.

Öğretide kanun metninde yer verilen toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu ifadesi eleştirilmektedir. Nitekim bazı yazarlar bu ifadenin “toplu olarak bir arada bulunduğu” şeklinde revize edilmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir.²⁵¹ Bir başka ifade ile suçun insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesinin bu nitelikli halin tatbiki bakımından yeterli olması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce de madde metninin “insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan yararlanarak” işlenmesinin cezalandırılacağı şekilde revize edilmesi daha isabetli olacaktır. Bu halde otobüs, stadyum veya konser alanı

²⁴⁹ “...Mahkemece sanık hakkında hüküm kurulurken 6545 sayılı TCK'nın 103/3-b maddesi uyarınca artırım yapılmış ise de, bu maddenin kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde sanığın cezasında artırım yapılabileceği, suça konu olayda sanığın, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu belediye otobüsünde yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği otobüsün TCK'nın 103/3-b maddesinde “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar” şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden, hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini,...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/7521 E., 2016/7172 K. ve 18.10.2016 T.)

²⁵⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.339.

²⁵¹ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.406.

gibi insanların topluca bir arada bulunduğu ortamlarda gerçekleşen eylemler bakımından suç teşkil eden fiilin karşılığı ile orantılı bir cezaya hükmedilmiş olacaktır.

C. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi

Kanun koyucu suçun işlenmesini kolaylaştıracak bir faktör olarak fail ile mağdur arasındaki ilişkinin varlığını cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsur olarak tanzim etmiştir.²⁵² Nitekim kanunda sayılanlar haricindeki bir kişinin mağdura karşı bu suçu işlemesi daha zorken²⁵³; akrabalık ilişkisi içerisinde olanlar tarafından bu suçun işlenmesinin mağdurla aralarındaki samimiyet nedeniyle daha kolay olduğu kabul edilmektedir.²⁵⁴ Bu bağlamda söz konusu nitelikli unsurun ihdas edilişinin temelinde suçun mağdur ile belli bir akrabalık ilişkisi içinde olanlar tarafından işlenmesinin toplumda meydana getirebileceği öfkenin yer aldığı ifade edilmektedir.²⁵⁵

Taraflar arasındaki akrabalık ilişkisinin TMK hükümlerine göre belirlenmesi ve yapılacak tespite göre bu nitelikli halin tatbik edilmesi iktiza etmektedir. Bu bağlamda akrabalık derecesinin tespitinde doğum sayısının esas alınması gerekir. Örneğin suçun mağdurun dayısı tarafından işlenmesi durumunda fail ile mağdur arasında üçüncü derece kan hısımlığı söz konusu olduğundan bu nitelikli halin tatbik edilmesi mümkündür. Öğretide söz konusu nitelikli halin tatbiki bakımından fail ile mağdur arasında kanunda öngörüldüğü üzere mevcut bir akrabalık ilişkisinin varlığının yeterli olduğunu, bu sebeple akrabalık ilişkisinin ayrıca resmi mercilerden anlaşılmasına gerek olmadığını belirtmektedir.²⁵⁶

²⁵² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.385.

²⁵³ Baytemir, a.g.e., s.465.

²⁵⁴ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.187.

²⁵⁵ Savaşçı, a.g.e., s.89.

²⁵⁶ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.259. Aynı yönde görüş için bkz. Altaş, a.g.e., s.39.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için fail ile mağdur arasında kanunda öngörülen akrabalık ilişkisinin varlığı yeterli görüldüğünden taraflar arasında ayrıca nüfuz ilişkisinin varlığı aranmayacaktır.²⁵⁷ Buna karşılık öğretide bazı yazarlar akrabalık ilişkisinin failin mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kurmasını kolaylaştırması sebebiyle bu suçun daha rahat işlenebileceği ifade ederek hüküm ve nüfuzun varlığını aramaktadır.²⁵⁸

Cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak tanzim edilen bu nitelikli hal mağdur çocuk ile fail arasındaki akrabalık ilişkisine vurgu yaparken²⁵⁹ aynı zamanda zımnen encest ilişkisi de cezalandırmaktadır. Nitekim çoğu zaman istismar suçunun failinin mağdur çocuk ile arasında belli bir akrabalık ilişkisi bulunan bir yakınının olduğu görülmektedir.²⁶⁰ Encest ilişkisinin toplumun her kesimindeki aile tipleri içerisinde gerçekleşebilmesi mümkündür.²⁶¹ Başka bir ifade ile bu sapkın ilişki türünün yoksul ve eğitim düzeyleri düşük aile bireyleri arasında gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi zengin ve yüksek tahsilli aile bireyleri arasında da gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Ancak bu ilişkinin cereyan ettiği tüm aile tipleri bakımından ortak paydanın, müşterek yaşam alanı içerisinde cinsellik muhtevasını haiz eylemlerin olduğu ifade edilmektedir.²⁶²

Akrabalık seviyesi olarak tanımlanan ve cinsel bir sapkınlık türü olan encest ilişkisinin salt kan bağına dayandığı ifade edilmesine rağmen, günümüz itibarıyla dağılan aile sayılarının artmasına paralel olarak üveylik ilişkisi bulunanlar arasındaki

²⁵⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.337. Aynı yönde görüş için bkz. **Özen**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.347; **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.404; **Kurt**, a.g.e., s.83.

²⁵⁸ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.406. Aynı yönde görüş için bkz. **Sevük**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.125.

²⁵⁹ **Gerçeker**, a.g.e., s.1117.

²⁶⁰ **Yeldan/Taneri**, Cinsel Suçlarda Beraat, s.35.

²⁶¹ **Figen Şahin- Medine Aysin Taşar**, “Cinsel İstismar ve Encest”, Türk Pediatri Arşivi Dergisi, Sayı: 47, 2012, s.161. Aynı yönde görüş için bkz. **Çakmut**, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, s.40.

²⁶² **Aslıhan Okan İbiloğlu- Abdullah Atlı- Remzi Oto- Mustafa Özkan**, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Encest Olgularına Çok Yönlü Bakış”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt:10, Sayı: 1, 2018, s.87.

fiiller de tartışmalı olmakla birlikte enstest ilişki olarak addedilmektedir.²⁶³ Nitekim yapılan araştırmalara göre üvey ebeveynler tarafından bu suçun daha fazla işlendiği tespit edilmiştir.²⁶⁴ Bu bağlamda mağdur ile arasında üveylik ilişkisi bulunan anne, baba veya kardeş tarafından icra edilen istismar niteliğindeki fiillerin enstest kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.²⁶⁵

Öğretide enstest ilişki faillerinin, düşünülenin aksine zekâ kapasitesi yüksek, çevresindekiler tarafından kendisine itibar edilen ve bu suçun faili olabilmesi ihtimali verilmeyen insanlar olduğu belirtilmektedir.²⁶⁶ Bu sebeple enstest ilişkiye maruz kalan çocukların söz konusu mağduriyetlerinin yargı mercileri tarafından öğrenilmesi diğer istismar türlerine göre daha zordur. Nitekim enstest ilişki mağdurlarının birçoğu yaşadığı istismar durumunu açıkladığı takdirde toplumun kendisini dışlayacağından ve tamamen yalnız kalacağından ya da failin yakınlarına zarar vermesinden korktuğu için suçluluk psikolojisi ile hayatını idame ettirerek yaşadıklarını üçüncü kişilerden saklamayı tercih etmektedir.²⁶⁷ Dolayısıyla enstest ilişki mağdurlarında çevresindekiler tarafından beyanlarına itibar edilmeyeceğine dair bir tedirginlik hâsıl olduğundan, yaşadıkları olayları dışa aktarma konusunda isteksiz davranır²⁶⁸ ve kendisini dış dünyadan soyutlayarak içine kapanık şekilde hayatını idame ettirirler.²⁶⁹

Enstest ilişkilerin bir kısmı aile büyüklerinin çocuklarında gözlemlediği uyumsuzluklar sebebiyle onları doktora götürmeleri neticesinde ortaya çıkmaktadır.²⁷⁰ Bu uyumsuzlukların dışa yansımaları çoğunlukla mağdurun başarısızlığı, agresif hareketler sergilemesi, tuvaletini üstüne yapması, cinsel düşkünlüğünün artması şeklinde tezahür edebilmektedir.²⁷¹ Dolayısıyla aile

²⁶³ **Tuğrul/Tuğrul**, a.g.e., s.16-17; Aynı yönde görüş için bkz. **Osman Celbiş- Bora Özdemir- Atılhan Kaya**, “Cinsel Saldırıya Uğramış Çocuğun Muayenesi”, *Türk Pediatri Arşivi Dergisi*, Sayı: 46, 2011, s.104.

²⁶⁴ **Evrin Aktepe**, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt:1, Sayı: 2, 2009, s.101.

²⁶⁵ **Yiğit**, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Enstest”, s.91.

²⁶⁶ **Yiğit**, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Enstest”, s.96.

²⁶⁷ **Özdemir**, a.g.e., s.91.

²⁶⁸ **Yeldan/Taneri**, *Cinsel Suçlarda Beraat*, s.46.

²⁶⁹ **Aktepe**, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı”, s.106.

²⁷⁰ **Polat**, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1*, s.182.

²⁷¹ **Şahin/Taşar**, “Cinsel İstismar ve Enstest”, s.162. Aynı yönde görüş için bkz. **İbiloğlu/Atıl/Oto/Özkan**, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Enstest Olgularına Çok Yönlü Bakış”, s.88.

bireylerinin bu hususta bilinçli davranması ve çocuklarında gözlemlediği olağandışı davranışlarla ilgili derhal uzmanından destek alması gerekmektedir.

Çocuğun uyumsuz halinin mağdurun okulunda görev yapan eğitimcileri tarafından fark edilebilmesi de mümkündür.²⁷² Ancak yapılan araştırmalara göre öğretmenlerin gerek meslek öncesi gerekse meslek içi eğitim adı altında istismar konusuna dair iyi bir eğitim görmedikleri tespit edilmiştir.²⁷³ Bu sebeple özellikle göreve yeni başlayan öğretmenlerin bu hususta daha bilinçli hareket edebilmeleri bakımından meslek öncesi ve meslek içi eğitim adı altında yeterli düzeyde eğitim ve seminerlerin düzenlenmesi ve öğretmenlerin öğrencileri ile birebir ilişki kurmalarının teşvik edilmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki bu tür vakılarda ne yazık ki aile büyükleri tarafından ya mağdur çocuğun beyanlarına itibar edilmemekte ya da mağdur, yaşadığı durumu dışarıyla paylaşmaması için farklı gerekçelerle ailesi tarafından baskılanarak bu durum sır olarak saklanmaya çalışılmaktadır.²⁷⁴ Özellikle çocuğun hiçbir söz hakkının bulunmadığı, ebeveynlerin çocuklarının kendisine koşulsuz boyun eğmesini beklediği aile yapılarında büyüyen mağdurların yaşadıkları bu durumu üçüncü kişilerle veya adli makamlarla paylaşması mümkün değildir.²⁷⁵ Dolayısıyla ortaya çıkması zor bir ilişki türü olan ensest ilişkilerin cezalandırılmasını sağlayan TCK'nın 103/3-c hükmünün son derece isabetli bir düzenleme olduğunu söylememiz mümkündür.

Bu nitelikli hal kapsamında değinilmesi gereken bir başka tartışma konusu ise evlilik birliğinin sona ermesi durumunda kayın hısımlığı içerisinde kalan kişilere karşı bu suçun işlenmesi halinde söz konusu nitelikli halin somut olaya tatbik edilip edilemeyeceği meselesidir. Evlilik birliği ile oluşan ve eşlerden birinin diğer eşin kan hısımları ile arasında meydana gelen akrabalığa kayın hısımlığı denilmektedir.

²⁷² Sumer, a.g.e., s.14.

²⁷³ Tat/Öztürk, "Çocuk Cinsel İstismarında Kendini Açığa Vurma Sürecine Ekolojik Sistem Modeli Yaklaşımı", s.370.

²⁷⁴ Polat, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1, s.191. Aynı yönde görüş için bkz. Şahin/Taşar, "Cinsel İstismar ve Ensest", s.162.

²⁷⁵ Tat/Öztürk, "Çocuk Cinsel İstismarında Kendini Açığa Vurma Sürecine Ekolojik Sistem Modeli Yaklaşımı", s.368.

Tezcan ve diğerleri, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda diğer eşin bu nitelikli hal kapsamındaki kayın hısımlarına karşı istismar suçunun işlenmesi halinde korunan hukuki menfaatin de dikkate alınarak söz konusu nitelikli halin tatbik edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerleri ise, kayın hısımlığını düzenleyen mevzuat hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini, nitekim TMK'nın 18/2 maddesinde taraflar arasındaki evliliğin sona erse dahi kayın hısımlığı ilişkisinin ortadan kalmayacağını ifade edildiğini, bu amir hüküm dikkate alındığında evlilik birliği ortadan kalmış olsa dahi kayın hısımlığının devam edeceğini, dolayısıyla suç teşkil eden fiilin bu ilişki kapsamına dâhil olan herhangi bir kimseye karşı icra edilmesi halinde cezayı ağırlaştıran bu nitelikli halin tatbik edilmesinin icap ettiğini belirtmektedir.²⁷⁷ Kanaatimizce ceza kanununda öngörülen bu nitelikli halin, multidisipliner bir yaklaşım ile medeni kanunun ilgili hükümleri de dikkate alınarak yorumlanması icap etmektedir. Bu bağlamda TMK'nın 18/2'nci maddesine göre eşler arasındaki evliliğin sona ermiş olması, evlenme ile kurulan kayın hısımlığı ilişkisini ortadan kaldırmayacağından, kayın hısımları arasında icra edilecek suç teşkil eden davranışlar bakımından bu nitelikli halin tatbik edilmesi zarureti hâsıl olmaktadır. TMK'nın ilgili hükümlerine göre usulüne uygun evlat edinme işlemi eksiksiz bir şekilde yerine getirildikten sonra, yani bu husustaki mahkeme kararı kesinleştikten sonra evlat edinen ile edinilen arasında evlatlık ilişkisi kurulmuş olur.²⁷⁸ Evlatlık ilişkisinin doğduğu andan itibaren evlat edinen tarafından, evlat edinilene karşı suç teşkil eden fiilin icra edilmesi halinde de bu nitelikli halin tatbik edilmesi ve fail aleyhine hükmedilecek ceza miktarının arttırılması gerekir.

²⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.404. Aynı yönde görüş için bkz. Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.121; Taner, a.g.e., s.207; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, s.279.

²⁷⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.365. Aynı yönde görüş için bkz. Aydın, a.g.e., s.50.

²⁷⁸ Parlar/ Hatipoğlu, a.g.e., s.1662.

D. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi

Kanunda belirtilen kişilerin suç mağduru çocuklar ile aralarındaki ilişkiye dayalı olarak bir arada olmaları veya aynı yerde kalmaları, bu sayede ikna ya da hile yolu ile çocuklar üzerinde hâkimiyet kurmaları suçun icrasını kolaylaştırdığından, tüm bu hususlar kanun koyucu tarafından gözetilmiş ve söz konusu nitelikli hal ihdas edilmiştir.²⁷⁹

TMK'nın 403'üncü maddesine göre vasi, hacir altına alınan küçük veya mahcurların menfaatlerini korumak ve onları temsil etmekle mükelleftir. Bu suçun vasi tarafından işlendiğinden bahsedebilmek Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından hukuka uygun bir şekilde kurulan vesayet ilişkisinin bulunması ve suç teşkil eden fiilin bu ilişkinin devamı süresince icra edilmiş olması zaruridir.²⁸⁰ Nitekim fail suç teşkil eden fiili, mağdura vasi olarak atanmadan önce icra etmiş ancak suç failin vasiliği sırasında ortaya çıkmış olması durumunda bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir.²⁸¹ Dolayısıyla suçun vesayet ilişkisi içerisinde işlenmiş olması gerekir.

Eğitici, öğretici veya bakıcının kamuda yahut özel bir kuruluşta istihdam ediliyor olmasının, icra edilen faaliyetin ücret mukabilinde veya meccanen gerçekleşmesinin ya da ilişkinin daimi veya muvakkaten olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.²⁸² Buradaki tartışma nitelikli halde öngörülen ilişki sona erdikten sonra icra edilen fiiller bakımından bu nitelikli halin tatbik edilip edilemeyeceği meselesidir. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerleri, bu nitelikli halin tatbiki için suç teşkil eden fiilin fail ile mağdur arasındaki mevcut ilişkinin devamı süresince icra edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁸³ Başka bir ifade ile

²⁷⁹ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.525. Aynı yönde görüş için bkz. Parlar/Banko, a.g.e., s.106.

²⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.403.

²⁸¹ Baytemir, a.g.e., s.467.

²⁸² Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.525.

²⁸³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.380. Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.192; Kocaoğlu, a.g.e., 351-

istismar suçunun nitelikli hali, fail ile mağdur arasındaki kanunda öngörülen ilişki sona erdikten sonra gerçekleşmişse bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir. Bostancı Bozbayındır ve diğerleri ise, taraflar arasındaki mevcut ilişki sona erdikten sonra bu nitelikli halin tatbik edilmemesinin düzenlemenin amacına aykırı olacağını, nitekim taraflar arasındaki ilişki ortadan kalkmış olsa dahi mağdurun faile olan güveninin devam etmesi sebebiyle failin mağdur üzerindeki ikna kabiliyeti ve zorlayıcı etkisinin devam edeceğini ifade etmektedir.²⁸⁴

Öğretide her ne kadar taraflar arasındaki fiili ilişki bittikten sonra da bu nitelikli halin uygulanması gerektiği ifade edilmiş olsa da madde metninde açıkça “... hizmeti veren ya da... yükümlülüğü bulunan” kişiler tarafından bu suçun işlenebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla bu nitelikli halin uygulanabilmesi için taraflar arasında hali hazırda mevcut bir ilişkinin varlığı gerekir. Bu bağlamda kanaatimizce bu nitelikli halin somut olaya uygulanabilmesi için kanunda öngörülen ilişkinin fiilen varlığının taraflar arasında aranması zaruridir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından kanunda öngörülen ilişkinin, fiilin gerçekleştiği sırada fail ile mağdur arasında mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir.²⁸⁵

6545 sayılı kanunla TCK’nın 103/3-d maddesinde yapılan değişiklikle birlikte koruyucu aile ve bakım yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından bu suçun işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak madde metninde yerini almıştır. Mağdurun terbiyesi, bakımı ve korunması için bırakıldığı hastane, okul servisi²⁸⁶,

352; Akkaya, a.g.e., s.219; Gündüz/Gültaş, a.g.e., s.135; Göral, a.g.e., s.31; Küçükosmanoğlu, a.g.e., s.40.

²⁸⁴ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.527-528. Aynı yönde görüş için bkz. Köse Şahin, a.g.e., s.68; Seçgin, a.g.e., s.100.

²⁸⁵ “...Dosya kapsamına göre, okulda ikinci dönem mağdurenin dersine girmediği dönemde eylemlerini gerçekleştiren sanığın, bu nedenle eğitici, öğretici sıfatını taşımadığı gibi mağdure üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün de bulunmadığı...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/10073 E., 2019/9043 K. ve 11.04.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

“...Sanığın mağdure ...’ya yönelik eylemini gerçekleştirdiği tarihte mağdurenin biyoloji dersi almadığı için öğretmeni olmadığı gibi idare kısmında da görevinin olmadığı anlaşılmakla adı geçen mağdure yönünden eğitici-öğretici vasfının bulunmadığı gözetilmeden TCK’nın 103/3-d maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/10994 E., 2017/495 K. ve 06.02.2017 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

²⁸⁶ “...Eylemleri gerçekleştirdiği tarihte mağdurenin kullandığı servis aracının şoförü olup mağdure üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan sanık hakkında ilk derece mahkemesince TCK’nın

kreş, yaz okulu, komşu, akraba gibi sağlık hizmeti veren, koruma, bakım ve gözetim mükellefiyeti altında bulunan kişiler²⁸⁷ tarafından bu suçun işlenmesi halinde söz konusu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca aralarında evlilik bağı bulunmayan ancak aynı çatı altında birlikte yaşayan taraflardan birinin, partnerinin beraberindeki çocuğuna karşı koruma ve gözetim mükellefiyetini üstlenmiş olacağı kabul edildiğinden, suç teşkil eden fiilin bahsi geçen çocuğa karşı icra edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.²⁸⁸

Madde metninde öngörülen koruma, bakım ve gözetim mükellefiyetinin yasadan, sözleşmeden veya sosyal münasebetlerden meydana gelebilmesi mümkündür.²⁸⁹ Bu mükellefiyetin mevcudiyeti bakımından, münasebetin muvakkaten olması yeterli kabul edildiğinden devamlılık arz etmesi gerekmez.²⁹⁰ Bu nitelikli hal ile failin icra ettiği koruma, bakım veya gözetim mükellefiyeti neticesinde, mağdur ile arasında oluşan müspet hisleri kötüye kullanması müeyyide altına alınmıştır.²⁹¹ Nitelikli halin uygulanabilmesi için failin koruma, bakım ve gözetim mükellefiyeti altında olması yeterlidir; ayrıca failin mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması şartı aranmamaktadır.²⁹² Örneğin failin aynı evde yaşadığı imam nikâhlı eşinin kardeşine yönelik nitelikli cinsel istismar fiilini icra etmesi halinde bu nitelikli halin tatbik edilmesi gerekir.²⁹³

103/3-d. maddesinin uygulanması gerekirken, 5271 sayılı CMK'nın 226/2. maddesine aykırı olarak ek savunma hakkı da verilmeksizin aynı Kanunun 103/3-e. maddesinin tatbik edilmesi karşısında, vaki istinaf başvurusunun kabulü yerine yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi,...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/9407 E., 2018/3612 K. ve 14.05.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

²⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.436.

²⁸⁸ Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.157.

²⁸⁹ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.526.

²⁹⁰ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.194.

²⁹¹ Savaşçı, a.g.e., s.92.

²⁹² Kocaoğlu, a.g.e., s.351; Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366; Pakır, a.g.e., s.38.

²⁹³ Arslantürk, a.g.e., s.262.

E. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Fail ile mağdur arasında bu madde kapsamında değerlendirilen bir ilişkinin varlığı halinde, mağdurun suç teşkil eden fiile karşı koyma imkânının yavaş yavaş ortadan kalkabileceği düşünülerek madde metninde bu nitelikli hal düzenlemesine yer verilmiştir.²⁹⁴ Kamu görevinin ibaresi ise 6545 sayılı kanun ile madde metnine eklenmiştir. Bazı yazarlar bu madde kapsamında işlenen suçlar bakımından failin iyi bir mesleki kariyerinin bulunması durumunun suç teşkil eden fiilin gizli kalmasını sonuçlayacağını ifade etmektedir.²⁹⁵ Dolayısıyla bu nitelikli halin ihdas ediliş amacının temelinde failin sıfatının veya pozisyonunun suçun icrasında sağladığı kolaylık yer almaktadır.²⁹⁶

Kamusal bir faaliyetin icrasına atama veya seçimle ya da herhangi bir şekilde sürekli, süreli yahut geçici olarak iştirak eden kişiye kamu görevlisi denir. Bu maddenin icrası bakımından failin kamu görevlisi olması yeterli değildir. Buna ek olarak kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması²⁹⁷ ve failin bu görevinden doğan nüfuzunu kötüye kullanmış olması icap etmektedir. Nüfuzun kötüye kullanılması, taraflardan birinin diğerine göre üstün pozisyonda olması hasebiyle sahip olduğu bu durumu kötüye kullanması olarak ifade edilmektedir.²⁹⁸ Bu bağlamda failin mağdurun hiyerarşik amiri olması, mağdur hakkında sicil doldurması, disiplin soruşturması açma veya mağdur hakkında işlem yapmak gibi birtakım yetkileri haiz olması icap eder. Fail ile mağdur arasında ast üst ilişki bulunması gerekmediğinden, öğretmenin öğrencisine veya polisin şüpheliye karşı kamu görevinden doğan nüfuzunu kötüye kullanarak suç teşkil eden fiili icra edebilmesi mümkündür.²⁹⁹

²⁹⁴ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.337.

²⁹⁵ Yeldan/Taneri, Cinsel Suçlarda Beraat, s.42.

²⁹⁶ Toroslu, a.g.e., s.64.

²⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.402.

²⁹⁸ Taner, a.g.e., s. 200.

²⁹⁹ Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.124.

Yasa, sözleşme, örf veya adetten doğan, kamuda veya özel sektörde icra edilen faaliyetler kapsamında, süreli yahut ilanihaye olacak şekilde akdedilebilen, bağımlılık esasına tabi ilişkiye hizmet ilişkisi adı verilir.³⁰⁰ Bu maddenin tatbiki için hizmet ilişkisinin varlığı yeterli olmayıp, buna ek olarak failin hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması³⁰¹ ve taraflar arasındaki hizmet ilişkisinin devam ediyor olması³⁰² gerekir. Bu minvalde hizmet ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleşen eylemler bakımından bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir.³⁰³ Failin mağdur üzerindeki işe alma, talimat verme, iş yerini değiştirme, iş akdini sonlandırma gibi yetkileri hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

Fail ve mağdur arasındaki ast-üst ilişkisinin sona erdiği³⁰⁴ veya cinsel ilişkisinin failin mağdur üzerindeki nüfuzunu kullanmadan gerçekleştiği³⁰⁵ durumlarda bu nitelikli halin tatbiki mümkün olmayacaktır. Örneğin suç teşkil eden fiilin, işyeri sahibinin mağdur çocuğu işten çıkardıktan sonra gerçekleşmesi veya işyeri sahibinin mağdur çocuğa yönelik hileli davranışları neticesinde gerçekleşmesi halinde bu nitelikli halin uygulama imkânı bulunmamaktadır.

³⁰⁰ **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s.528.

³⁰¹ “...5237 sayılı TCK'nın 103/3-e. maddesinde düzenlenen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması kavramı ile failin, yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdur üzerinde işe alma, işten çıkarma, ücret gibi sosyal haklarını belirleme şeklinde yetkilere sahip olup bunun verdiği nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suç işlenmesi halinin kastedilmesi karşısında, mağdurenin eğitimine devam ettiği okulda hizmetli olarak çalışan sanığın, mağdureye yönelik gerçekleştirdiği eylemde mağdure ile sanık arasında hiyerarşik bir ilişkinin olmadığı ve dahi sanığın mağdure üzerinde kamu görevinin sağladığı bir nüfuzunun da bulunmadığı gözetilmeden, hakkında münsnet suçtan belirlenen temel cezanın TCK'nın 103/3-e. maddesi uyarınca artırılması suretiyle fazla tayini,...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/1650 E., 2018/3622 K. ve 14.05.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

³⁰² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.365; **Pakır**, a.g.e., s.40.

³⁰³ **Gören**, a.g.e., s.667.

³⁰⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366. Aynı yönde görüş için bkz. **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.196; **Parlar/Banko**, a.g.e., s.106; **Tuğrul/Tuğrul**, a.g.e., s.322.

³⁰⁵ **Yıldız**, a.g.e., s.100.

F. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Beraber Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklara Karşı Cebir veya Tehdit ile İşlenmesi

Birinci grup çocuklar bakımından suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında sayılmaktayken, ikinci grup çocuklar bakımından bu suçun işlenmesinde kullanılan cebir ve tehdit suçun unsuru içerisinde kabul edilmektedir. Bir başka ifade ile söz konusu nitelikli hal yalnızca on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı fiilin cebir veya tehdit kullanılarak icra edilmesi halinde tatbik edilecektir.³⁰⁶

Bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için fail tarafından kullanılan cebirin, TCK'nın 87'nci maddesinde öngörülen suça vücut vermemiş olması gerekir.³⁰⁷ Eğer mağdura uygulanan cebir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerinde öngörülen hallerden birine vücut vermişse fail hakkında ayrıca bu suçtan hüküm kurulması iktiza eder.³⁰⁸ Tekrara düşmekten kaçınmak adına, cebir ve tehdidin ne olduğu hususuyla ilgili birinci bölümde fiil başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz.

G. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Sureti ile İşlenmesi

Suçun on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı silah³⁰⁹ kullanılmak suretiyle işlenmesi, cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak 6545 sayılı kanun ile TCK'nın 103/4 maddesine eklenmiştir. Bu nitelik halin ihdas ediliş gayesinin temelinde, silahın mağdur üzerindeki korkutucu etkisinin suç teşkil eden fiilin icrasını kolaylaştırması yer almaktadır.³¹⁰ On beş yaşını tamamlamış, algılama ve

³⁰⁶ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.363.

³⁰⁷ Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.329.

³⁰⁸ Küçükosmanoğlu, a.g.e., s.45.

³⁰⁹ Tanım için bkz. TCK md.6.

³¹⁰ Kaya, a.g.e., s.106.

irade yeteneğine sahip çocuklara karşı suçun sübutu için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer hallerin varlığı aranır.³¹¹ Bu bağlamda fail suç teşkil eden fiilini icra ederken ayrıca silah kullanmışsa bu nitelikli hal kapsamında cezasının arttırılması iktiza etmektedir.³¹²

Öğretide bazı görüşler, bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için silahın tek başına varlığının yeterli olmadığını, mağdurun iradesinin failde bulunan silahın fiili olarak kullanılması sebebiyle etkilenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir.³¹³ Bu görüşe göre failin silahını, mağdurun suç teşkil eden fiilin icrasını engellemeye yönelik göstereceği iradesini ortadan kaldırmaya elverişli şekilde kullanmış olması gerekir. Örneğin mağdurun iradesi failin belinde taşıdığını gördüğü ancak suçun işlenişinde fiilen kullanmadığı silahtan etkilenmemişse bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir. Kanaatimizce suçun mağdurunun çocuk olması da dikkate alınarak silahın tek başına varlığının bu nitelikli halin tatbiki bakımından yeterli kabul edilmesi gerekmektedir.³¹⁴ Bu bağlamda aynı örnekte mağdurun, failin belinde taşıdığı silahı görmesi nitelikli halin tatbiki bakımından yeterli sayılmalı, nitelikli halin tatbiki için failin silahı mağdura doğrultması gibi hususların aranmaması gerekmektedir.

H. Suçun On İki Yaşını Tamamlamamış Çocuklara Karşı İşlenmesi

Suçun on iki yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenmesine yönelik düzenleme 29906 sayılı ve 02.12.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, kabul tarihi 24.11.2016 olan 6763 sayılı kanunun 13’üncü maddesi ile ihdas edilmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunun tanzim edildiği TCK’nın 103’üncü maddesinde mağdur çocuklara yönelik yaş kategorisi yapılması gerektiğine dair Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında yer verilen eleştiriler kanun koyucuyu söz konusu nitelikli hali ihdas etmeye yönlendirmiştir.³¹⁵ Kanun koyucunun bu nitelikli hali

³¹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.381.

³¹² Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.160.

³¹³ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.531.

³¹⁴ Aynı gönde görüş için Bkz. Çelik, a.g.e., s.73; Kaya, a.g.e., s.107.

³¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.368.

ihdas etmesinin temelinde, on iki yaşını tamamlamamış çocukların cinsel gelişimlerinin diğer yaş grubundaki çocuklara oranla daha fazla korunmasının icap etmesi yer almaktadır.³¹⁶

Cinsel istismar suçunun nitelikli halinin tanzim edildiği TCK'nın 103/2 maddesinin son cümlesinde, mağdurun on iki yaşından küçük olması halinde faile verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda mağdurun suç tarihi itibarıyla on iki yaşını tamamlamamış olması halinde temel cezanın on sekiz yıldan başlatılması icap etmektedir.

II. NİTELİKLİ CİNSEL İSTİSMAR FİİLİNİN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

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

Failin gayesi istismar suçunun nitelikli halini icra etmek³¹⁷ olduğundan suçun işlenmesi için başvurulan cebir ve şiddet bileşik suç hükümleri gereğince bu suçun içinde eriyecektir. Ancak failin suçun işlenişini kolaylaştırmak için kullandığı cebir ve şiddetin sınırları aşılmış ve kanunda öngörülen ağır neticeler ortaya çıkmışsa, ayrıca kasten yaralama suçunun da somut olaya tatbik edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile suçun işlendiği sırada kullanılan cebir ve şiddetin en fazla kasten yaralamanın temel şeklini oluşturması gerekir; nitekim fiil, kasten yaralamanın ağır neticelerine yol açmışsa failin neticesi sebebiyle ağırlaştırmış kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulması iktiza etmektedir.³¹⁸ Cezayı ağırlaştıran bu durumun somut olaya tatbik edilebilmesi için failin bu suçu işleyebilme gayesiyle mağdura cebir veya şiddet uygulamış olması icap eder; aksi halde fail suç teşkil eden fiil sona

³¹⁶ Kantarcı, a.g.e., s.65.

³¹⁷ Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.331.

³¹⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.364. Aynı yönde görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.384; Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.165.

erdikten sonra mağdura cebir veya şiddet uygulamışsa gerçek içtima gereği fail hakkında ayrıca bu suçlardan da hüküm kurulması gerekir.³¹⁹

Suçun işlenmesinde kullanılan cebir ve şiddet, TCK'nın 103/1-b kapsamına dâhil olan çocuklar için suçun unsurunu oluştururken, TCK'nın 103/1-a kapsamına dâhil olan çocuklar yönünden suçun nitelikli halini teşkil edeceğinden, TCK'nın 103/1-b kapsamına dâhil olan çocuklara kullanılan cebir ve şiddetin TCK'nın 87'nci maddesinde öngörülen neticeleri meydana getirmemesi, yani kasten yaralamanın temel şeklini aşmaması gerekir.³²⁰

Öğretide suçun mağdurunun çocuk olması hasebiyle bu nitelikli halin uygulanabilmesi için meydana gelen ağır neticenin, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde oluşmasının yeterli olduğuna dair düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.³²¹ Bu bağlamda suçun mağdurunun çocuk olması hasebiyle bu nitelikli halin somut olaya tatbiki bakımından TCK'nın 87'nci maddesinde öngörülen neticelerin çocuklar için ağır olduğu ifade edilerek bu hususta kanun koyucu tarafından bir düzenlemenin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Öğretideki bu görüşe iştirak etmemekle birlikte mevcut düzenlemenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim kanun koyucu burada bilinçli olarak suça vücut veren fiilin mahiyeti itibariyle belli bir ölçüde cebir ve şiddeti içereceğini öngörerek, izlemiş olduğu suç siyaseti gereğince fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçundan hüküm kurulabilmesi için TCK'nın 87'nci maddesinde öngörülen neticelerin gerçekleşmesini aramıştır.

B. Fiil Sebebi ile Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölümü

6545 sayılı kanundan önce TCK'nın 103/6'ncı maddesinde, suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma meydana gelmesi halinde fail hakkında daha fazla ceza verilmesini öngören nitelikli hal düzenlemesi mevcuttu. Bu

³¹⁹ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.199.

³²⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.445.

³²¹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.371.

hüküm uygulamada birçok hatalı sonuca ve karışıklığa sebebiyet verdiği için kanun koyucu tarafından mülga edilmiştir. Bu bağlamda daha önce TCK'nın 103/7'nci maddesinde düzenlenen fiil sebebi ile mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü durumu mülga edilen bu fıkra yerine tanzim edilmiştir.

Mağdurun beyninin işlevini yitirdiği, destekleyici ve harici araçlarla solunum ile dolaşım sisteminin çalışmasının sağlandığı durum bitkisel hayat olarak kabul edilmektedir.³²² Beyin ölümünden farklı olarak bitkisel hayatta beyin sapının çalışması söz konusu olduğundan bu haldeki bir kişinin küçük bir ihtimal dâhilinde bile olsa iyileşebilmesi mümkündür.³²³ Solunum ve dolaşımın geri dönüşümsüz durması neticesinde meydana gelen ve bireyin solunumu ile dolaşımının devamını sağlayan beyin sapındaki merkezlerin ölümü anlamında kullanılan ifadeye beyin ölümü denir.³²⁴ Bu bağlamda yaşamın sona ermesi anlamına gelen ölüm ifadesinden anlaşılması gereken ise beyin ölümüdür. Dolayısıyla kimse hakkında ölü kaydının düşülebilmesi için o kişinin beyin ölümünün gerçekleşmiş olması gerekir.

Failin nitelikli cinsel istismar fiilinin mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümünü sonuçlaması halinde failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için öngörülen sorumluluk şartının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Bu bağlamda failin ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması yeterlidir. Örneğin failin cinsel ilişkiye girebilmek için mağdura uyguladığı cebir nedeniyle veya mağdurun vajinal bölgesinde meydana gelen tahribat sebebiyle ölüm neticesi meydana gelmişse bu nitelikli hal tatbik edilecektir.³²⁵ Belirtmek gerekir ki fail ağır netice bakımından kasten hareket etmişse, bu halde kast-kast kombinasyonu söz konusu olacağından failin ayrıca kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarından sorumlu tutulması

³²² Sedat Çöloğlu, Adli Tıp Sözlüğü, Temel Matbaa, İstanbul, 1993, s.47.

³²³ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.255.

³²⁴ Oğuz Polat, Adli Tıp, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s.16.

³²⁵ Parlar/Öztürk, a.g.e., s.110.

gerekecektir.³²⁶ Bu sebeple failin ağır veya başka bir neticeyi istememiş olması icap etmektedir.³²⁷

Mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesi ile failin fiili arasındaki illiyet bağının failin icra ettiği suçtan kaynaklanıyor olması ve bu illiyet bağına kesen harici bir durumun söz konusu olmaması iktiza etmektedir. Bu bağlamda ağır neticenin istismar suçunun nitelikli haline suçuna vücut veren fiil neticesinde veya bu suçu işlemek için uygulanan cebir sebebiyle gerçekleşmiş olması gerekir.³²⁸ Aksi halde bu nitelikli hal tatbik edilemeyecektir. Örneğin AIDS hastası olan failin korunmasız olarak mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi sebebiyle mağdurun da bu hastalığa yakalanması ve neticeten hastalığının ölümle son bulması halinde fail hakkında bu nitelikli halin tatbik edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık failin bu suçu işledikten sonra mağduru öldürmesi veya mağdurun maruz kaldığı suç sebebiyle intihar etmesi durumunda failin fiili ile ölüm neticesi arasındaki illiyet bağının kopması hasebiyle bu nitelikli halin tatbikinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.³²⁹ Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde faillerden yalnızca biri tarafından mağdur ile cinsel ilişkiye girilmiş olsa dahi, mağdura maddi veya manevi cebir uygulayan diğer faillerin neticeye yönelik en azından taksir düzeyinde kusurlarının bulunması halinde bu kişilerin de meydana gelen ağır neticenden dolayı cezalandırılması iktiza etmektedir.³³⁰

Bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için suçun tamamlanmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Memiş Kartal ve diğerlerine göre, bu nitelikli halin tatbiki için suçun tamamlanmış olması gerekmez; teşebbüs aşamasında dahi bu fiil sebebiyle kanunda öngörülen ağır netice gerçekleşmişse nitelikli halin tatbiki gerekir.³³¹ Kocaoğlu ise, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine paralel olarak mevzuatımızda suça teşebbüs halinde ağır neticenin tatbik edileceğine dair bir ifade

³²⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.368. Aynı yönde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.409.

³²⁷ **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s.531.

³²⁸ **Kocaoğlu**, a.g.e., s.212.

³²⁹ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.206.

³³⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.409.

³³¹ **Baytemir**, a.g.e., s.314. Aynı yönde görüş için bkz. **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.206.

bulunmadığını, bu minvalde kanunda öngörülen ağır netice meydana gelse dahi bu nitelikli halin tatbik edilemeyeceğini belirtmektedir.³³² Kanaatimizce bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümünün failin fiili neticesinde gerçekleşmiş olması yeterlidir. Nitekim burada gözden kaçırılmaması gereken temel husus suçun mağdurunun çocuk olmasıdır. Çocukların içinde bulundukları yaş grubu ve gelişim çağları dikkate alındığında karşılaştıkları bu denli ağır bir suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi kanunda öngörülen ağır neticelerin meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi mağdurda meydana gelen ağır neticeye failin fiilinin sebebiyet verdiğini tespit edebildiğimiz her durumda bu nitelikli halin tatbik edilmesi icap etmektedir.

III. KUSURLULUK

A. Genel Olarak

Suç teşkil eden fiilin vasfı niteliğinde olmayan ve haksızlık teşkil eden fiili icra eden failin bu sebeple kınanması halinde bir yargıdan ibaret olan bu duruma kusurluluk denir.³³³ Haksızlık ifadesi ise hukuk düzeninin davranış kurallarıyla yasakladığı eylemleri karşılamaktadır.³³⁴ Bu bağlamda kusurluluk, failin fiille ilgili iradesinde meydana gelen oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite dayalı olarak icra ettiği fiil sebebiyle cezalandırılıp cezalandırılmaması hususuna yönelik değer yargısını ifade etmektedir.³³⁵ Failin kusurlu olduğu yargısına ulaşıldığı anda, meydana getirdiği haksızlıktan dolayı failin cezalandırılması söz konusu olur.³³⁶ Ancak hükmedilecek cezanın failin kınanabilir davranışı ile orantılı olması icap etmektedir.³³⁷ Failin kınanabilmesi ve cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden fiili icra ettiği sırada kusur yeteneğine sahip olması yeterli olduğundan, suçun

³³² Kocaoglu, a.g.e., s.214.

³³³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.570. Aynı yönde görüş için bkz. Özgenç, a.g.e., s.400; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.310; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s.441; Demirbaş, a.g.e., s.365.

³³⁴ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.309. Aynı yönde görüş için bkz. Zafer, a.g.e., s.417.

³³⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.570.

³³⁶ Akbulut, a.g.e., s.540.

³³⁷ Uçan, a.g.e., s.79.

işlenmesinden sonra failin kusur yeteneğini kaybetmiş olması o suçtan dolayı sorumluluğunu kaldırmayacaktır.³³⁸ Bu bağlamda failin kusur yeteneğini haiz olduğunun kabulü için doğruyu yanlıştan ayırt edebilmesi, haklıyı haksızdan ayırabilmesi ve davranışlarını buna göre gerçekleştirebilmesi gerekir.³³⁹ Bir başka ifade ile failin icra ettiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğini haiz olması iktiza etmektedir.³⁴⁰

TCK'nın ilgili maddelerinde failin kusurluluğu azaltan veya kaldıran nedenlere yer verilmiştir. Kusurluluğu tamamen kaldıran nedenlerin varlığı halinde fail hakkında CMK'nın 223/3 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Kusurluluğu azaltan nedenlerin varlığı halinde ise fail hakkında hükmedilecek ceza miktarında kanunda öngörülen oranda indirim yapılır.

1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler

TCK sistematğine göre failin algılama ve irade yeteneğini etkileyen durumlar; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK md.24/2-4), zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK md.25/2), hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması (TCK md.27/1), meşru savunma sınırının mazur görülebilecek heyecan korku veya telaş ile aşılması (TCK md.27/2), cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK md.28), haksız tahrik (TCK md.29), kusurluluğu etkileyen sebeplerle yanılma (TCK md.30/3), haksızlık yanılgısı (TCK md.30/4), yaş küçüklüğü (TCK md.31), akıl hastalığı (TCK md.32), sağır ve dilsizlik (TCK md.33) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK md.34) şeklinde tanzim edilmiştir.

Çalışmamızda kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı halleri ve haksızlık yanılgısı (yasak hatası) bağlamında

³³⁸ **Fatih Birtok**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.301.

³³⁹ **Hakeri**, a.g.e., s.382. Aynı yönde görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.399.

³⁴⁰ **Soyaslan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.430. Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.571-572.

ülkemizde küçük yaşta evlilik yapan Suriye vatandaşlarının durumunu açıklamaya çalışacağız.

a) Haksız Tahrik

TCK'nın 29'uncu maddesinde tanzim edilen haksız tahrik düzenlemesi, failin haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi halinde, fail aleyhine hükmedilecek ceza miktarında kanunda öngörülen makas aralığı dâhilinde yapılabilecek indirimi ifade etmektedir. Bu bağlamda fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle mağdurun faile veya bir başkasına haksızlık teşkil edecek bir fiil icra etmesi ve failin de bu haksız fiil neticesinde kendi iç dünyasında oluşan hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında o kişiye karşı bir suç işlemesi gerekir. Tahrik meydana getiren fiili icra eden mağdurun, haksız hareketinin mutlaka faile yönelik olması şart olmadığından mağdurun üçüncü kişiye yönelik haksız hareketinin de failde haksız tahrik oluşturabilmesi mümkündür.³⁴¹ Mağdurun, failin suç işlemesine sebebiyet verdiği bu gibi durumlarda failin hiddet ve şiddetli elem etkisi ile uğradığı haksız fiilin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde kusurunun etkilendiği kabul edilmektedir.³⁴²

Failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilmesi için suç teşkil eden tepki fiilini, kendisinde hiddet ve şiddetli elem etkisi doğuran davranışı gerçekleştiren mağdura karşı icra etmiş olması iktiza etmektedir. Bir başka ifade ile tepki fiilinin tahrik meydana getiren fiili icra eden kişinin kendisine icra edilmesi gerekir.³⁴³ Aksi takdirde fail hakkında haksız tahrik hükümleri tatbik edilemeyecektir. Örneğin (A)'nın (B)'yi öldürmesi şeklinde gerçekleşen olayda, (B)'nin oğlu olan (C)'nin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi için (A)'ya karşı suç işlemesi gerekir.

³⁴¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.607. Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.218.

³⁴² Sokullu Akıncı/Dursun, a.g.e., s.135-136.

³⁴³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.611. Aynı yönde görüş için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s.621; Özgenç, a.g.e., s.465; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.362-363.

Suçun (A)'nın eşine veya yakınlarına karşı işlenmesi halinde (C) hakkında haksız tahrik hükümleri tatbik edilemeyecektir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşulları bakımından savunulan farklı görüşler sebebiyle konumuz bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Dolayısıyla öncelikle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından öğretide yer verilen görüşlere değinilmesi gerekmektedir. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerlerine göre, tahrik fiili ile tepki fiili arasında nedensellik bağının aranması ve her iki fiil bakımından oransal bir karşılaştırmanın yapılması gerektiğinden haksız fiil hükümleri ancak tepki fiilinin tahrik fiilinden açıkça ağır olması halinde uygulama alanı bulacaktır.³⁴⁴ Bu görüşe göre bir kişinin, kendisine veya bir yakınına karşı cinsel suç işleyen birine yönelik aynı veya benzer bir suçu işlemesi söz konusu olabileceğinden istismar suçunun nitelikli hali bakımından istisnai durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.³⁴⁵

Hakeri ve diğerleri, failin tahrik fiilini icra eden mağdura karşı işlediği suçun, haksız fiilin sebebiyet verdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında gerçekleşmesinin haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından yeterli olduğunu ifade etmektedir.³⁴⁶ Ancak hemen akabinde bu görüşe şerh konularak, her ne kadar haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından tepki fiilinin hiddet ve şiddetli elem altında gerçekleşmiş olması yeterli görülmüş ise de failin, bahçesinden kayısı çalan mağdurun ırzına geçmesi olayında olduğu gibi açık bir ölçüsüzlük durumu ile illiyet bağının koptuğu durumlarda haksız tahrik hükümlerinin tatbik edilemeyeceği belirtilmiştir.³⁴⁷

³⁴⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.614. Aynı yönde görüş için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s.619; Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.414.

³⁴⁵ Taner, a.g.e., s. 231, 344.

³⁴⁶ Toroslu/Toroslu, a.g.e., 287. Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, a.g.e., s.439; Kayıhan İcel-Fusun Sokullu Akıncı- İzzet Özgenç- Adem Sözüer- Fatih Selami Mahmutoğlu- Yener Ünver, İcel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.287-288.

³⁴⁷ Hakeri, a.g.e., s.439.

Zafer ve diğerleri ise, tahrik fiili ile tepki fiili arasında herhangi bir oranın aranmaması gerektiğini, kanunda bu yönde bir düzenlemenin ihdas edilmediğini, ancak suç teşkil eden her iki fiil arasında niteliksel yönden bir mukarenet bulunması halinde haksız tahrik hükümlerinin tatbik edilebileceğini belirtmektedir.³⁴⁸ Bu görüşten hareketle öğretide cinsel istismar suçu bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı, nitekim mağdurun haksız tahrik oluşturan fiilinin tepki fiilini gerçekleştiren failde bu suçu işleyebilecek kadar hiddet ve şiddetli bir elem meydana getiremeyeceği ileri sürülmüştür.³⁴⁹

Kanaatimizce haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından mağdurun haksız fiili ile failin tepki fiili arasında niteliksel bir karşılaştırmanın yapılması icap etmektedir. Bu sebeple çocukların cinsel istismarı suçu ve diğer cinsel suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanma imkânının oldukça zor olduğunu ifade etmek isteriz.³⁵⁰ Uygulamadaki genel kabul de söz konusu suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerine yer verilemeyeceği yönündedir.³⁵¹ Bu bağlamda bayanların kıyafetleri, davranışları, el, kol hareketleri veya konuşmalarının failde tahrik oluşturmaları gibi bir durum söz konusu olamayacaktır. Nitekim mağdurun failde hiddet ve şiddetli elem etkisi uyandıracak haksız bir hareketi söz konusu değildir. Failin şehvi duygularının artması dolayısıyla işlediği bir suç söz konusudur. Bu bağlamda uygulamada her ne kadar söz konusu hususlar ileri sürülerek savunma yapılıyor ise de, faili suç teşkil eden fiili icra etmeye sevk eden etken haksız tahrikin koşullarını karşılamadığından bu gibi fiiller bakımından haksız tahrik hükümleri tatbik edilemeyecektir.

b) Yaş Küçüklüğü

Bireylerin akli melekelerinin gelişimi yaşlarına paralel olarak ilerlediğinden failin yaşının küçük olması meselesi kusurluluk başlığı altında incelenmesi gereken

³⁴⁸ Zafer, a.g.e., s.456. Aynı yönde görüş için bkz. Aydın, a.g.e., s.238; Seçgin, a.g.e., s.126.

³⁴⁹ Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.218.

³⁵⁰ Karşı yönde görüş için Bkz. Ersözoğlu, a.g.e., s.163.

³⁵¹ Kaya, a.g.e., s.133.

bir husustur.³⁵² Kusurluluğu etkileyen bir durum olarak ele alınan yaş küçüklüğü, 0-12, 12-15 ve 15-18 olmak üzere üç gruptan oluşacak şekilde TCK'nın 31'inci maddesinde tanzim edilmiştir. Bu bağlamda failin çocuk olması halinde kusur değerlendirmesi yapılabilmesi için öncelikle nitelikli cinsel istismar fiilini icra eden failin hangi yaş grubunda olduğunun tespit edilmesi ve buna göre failin icra ettiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve irade yeteneğinin gelişip gelişmediğinin değerlendirilmesi iktiza eder.

(1) Failin On İki Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu

Bu yaş grubundaki çocukların fiziksel ve cinsel gelişimleri dikkate alındığında nitelikli cinsel istismar fiilinin faili olabilmeleri düşük bir ihtimaldir. Ancak faillik durumunun gerçekleşmesi halinde cezai sorumlulukları bulunmayan bu grup çocuklar bakımından ÇKK'nın 11'inci maddesi gereğince koruyucu ve destekleyici tedbirlerin tatbik edilmesi iktiza etmektedir. Kanunda öngörülen bu tedbirleri uygulayıp uygulamama keyfiyeti çocuk hâkiminin takdirindedir. Yine ÇKK'nın 11'inci maddesi gereğince koruyucu ve destekleyici tedbirler ancak cezai sorumluluğu bulunmayan çocuklar hakkında tatbik edilebileceğinden, ceza ehliyetini haiz bir çocuk hakkında mahkûmiyet kararı verilmişse bu kişi hakkında artık söz konusu tedbirler tatbik edilemeyecektir.

Kanuni düzenlemede bu yaş grubunda bulunan çocukların kusur yeteneğinin bulunmadığının mutlak şekilde kabul edilmesi hasebiyle suça sürüklenen çocuk bakımından fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği araştırılmayacaktır.³⁵³ Nitekim ceza hukukumuzda bu durum on iki yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından kanuni bir faraziye olarak kabul edilmiştir.³⁵⁴ Bu bağlamda suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğini haiz olmadığı faraziesinin aksi ispatlanamayacaktır.³⁵⁵ Dolayısıyla tüm bu hususlara paralel olarak

³⁵² Bkz. Madde gerekçesi.

³⁵³ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.617. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.318.

³⁵⁴ **Beşir Aslan**, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.62.

³⁵⁵ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.404-405. Aynı yönde görüş için bkz. **Hakeri**, a.g.e., s.385.

suça sürüklenen çocuk hakkında, kanunda öngörülen cezai yaptırım da tatbik edilemeyecektir.³⁵⁶ Bu halde TCK'nın 31/1 maddesinde öngörülen, cezai sorumluluğun bulunmadığına dair düzenleme ile Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Kuralları doğrultusunda bir düzenleme tanzim edildiğini söylememiz mümkündür.³⁵⁷

On iki yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından kanunda her ne kadar kovuşturma yasağı öngörülmüş olsa da bu yaş grubundaki çocuklar bakımından soruşturma yapılabilmesi mümkündür. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının, suça sürüklenen çocuğun on iki yaşını tamamlamamış olduğunu tespit ettiği anda, vereceği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile soruşturmayı sonuçlandırması gerekir.³⁵⁸ Ancak Cumhuriyet savcısı takipsizlik kararı verse dahi suça sürüklenen çocuk hakkında tatbik edilmek üzere bir veya birden fazla tedbirin uygulanması çocuk hâkiminden isteyebilir.³⁵⁹

(2) Failin On İki Yaşını Tamamlamış, On Beş Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu

Ceza hukuku sistemimizde bu yaş grubundaki çocuklar bakımından on iki yaşını tamamlamamış çocuklardan farklı olarak kusur yeteneğine yönelik bir faraziye düzenlemesi yapılmamıştır.³⁶⁰ Nitekim bu yaş grubunda yer alan çocukların icra ettikleri fiilin haksızlık niteliğini bildiği ve fakat davranışlarını yönlendiremedikleri kabul edilir.³⁶¹ Bu sebeple on iki yaşını tamamlamış ancak on beş yaşını

³⁵⁶ **Hafızoğulları/Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.393. Aynı yönde görüş için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.358; **Özgenç**, a.g.e., s.414.

"...Suç tarihi kabul edilen tarihte on iki yaşında olmakla birlikte henüz on iki yaşını doldurmayan suça sürüklenen çocuğun, TCK'nın 31/1 maddesi uyarınca ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Hakkında ceza kovuşturması yapılamayıp sadece çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği gözetilmeden, hakkında açılan kamu davasına devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/7430 E., 2014/5878 K. ve 30.04.2014 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

³⁵⁷ **Akbulut**, a.g.e., s.556.

³⁵⁸ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.318-319.

³⁵⁹ **Aslan**, a.g.e., s.63.

³⁶⁰ **Aslan**, a.g.e., s.69.

³⁶¹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.360. Aynı yönde görüş için bkz. **Özgenç**, a.g.e., s.415.

tamamlamamış çocukların, nitelikli cinsel istismar fiilini icra etmeleri halinde çocuk hâkimi tarafından suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğini haiz olup olmadığına dair ikili bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu bağlamda tespitin genelleme teşkil edecek şekilde değil, somut olay esas alınarak failin icra ettiği nitelikli cinsel istismar fiili minvalinde yapılması icap eder.³⁶² On beş yaşını tamamlamamış failer bakımından bu değerlendirmenin yapılabilmesi için mutlaka Sosyal İnceleme Raporu (SİR) alınmalıdır.³⁶³

Yapılan değerlendirme neticesinde failin icra ettiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği tespit edilmiş ise, suça sürüklenen çocuğun cezai sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilerek bu kişiler hakkında ÇKK'da öngörülen güvenlik tedbirleri tatbik edilir. Bu halde güvenlik tedbirlerinin tatbiki kanunda emredici olarak düzenlendiğinden hâkimin takdirine bırakılmamıştır. Buna karşılık icra ettiği fiilin hukuk anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş failin cezai sorumluluğunun varlığı kabul edilecek; ancak fail aleyhine hükmedilecek cezada kanunda öngörülen indirimlerin tatbik edilmesi zarureti doğacaktır.

Kanun koyucunun bu grup çocuklar yönünden kovuşturma yasağına ilişkin bir sınırlama getirdiğini söylemek mümkün değildir.³⁶⁴ Bu bağlamda özellikle kusur yeteneğini haiz çocuklar bakımından, istismar suçunun nitelikli haliyle ilgili hükmedilen hapis cezaları, hapis cezalarının son çare olması durumu da gözetilerek ÇKK hükümlerine ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 'ye aykırı olması hasebiyle

³⁶² **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.320. Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.620; **İçel**, a.g.e., s.423; **Hakeri**, a.g.e., s.387; **Zafer**, a.g.e., s.444; **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.407.

³⁶³ “...Olay tarihinde on iki ile on beş yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında ÇKK'nın 35.maddesi gereğince sosyal inceleme raporu aldırılmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda mahkemece on beş yaşını tamamlamayan suça sürüklenen çocuğun işlediği suçla ilgili alınacak raporun bizzat duruşmada yapılan gözlemlerle irdelenerek TCK'nın 31/2 maddesine göre suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğinin belirlenmesinden sonra hüküm kurulması gerekirken bu konuda herhangi bir sosyal inceleme raporu aldırılmaksızın ve suça sürüklenen çocuğun suçla ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme de yapılmaksızın psikiyatri uzmanınca düzenlenen rapora istinaden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/10060 E., 2019/11878 K. ve 22.10.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

³⁶⁴ **Akbulut**, a.g.e., s.559.

öğretide eleştirilmektedir.³⁶⁵ Kanaatimizce de mevzuatımızda her ne kadar hapis cezalarıyla ilgili suça sürüklenen çocuk lehine düzenlemeler söz konusu olsa da, hapis cezasının son çare olarak tatbik edilmesi ve bu hususta uzman kişilerden yardım alınarak, suça sürüklenen çocuğun ıslahının toplumdan soyutlanmadan ve eğitim hayatından geri bırakılmadan farklı yaptırım biçimleri ile sağlanması icap etmektedir. Böylece çocuk yaşta suça tanışan failin topluma geri kazandırılma süreci kolaylaştırılmış olur.

(3) Failin On Beş Yaşını Tamamlamış, On Sekiz Yaşını Tamamlamamış Olması Durumu

Ceza hukuku sistemimizde bu yaş grubunda yer alan çocukların algılama ve irade yeteneklerini haiz oldukları³⁶⁶ kabul edilmektedir.³⁶⁷ Dolayısıyla on sekiz yaşını tamamlamamış suça sürüklenen çocuklar bakımından tıpkı on iki yaşını tamamlamamış çocuklar yönünden olduğu gibi bir değerlendirme yapılacaktır ve suça sürüklenen çocuğun icra ettiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği araştırılmayacaktır.³⁶⁸ Hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı bu durumda suça sürüklenen çocuğun cezai sorumluluğunun varlığı kabul edilecek ve fakat aleyhinde hükmedilecek cezada kanunda öngörülen indirimler tatbik edilecektir. Suça sürüklenen çocuğun algılama ve irade yeteneğinin gelişmediğine dair bir iddia hâsıl olması durumunda, bu hususun mahkeme tarafından akıl hastalığı olarak değerlendirilmesi ve cezai ehliyetin tespitinde akıl hastalığına yönelik düzenlemelerin dikkate alınması iktiza etmektedir.³⁶⁹

³⁶⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.621. Aynı yönde görüş için bkz. Akbulut, a.g.e., s.559; Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.362.

³⁶⁶ Karşı görüş için bkz. Aslan, a.g.e., s.108.

³⁶⁷ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.322.

³⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.363.

³⁶⁹ Aslan, a.g.e., s.107.

c) Akıl Hastalığı

Psikiyatri bilimi tarafından hastalıklı bir hal gösteren zihinsel bozukluklar akıl hastalığı olarak kabul edilmektedir.³⁷⁰ Akıl hastalarının, psişik rahatsızlıkları sebebiyle icra ettikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmadıkları kabul edilir.³⁷¹ Bir kimsenin akıl hastası olup olmadığının tespit edilebilmesi için uzman hekimler tarafından psikiyatri bilimi çerçevesinde tıbbi araştırma yapılması icap etmektedir.³⁷² Öğretide şizofreni, mani, melankoli, paranoya, kleptomani, epilepsi, bunaklık gibi hastalıklar akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmektedir.

TCK'nın 32'nci maddesinde öngörülen akıl hastalığının kusur yeteneğini etkileyebilmesi için failin akıl hastalığının suçun işlendiği anda mevcut olması, hastalık sebebiyle failin algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalmış olması ve failin fiili ile akıl hastalığı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. İlliyet bağının tespit edilebilmesi için fiil esaslı bir değerlendirmenin yapılması gerekir.³⁷³ Bu bağlamda failin suç tarihindeki akıl hastalığı ile suç teşkil eden fiili arasında illiyet bağı kurulamıyorsa o suç bakımından failin cezai sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek icap eder. Nitekim kleptomani hastasının istismarı suçunu işlemesi halinde failin icra ettiği fiil ile akıl hastalığı arasında illiyet bağının varlığından bahsedilemeyeceğinden failin işlediği suç yönünden cezai sorumluluğu devam edecektir.³⁷⁴

İstismar suçunun nitelikli halini icra eden failin, suç teşkil eden fiili icra ettiği sırada akıl hastalığına duçar olması sebebiyle algılama ve irade yeteneğinin ortadan kalktığının tespit edilmesi halinde fail cezalandırılmayacaktır.³⁷⁵ Nitekim akıl hastası olan bir kimseye kusur izafe edilebilmesi mümkün değildir. Ancak bu suç

³⁷⁰ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.417.

³⁷¹ **Özgenç**, a.g.e., s.421. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.324.

³⁷² **Akbulut**, a.g.e., s.566.

³⁷³ **Toroslu/Toroslu**, a.g.e., s.414; **Akbulut**, a.g.e., s.567-568.

³⁷⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.366. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.629.

³⁷⁵ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.364.

işleyen failin, suç tarihinde algılama ve irade yeteneğinde azalma söz konusu ise, yani algılama ve irade yeteneği tamamen ortadan kalkmamışsa TCK'nın 32/2 maddesi uyarınca fail hakkında hükmedilecek ceza miktarında indirim yapılması zarureti hâsıl olacaktır. Failin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için TCK'nın 32'nci maddesi kapsamında failin suç teşkil eden fiili icra ettiği sırada akıl hastası olup olmadığına dair rapor alınması icap etmektedir.³⁷⁶

Akıl hastası olan failin aynı zamanda çocuk olması halinde failin bulunduğu yaş grubuna göre ikili bir değerlendirme yapılması iktiza etmektedir. Bu bağlamda ÇKK'ya göre akıl hastası olan fail on beş yaşını tamamlamamışsa³⁷⁷ bu kişi hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin tatbik edilmesi gerekirken failin on beş yaşını tamamlamış olması durumunda bu kişiye karşı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekecektir.³⁷⁸

d) Haksızlık Yanılgısı (Yasak Hatası)

Failin, icra ettiği fiilinin meri hukuk tarafından men edildiğini bilmemesine³⁷⁹, fiilin hukuka aykırılığı hususunda düştüğü hataya³⁸⁰ haksızlık

³⁷⁶ "...Mağdurenin annesinin, sanığın zihinsel engelli olduğuna dair 31.08.2015 tarihli dilekçesi ve dosya içerisinde sanığa ait engelli kartında zihinsel engelli olduğunun belirtilmesi karşısında, her ne kadar... Adli Tıp Şube Müdürlüğünde görevli adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen raporda akıl zayıflığı ya da psikopatoloji tespit edilmediği bildirilmiş ise de anılan raporun usulüne uygun düzenlenmiş heyet raporu olmadığı gözetilerek, sanığın suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 32. Maddesi uyarınca akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı veya bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olup olmadığı hususlarında heyet raporu alınmasından sonra sonucuna göre hukuki durumunun tayini ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/3942 E., 2016/6505 K. ve 30.06.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

³⁷⁷ "...Suç tarihinde on iki ile on beş yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 31/2 maddesi anlamında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 35. Maddesine göre nihai değerlendirmeyi yapma yetkisinin münhasıran mahkemeye ait olduğu..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/4504 E., 2015/10588 K. ve 16.11.2015 T.) www.kazanci.com (E.T.: 03.02.2020)

³⁷⁸ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.407. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.322; Demirbaş, a.g.e., s.352; Zafer, a.g.e., s.445

³⁷⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.658. Aynı yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.430; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.366.

³⁸⁰ Akbulut, a.g.e., s.605.

yanılgısı denir. Haksızlık yanılgısında suçun maddi unsurlarında hata halinden farklı olarak fail, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların tamamını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmek istemesine³⁸¹ rağmen fiilin meşruluğu noktasında hataya düşmektedir.³⁸² Bir başka ifade ile kasten hareket eden fail, suç teşkil eden fiili icra ederken fiilinin hukuken cezalandırılmayacağını tasavvur etmektedir.³⁸³

Haksızlık yanılgısı, bir hukuk kuralının bilinmemesinden, hükümsüz olduğunun tasavvur edilmesinden ya da fiilin suç teşkil eden bir kanun maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinin tasavvur edilmesi nedeniyle iktiza etmektedir.³⁸⁴ Bu durumun kaçınılmaz olması halinde failin kusurunun ortadan kalktığı kabul edilir. Bir başka ifade ile yanılgının kaçınılmaz olması halinde fail, söz konusu fiilinden ötürü cezalandırılmayacaktır. Haksızlık yanılgısının fail bakımından kaçınılmaz olup olmadığının tespitinde failin eğitimi, yaşamı, sosyal ve ekonomik durumu gibi şahsi özelliklerinin göz önünde bulundurulur.³⁸⁵ Yanılgının kaçınılabilir olması, failin kusurunu etkileyeceğinden³⁸⁶ bu durumun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması icap eder.³⁸⁷

Mevzuatımızda bir kimsenin evlenebileceği en erken yaş, olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin varlığı halin on altı olarak kabul edilmektedir. Kanunda öngörülenden daha küçük yaşta, evlilik adı altında icra edilen cinsel birliktelikler istismar suçuna vücut vermektedir. Dolayısıyla on altı yaşını doldurmamış çocukların aile büyüklerinin isteği üzerine icra ettikleri dini nikâhlı evliliklerin bu başlık altında tartışılması gerekmektedir. Küçük yaşta gerçekleşen bu nitelikteki evlilikler, genellikle eşlerin doğum için hastaneye gitmeleri halinde veya şikâyet üzerine ortaya çıkmaktadır. Öğretide fail ve mağdurunu birinci grup yaş kategorisinde yer alan çocukların oluşturduğu, evlilik adı altında işlenen istismar suçları bakımından haksızlık yanılgısı hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği ifade

³⁸¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.658.

³⁸² Demirbaş, a.g.e., s.427.

³⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.434.

³⁸⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.659.

³⁸⁵ Aydın, a.g.e., s.86. Aynı yönde görüşler için bkz. Demirbaş, a.g.e., s.428; Özgenç, a.g.e., s.488.

³⁸⁶ Adem Sözüer, Hukuki Hata, Yargıtay Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 4, Ankara, 1995, s.478.

³⁸⁷ Akbulut, a.g.e., s.609. Aynı yönde görüşler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.435; Zafer, a.g.e., s.468; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366.

edilmektedir.³⁸⁸ Nitekim ailelerinin konsensüsü ile nikâhlanan taraflardan ilişkinin aktif süjesi olarak erkek hakkında mahkûmiyet hükmü tesis etmenin kamusal çıkar ile bağdaşmayacağı belirtilmektedir.³⁸⁹ Bu düşüncenin temelinde yanlışlığın kaçınılmaz olması ve tarafların çocuk olması sebebiyle icra edilen fiile ilişkin tarafların algılama ve irade yeteneklerinin gelişmemiş olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiği yer almaktadır.

İfade etmek isteriz ki günümüz itibariyle böyle bir yanlışlığın kaçınılmazlığından bahsedebilmek güçtür. Nitekim yaş sınırlaması olmaksızın her bir birey gerek yazılı ve görsel medya gerek sosyal medya gibi teknolojik imkânlarla rahatça erişim sağlayabilmekte, okullarda bu hususlara yönelik dersler verilerek konferanslar düzenlenmektedir. Bu sebeple günümüz itibariyle çocuk evliliklerinin cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturduğunun evliliğin taraflarınca da öngörülebilecek bir durum olduğu, bu bağlamda kaçınılmazlık şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle haksızlık yanlışlığının uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Konumuz bakımından haksızlık yanlışlığıyla ilgili üzerinde durulması gereken diğer bir husus da yabancıların ve özellikle Suriye vatandaşlarının ülkemizde küçük yaşta gerçekleştirdikleri dini nikâhlı evliliklerdir. Bu evlilikler sıklıkla doğum için eşlerin hastaneye gittiği sırada ortaya çıkmakta ve ilgililerce adli makamlara intikal ettirilmektedir. Suriyelilerin ülkemizde gerçekleştirdiği evlilikler bakımından failin istismar suçunun unsurlarına yönelik kastının tam olduğuna dair hiçbir şüphe yoktur. Bu tip evliliklerdeki sorun failin, fiilinin meşru olduğunu tasavvur etmesinden doğmaktadır. Nitekim Suriye’de on üç veya on dört yaşındaki bireylerin evlenmesine icazet verildiğinden, fail Türkiye’de yaptığı evliliğin de meşru zemine uygun olduğunu zannederek kaçınılmaz bir haksızlık yanlışlığı içerisinde hareket etmektedir. Örneğin İstanbul Ağır Ceza Mahkemesine konu olan bir yargılamada, Suriyeli eşlerin yeni doğan çocuklarını nüfusa kayıt ettikleri sırada kadının evlenme tarihinde on beş yaşından küçük olduğu tespit edilmiş ve diğer eş hakkında çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan dava açılmıştır. Yapılan yargılama sonunda sanığın

³⁸⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.366.

³⁸⁹ Kocaoglu, a.g.e., s.325.

Türkiye’de sığınmacı olması da dikkate alınarak suç teşkil eden fiilin hukuka uygunluğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğü kabul edilerek sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kanaatimizce ülkemizde gerçekleşen bu tip evlilikler, haksızlık yanılığının en net ortaya çıktığı durumlar olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Suriyelilerin ülkemizde gerçekleştirdiği küçük yaştaki evlilikler bakımından haksızlık yanılığı hükümlerinin tatbik edilmesi isabetli bir uygulamadır. Ancak yabancıların ülkemizde gerçekleştirdiği küçük yaştaki her evliliğin haksızlık yanılığı kapsamında değerlendirilmemesi icap etmektedir. Dolayısıyla tarafların ne zamandan beri ülkemizde ikamet ettiğine, ülkede kalma sürelerine, bu süre kısa olsa bile daha önce ülkemizde akrabaları veya tanıdıklarının bulunup bulunmadığına, ülkemize giriş çıkış yapıp yapmadıklarına ve kişisel özelliklerine göre yapılacak değerlendirme neticesinde bu hükümlerin tatbik edilmesi iktiza etmektedir. Nitekim yıllardır ülkemizde yaşayan bir Suriyelinin küçük yaşta gerçekleştirdiği evlilik bakımından haksızlık yanılığından yararlanabilmesi mümkün değildir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, ZAMANAŞIMI, MUHAKEME VE YAPTIRIM

I. SUÇA TEŞEBBÜS

A. Genel Olarak

Suç nihayete erene kadar geçilen evrelerin tamamı suç yolu olarak ifade edilmektedir.³⁹⁰ Bu bağlamda suç işleme yolunda ilerleyen failin harici sebeplerden ötürü bu yolu bitiremediği³⁹¹ durumlarda TCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenen teşebbüs bahsi gündeme gelecektir. Mevzuatımız müstakil bir teşebbüs suçunu haiz olmadığından, teşebbüs normunun kanunda öngörülen suç tipinin tanzim edildiği hükümle birlikte tatbik edilmesi iktiza etmektedir.³⁹² Teşebbüs aşamasında kalan suçların haksızlık içeriği daha az kabul edildiğinden, buna bağlı olarak fail hakkında hükmedilecek ceza miktarı da daha az olacaktır.³⁹³

Fail, işlemeyi kastettiği suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamış ancak kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle suçu nihayete erdirememişse ve suç teşebbüse elverişli ise fail hakkında teşebbüs hükümlerinin tatbik edilmesi icap etmektedir. Bir başka ifade ile fail sübjektif olarak suçu nihayete erdirmeye niyetinde olmasına rağmen objektif anlamda neticenin gerçekleşmemesi halinde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir.³⁹⁴ Teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için suçun kasıtlı bir suç olması, icra hareketlerine doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlanmış olması, neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmemiş veya icra hareketlerinin tamamlanmamış olması³⁹⁵, zamansal olarak

³⁹⁰ **Toroslu/Toroslu**, a.g.e., s.290.

³⁹¹ **Malkoç**, a.g.e., s.273.

³⁹² **Adem Sözüer**, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s.46.

³⁹³ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.678. Aynı yönde görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.109; **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.453.

³⁹⁴ **Sözüer**, Suça Teşebbüs, s.157.

³⁹⁵ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.413.

ayrılması mümkün sırf hareket suçları bakımından hareketin failin kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle gerçekleşmemiş olması gerekir.³⁹⁶

Nitelikli cinsel istismar fiilinin ayrı bir suç olarak mı yoksa istismar suçunun nitelikli hali olarak mı kabul edilmesi gerektiği meselesi teşebbüs bahsi bakımından da birtakım görüş ayrılıklarını beraberinde getirmektedir. Nitekim Tezcan/Erdem/Önok ve diğerleri, failin fiilini müstakil bir suç olarak kabul etmekte ve mağdura yönelik elverişli hareketlerle organ veya sair bir cisim ithali kastıyla başlayan fiilin, failden kaynaklanmayan sebeplerle nihayete erememesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığını ifade etmektedir.³⁹⁷

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ve diğerleri ise, penetrasyonun öngörüldüğü madde metninin cinsel istismar suçunun nitelikli hali olduğunu ve nitelikli hale teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmektedir.³⁹⁸ Kanaatimizce penetrasyonun öngörüldüğü TCK'nın 103/2'nci maddesi çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali olarak tanzim edilmiştir. Nitelikli hal düzenlemeleri suçun temel şekline göre özel norm niteliğindedir. Bu noktada somut olay bakımından nitelikli hal (özel norm) düzenlemesinin teşebbüs bağlamında tatbik edilebilmesi mümkünse artık suçun basit haline (genel norm) ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Bu bağlamda kanaatimizce failin mağdura organ veya sair cisim ithal etme kastıyla icra hareketlerine başladığı fiilini, kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple nihayete erdirememesi durumunda failin istismar suçunun nitelikli haline teşebbüsten cezalandırılması icap etmektedir.³⁹⁹ Nitekim Yargıtay içtihatlarında da suçun nitelikli haline teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.683. Aynı yönde görüş için bkz. Zafer, a.g.e., s.499; Birttek, a.g.e., s.380; Demirbaş, a.g.e., s.462; İçel, a.g.e., s.507; Akbulut, a.g.e., s.616; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s.568; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.288.

³⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.440. Aynı yönde görüş için bkz. Taner, a.g.e., s.344; Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s.515; Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.350; Göral, a.g.e., 39; Savaşçı, a.g.e., s.84; Taneri, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.327; Gündüz, a.g.e., s.103; Ersözoğlu, a.g.e., s.108; Malkoç, a.g.e., s.896.

³⁹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.383. Aynı yönde görüş için bkz. Ayral, a.g.e., s.69.

³⁹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.222.

⁴⁰⁰ "...Mağdure ve ailesi ile sanığın akraba olması ve sanığa iftira atılmasını gerektirecek nitelikte aralarında bir husumetin bulunmaması, beyanına itibar edilmemesi için neden bulunmayan mağdurenin tüm aşamalarındaki çelişkisiz ve ayrıntılı anlatımları, bu anlatımlarda geçen olguların

Suçun ne zaman teşebbüs aşamasında kalacağını tespit edebilmek için genel kaideler koymak suretiyle değerlendirme yapılması mümkün olmadığından, failin istismar suçu yolundaki fiillerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi iktiza etmektedir.⁴⁰¹ Ancak bu değerlendirme neticesinde fiilin, suçun nitelikli haline teşebbüs mü yoksa basit nitelikteki istismar suçunun tamamlanmış halini mi oluşturduğu tespit edilecektir.⁴⁰² Bu bağlamda failin suçun nitelikli haline yönelik kastından bahsedilmek için somut olayda vuku bulan tüm hususların dikkate alınması gerekir.⁴⁰³ Failin pantolonunu veya iç çamaşırını çıkarmış olması olgusunun tek başına suçun nitelikli haline teşebbüsü sonuçlamaması icap etmektedir. Bu gibi durumlarda suça yönelik iradesi başka şekilde ispat edilemeyen failin istismar suçunun basit halinden sorumlu olması iktiza etmektedir.⁴⁰⁴ Buna karşılık failin kendi kıyafetleriyle birlikte mağdurun kıyafetlerini de çıkarmış olması, icra hareketlerini nerede gerçekleştirdiği, failin suçu işlemeye yönelik söylemlerde bulunması ya da mağdurun anüsü veya vajinal bölgesinde zorlamanın bulunması gibi hususların tamamı birlikte değerlendirildiğinde suçun nitelikli haline teşebbüsün varlığı söz konusu olacaktır.

Failin nitelikli cinsel istismar fiilinin icrasına doğrudan elverişli hareketlerle başlamış olmasına rağmen kendi cinsel organını mağdura ithal edemeden inzal olması durumunda suça teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir.⁴⁰⁵ Yargıtay uygulamasında da failin inzal olması neticesinde fiilini nihayete erdirememiş olması

tanık İ... tarafından da doğrulanması bir bütün halinde değerlendirildiğinde olay günü mağdurenin evde yalnız olduğunu bilen sanığın aralarındaki akrabalık ilişkisinin verdiği güven duygusundan da faydalanarak katılanların evine izinsiz girdikten sonra "benimle yatacaksın" diyerek mağdureyi kollarından tutup kanepenin üzerine yatırdığı, mağdurenin alt eşofmanını çıkarmak isterken mağdurenin direnip bağırması üzerine evin yakınında bulunan tanık İ...'nin kapıyı çalması nedeniyle eylemini gerçekleştiremeden mutfak penceresinden kaçtığı, sanığın nitelikli cinsel istismar suçuna yönelik iradesini sözlü ve fiili olarak ortaya koyduğu ancak engel sebep nedeniyle tamamlayamadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla yerel mahkeme direnme hükmünün sanığın ... ve çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçlarının sabit olduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/515 E., 2015/418 K. ve 24.11.2015 T.) www.kazanci.com (E.T.: 06.01.2020)

⁴⁰¹ Hakeri, a.g.e., s.479. Aynı yönde görüş için bkz. Birtek, a.g.e., s.361.

⁴⁰² Tuğrul/Tuğrul, a.g.e., s.348.

⁴⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.440.

⁴⁰⁴ Kocaoğlu, a.g.e., s.330.

⁴⁰⁵ Artuç, a.g.e., s.607.

suçun nitelikli haline teşebbüs olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁶ Nitekim bu halde fail işlemeyi kast ettiği suçu elinde olmayan bir sebeple nihayete erdirememiştir.⁴⁰⁷ Ancak bu halde teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için somut olay bakımından failin kastının suçun nitelikli halini icra etmeye yönelik olması gerekmektedir. Bu bağlamda eğer failin kastı suçun nitelikli halini icra etmeye yönelik değilse basit cinsel istismar suçunun tamamlanmış halinden sorumlu tutulması gerekecektir.

Bu hususta değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele de failin cinsel güçten yoksun olması durumudur. Öğretide bazı görüşler, failin cinsel gücü bulunmamasına rağmen mağdura sair cisim veya parmak ithal etmek suretiyle suçu nihayete erdirebileceğini⁴⁰⁸, dolayısıyla suçun icra hareketlerinin bu kimseler tarafından gerçekleştirilmesi halinde dahi suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olacağını ifade etmektedir.⁴⁰⁹ Oysaki teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için kast edilen suçun icrasına doğrudan elverişli hareketlerle başlanmış olması iktiza etmektedir. Failin cinsel güçten yoksun olması halinde ise failin mağdura cinsel organını ithal etmeye yönelik elverişli bir hareketinin varlığından bahsedilemeyecektir. Öğretide her ne kadar failin mağdura sair cisim veya parmak ithal edebileceği durumlarda teşebbüsün varlığı kabul edilmiş ise de failin cinsel güçten yoksun olması halinde, her somut olay bakımından failin kastının bu yönde olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi icap etmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce cinsel gücü bulunmayan bir failin suçun icrasına doğrudan elverişli hareketlerle başlayabilmesi mümkün olmadığından, failin istismar suçunun tamamlanmış basit halinden sorumlu tutulması gerekmektedir.⁴¹⁰ Nitekim Yargıtay içtihatlarında da failin iktidarsız olması halinde eyleminin istismar suçunun tamamlanmış basit haline vücut vereceği kabul edilmektedir.⁴¹¹

⁴⁰⁶ “...Mağdurun anüsüne zorla cinsel organını sokmak istediği sırada tanık Onur’un dışardan bağırması ve inzal sebebi ile eylemini tamamlayamadığı anlaşılan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 103/2 maddesinde belirlenen nitelikli cinsel istismar suçuna eksik teşebbüs niteliğinde olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/5-145 E., 2009/8 K. ve 27.01.2009 T.) www.kazanci.com (E.T.: 18.01.2020)

⁴⁰⁷ Arslantürk, a.g.e., s.324. Aynı yönde görüş için bkz. Taner, a.g.e., s.173.

⁴⁰⁸ Taner, a.g.e., s.239.

⁴⁰⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Kurt, a.g.e., s.100; Göral, a.g.e., s.39; Köse Şahin, a.g.e., s.84; Altaş, a.g.e., s.76; Akkaya, a.g.e., s.258; Gerçekler, a.g.e., s.1122.

⁴¹⁰ Aynı yönde görüş için Bkz. Ersözoğlu, a.g.e., s.112.

⁴¹¹ “...Cinsel organda sertleşme bozukluğu olan hastaların tedavisinde kullanılan... isimli ilacı kullandığı anlaşılan sanığın cinsel organını anal yoldan mağdurenin vücuduna sokmaya çalıştığı, bu

B. Gönüllü Vazgeçme

Failin kendi iradesiyle işlemeyi kast ettiği suçun icrasından vazgeçmesi veya icrasını tamamladığı suçun kanunda öngörülen neticesinin gerçekleşmesine engel olması halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olur.⁴¹² Gönüllü vazgeçmenin kabul edilebilir olması için failin suçun icra hareketlerine başlanmamış olması veya icra hareketleri tamamlanmışsa kanunda öngörülen neticenin gerçekleşmesini önlemiş olması ve failin gösterdiği çabanın herhangi bir baskıdan kaynaklanmaksızın iradi olarak cereyan etmesi icap etmektedir.⁴¹³ Dolayısıyla failin istencinden kaynaklanmayan harici sebeplerle suç nihayete erdirilememişse gönüllü vazgeçmenin varlığından bahsedilemeyecektir.⁴¹⁴

Teşebbüsten farklı olarak gönüllü vazgeçme durumunda fail, kendisinden kaynaklanan sebeplerle veya iç dünyasında gerçekleşen pişmanlık nedeniyle⁴¹⁵ suçu işlememekte ya da neticenin vuku bulmasına engel olmaktadır.⁴¹⁶ Öğretide gönüllü vazgeçmenin uygulanması için failin salt pişmanlık duygusu ile hareket etmiş olmasının gerekmediği belirtilerek, failin suç teşkil eden fiilini nihayete erdirmeye imkânı varken bunu yapmayarak meşru zemine dönmüş olmasının dikkate alınması

amaçla cinsel organına ayrıca krem sürdüğü ancak mağdurenin etkin direnmesi olmadığı halde duhul eylemini gerçekleştiremediği, mağdureye vajinal yoldan ilişkiye girmesi halinde kızlığının bozulacağını, hayatının söneceğini, kendisine acıdığı için anal yoldan ilişkiye girmeye çalıştığını söylediği, bu sebeple cinsel organını mağdurenin anal ve vajinal bölgelerine sürmek suretiyle cinsel arzularını tatmin ettiği, sanığın organ sokma eylemini gerçekleştirebilecek fiziksel yeterliliği bulunmadığından nitelikli cinsel istismar suçunun elverişli hareketlerle icrasına başlayamadığı, bu itibarla eylemin çocuğun basit cinsel istismarı kapsamında suçu kapsamında kaldığı gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüste hüküm kurulması...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/619 E., 2016/4514 K. ve 03.05.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 18.01.2020)

⁴¹² Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.436.

⁴¹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.711-713. Aynı yönde görüş için bkz. Akbulut, a.g.e., s.642; İcel, a.g.e., s.533; Birtok, a.g.e., s.385.

⁴¹⁴ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.235.

⁴¹⁵ Özgenç, a.g.e., s.520.

⁴¹⁶ Hakeri, a.g.e., s.508.

gerektiği ifade edilmiştir.⁴¹⁷ Nitekim aksi düşüncenin varlığının söz konusu kurumun tatbik çerçevesini oldukça sınırlandıracağı belirtilmektedir.⁴¹⁸

Failin suçun nitelikli halini icra etme imkânı varken fiili sonucunda karşılaşacağı mahkûmiyet hükmünden çekinmesi, şahsı üzerinde etkili olan batıl inançları, mağdura merhamet etmesi veya gerçekten pişman olması gibi durumların failin hür iradesiyle gerçekleşmesi halinde, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilerek suçun basit halinden mahkûmiyet hükmü tesis edilecektir.⁴¹⁹ Nitekim bu gibi durumlarda failin suç yolundan hukuk zeminine yöneldiği kabul edilmektedir.⁴²⁰ Örneğin fail cinsel organını mağdura ithal etmek üzereyken mağdurun bakire olduğunu öğrenmesi üzerine, eylemini nihayete erdirmeye imkânı varken suçu işlemekten vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmenin varlığının kabul edilmesi ve failin suçun tamamlanmış basit halinden sorumlu tutulması icap etmektedir.⁴²¹

Somut olaya göre değerlendirme yapmak şartıyla fail, mağdurun yardım istemesi veya çığlık atması gibi bastırılması mümkün bir direncin varlığına rağmen suçu nihayete erdirmemişse gönüllü vazgeçmenin kabulü icap eder.⁴²² Belirtmek gerekir ki suçun nitelikli hali bakımından organ veya sair cismin mağdura ithal edilmesiyle birlikte bu şeyin ne kadarının mağdura duhul ettiğine bakılmaksızın suç

⁴¹⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.713. Aynı yönde görüş için bkz. **Sözüer**, Suça Teşebbüs, s.246; **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.147; **İçel**, a.g.e., s.536; **Zafer**, a.g.e., s.515-516; **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.476.

⁴¹⁸ **İçel**, a.g.e., s.536.

⁴¹⁹ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.367. Aynı yönde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.441-442; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.370; **Yeldan**, a.g.e., s.318.

⁴²⁰ **Sözüer**, Suça Teşebbüs, s.249.

⁴²¹ “...Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve nitelikli yağma suçundan kurulan hükümlerin incelemesinde sanığın olay tarihinde evine gelen katılan ile alkol aldıktan sonra yakınlılaşarak öpmeye başladığı, katılanın daha ileri gitmek isteyen sanığa direnmesi üzerine sanığın katılanı ... oluşturacak şekilde yaralayarak pantolonunu çıkarmaya çalıştığı, katılanın bulundukları Odadan çıkmak için kapı camına vurarak kırması üzerine sanığın katılanı sakinleştirmeye çalıştığı, kahve yapıp içmesini istediği ... sanığın evde başka bir kişi bulunmadığı sırada başladığı icrai hareketlerini tamamlama imkanı bulunduğu halde katılanın etkin olmayan direnişi dışında ciddi bir engel olmaksızın eylemine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında hakkında 5237 sayılı TCK’nın 36.maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükmü gözetilerek eylemlerin aynı kanunun 103/1 maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/6644 E., 2019/10010 K. ve 17.06.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 08.01.2020)

⁴²² **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.442.

tamamlanmış olacağından, failin bu aşamadan sonra suç yolundan dönmesi gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁴²³

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde faillerden birinin vazgeçmesi ve suçun işlenmesine engel olmak için aktif bir rol üstlenmesi halinde yalnızca bu kişi gönüllü vazgeçmeden faydalanabilecek, diğer failer gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanamayacaktır.⁴²⁴ Dolayısıyla ceza hukuku sistemimizde, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin diğer faillelere sirayeti kabul edilmemiştir. Bu bağlamda vazgeçmeden faydalanan fail suçun basit halinden sorumlu olurken⁴²⁵, diğer failer hakkında suçun gönüllü vazgeçme nedeniyle işlenememiş olması dolayısıyla suçun nitelikli haline teşebbüs hükümleri tatbik edilecektir.⁴²⁶

II. SUÇA İŞTİRAK

A. Suçun İşlenişinde Karşılaşılabilecek Diğer Faillik Durumları

1. Dolaylı Fail

TCK'nın 37/2 maddesine göre, suçun işlenişinde bir başkasını araç olarak kullanan arkadaki kişi dolaylı fail olarak kabul edilmektedir. Bu halde bir başkasını suç teşkil eden fiili icra etmesi için yönlendiren kişiye dolaylı fail denir.⁴²⁷ Dolaylı failliğin söz konusu olduğu hallerde arkadaki kişi, araç olarak kullandığı kişinin kusur yeteneğini haiz olmamasından, bu kişinin yanılğı halinden yararlanarak ya da cebir veya tehditle iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu kişi vasıtasıyla suç

⁴²³ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.225.

⁴²⁴ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.715. Aynı yönde görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.477-478; **Zafer**, a.g.e., s.518.

⁴²⁵ **Aydın**, a.g.e., s.90.

⁴²⁶ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.715. Aynı yönde görüş için bkz. **Birtek**, a.g.e., s.391; **Zafer**, a.g.e., s.518.

⁴²⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.715. Aynı yönde görüş için bkz. **Akbulut**, a.g.e., s.675; **Demirbaş**, a.g.e., s.515; **Özgenç**, a.g.e., s.559.

işlemektedir.⁴²⁸ Ceza hukuku sistemimizde dolaylı failin, iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle araç olarak kullandığı kişinin fiillerinden sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Öğretide bazı yazarlar çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali bakımından failin, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak onu zorla suçun aktif süjesi haline getirmesi halinde dolaylı faillik müessesesinin söz konusu olacağını ifade etmektedir.⁴²⁹ Bu halde kadın fail veya eşcinsel erkek, mağdur çocuğun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak onu penetrasyonu gerçekleştirmesi hususunda yönlendirmektedir. Görünürde organ veya sair cisim sokma fiili her ne kadar fail tarafından icra edilmiyor olsa da TCK'nın 37/2 maddesi uyarınca failin suçun nitelikli halinden fiili kendisi ika etmiş gibi sorumlu olması icap etmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında, dolaylı faillik yolu ile ilişkinin aktif süjesi olan mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlayan fail hakkında istismar suçunun tamamlanmış basit halinden mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴³⁰

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da failin aktif hiçbir eylemi olmaksızın mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak, zorla kendi vücuduna sair cisim ithal etmesini sağlaması meselesidir. Bu halde failin suçun nitelikli halini, iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak araç olarak kullandığı mağdur üzerinden gerçekleştirdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla fail, mağdurun rızası hilafına kendi vücudu üzerinde bu suçu işlemesini sağlamaktadır.⁴³¹ Dolaylı failliğin bu görünüm

⁴²⁸ **Koca/Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.459.

⁴²⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.397.

⁴³⁰ “...Sanığın mağduru eve götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eylemi 5237 sayılı TCK'nın 103/2 maddesinde düzenlenen ve kanunî tanımında vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirmedikten anılan kanunun çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturmadığı, dolaylı fail durumunda olan sanığın on beş yaşını tamamlamış olmakla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algulama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2013/6245 E., 2015/2305 K. ve 02.03.2015 T.) www.kazanci.com (E.T.: 08.01.2020)

⁴³¹ **Taneri**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları, s.917. Aynı yönde görüş için bkz. **Şahbaz**, a.g.e., s.1234; **Uçan**, a.g.e., s.65.

şekli bakımından uygulamada suçun nitelikli halinin sübuta erdiği kabul edilmektedir.⁴³²

Failin mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle; mağduru kendi vücuduna organ sokmaya yönlendirmesi halinde istismar suçunun basit halinden ceza verilirken, mağdurun kendi vücuduna sair cisim sokması halinde suçun nitelikli halinden ceza verilmesi öğretide bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir.⁴³³ Nitekim her iki durum bakımından da dolaylı fail hakkında suçun nitelikli hali sübuta ermiş olmasına rağmen failin kendi vücuduna organ sokturması şeklinde gerçekleşen fiilde suçun basit halinden cezaya hükmedilmesi isabetli değildir. Kanaatimizce her iki durum bakımından da dolaylı fail hakkında çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden hüküm kurulması iktiza etmektedir.

2. Müşterek Faillik

Birden ziyade kişinin aynı suç işleme kararı ile suç teşkil eden fiili birlikte icra etmeleri ve her birinin fiil üzerinde suçun nihayete ermesini sonuçlayacak fonksiyonel bir katkısının bulunması halinde müşterek faillik söz konusu olur. Cinsel istismar suçu özgü suç kapsamında değerlendirilmediğinden, suçun nitelikli hali bakımından failer arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve fiilin birlikte icra edilmiş olması halinde müşterek faillik gerçekleşmiş olur.

a) Birlikte Suç İşleme Kararı

Müşterek faillik müessesesinin en temel koşullarından biridir. Bu bağlamda suç işleme yoluna giren her bir failde suç teşkil eden fiili birlikte ika etmeye ve tipe uygun neticeyi birlikte meydana getirmeye yönelik suç işleme kararının bulunması

⁴³² Aynı yönde görüş için bkz. **Altaş**, a.g.e., s.36.

⁴³³ **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.396-397.

icap etmektedir.⁴³⁴ Dolayısıyla bu kişiler ortak hareket ettiklerini bilmeli ve bu kast ile hareket etmelidir; aksi halde müşterek failliğin varlığından bahsedilemeyecektir.⁴³⁵ Bir başka ifade ile birbirinden habersiz şekilde suç işleyen birden ziyade kişi hakkında müşterek faillik hükümleri tatbik edilemeyecektir.⁴³⁶ Örneğin metruk binada yaşayan mağdura birbirinden habersiz ve bağımsız olarak iki madde bağımlısından önce (A)'nın sonra (B)'nin suç teşkil eden fiili icra etmesi halinde, failler birlikte suç işleme kastı ile hareket etmediğinden bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.

Belirtmek gerekir ki birlikte suç işleme kararının varlığından bahsedebilmek için mutlaka failler arasında akdedilen bir anlaşmanın varlığı aranmaz, nitekim bu kararın birbirini tanımayan kimselerin anlık bir şekilde bir araya gelmeleri neticesinde de alınabilmesi mümkündür.⁴³⁷ Ancak bu kararın en geç suç teşkil eden fiilin icrası anında tüm failler tarafından alınmış olması gerekir.⁴³⁸ Nitekim yukarıdaki örnekte birbirini tanımayan madde bağımlısı (A) ve (B), mağduru gördüğünde birlikte suç işleme kastı ile hareket ederse suç teşkil eden fiili müşterek faillik kapsamında icra ettikleri kabul edilecektir.

b) Fiilin Birlikte İcra Edilmesi

Birlikte suç işleme kararı alan faillerin tamamının, suç teşkil eden fiilin icrasına eylemin üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyet oluşturacak şekilde katılmış

⁴³⁴ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.819. Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.451; **İçel**, a.g.e., s.553; **Akbulut**, a.g.e., s.697.

⁴³⁵ **Özgenç**, a.g.e., s.546.

⁴³⁶ "...TCK'nın 103/3. maddesine göre arttırım yapılabilmesi için her bir sanığın eyleme TCK'nın 37. maddesi anlamında suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatıyla katılmaları gerektiği, sanıkların aralarında iştirak iradesi bulunmaksızın değişik zamanlarda cinsel ilişkiye girdiklerinin dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, her bir sanığın diğerinden bağımsız şekilde gerçekleştirdiği eylemlerde TCK'nın 37. maddesinde belirtilen fiili birlikte işleme durumu söz konusu olmadığından..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/6814 E., 2019/207 K. ve 10.01.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 10.01.2020)

⁴³⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.737. Aynı yönde görüş için bkz. **Özgenç**, a.g.e., s.547.

⁴³⁸ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.819. Aynı yönde görüş için bkz. **Akbulut**, a.g.e., s.697; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.737; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.513.

olması gerekir.⁴³⁹ Müşterek faillik kapsamında işlenecek suçlarda failler arasında rol paylaşımı yapılarak suçun icrası kolaylaştırılmaktadır.⁴⁴⁰ Bu bağlamda fiilin birlikte icra edilmesinden anlaşılması gereken, her bir failin suçun işlenişinde aldığı rol ve bu rolün suçun işlenişine olan katkısıdır.⁴⁴¹ Failin suç teşkil eden fiilin icrasına yönelik üstlendiği rolün fonksiyonel olduğundan bahsedebilmek için suçun işlenmesi bakımından olmazsa olmaz nitelikte bir katkının bulunması gerekir.⁴⁴² Bu bağlamda suçun nitelikli hali bakımından faillerin müşterek fail olup olmadığının tespit edilebilmesi için fiilin icrasında diğer failler tarafından sağlanan katkının değerlendirilmesi gerekir.⁴⁴³ Faillerden birinin mağdurun kaçırıldığı otomobili kullanması⁴⁴⁴, suçun işlenmesini kolaylaştırmak için mağdura cebir uygulaması⁴⁴⁵ veya fail sayısının mağdurun suç teşkil eden fiile karşı koymasını engellemesi halinde her bir failin suçun işlenmesine fonksiyonel katkısının bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁴⁶

Mağdura yönelik nitelikli cinsel istismar fiilinin, müşterek faillerin tamamı tarafından icra edilmesi gerekmez; nitekim faillerden birinin diğer failin suç teşkil eden fiilini kolaylaştırması halinde de müşterek failliğin varlığı kabul

⁴³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.732. Aynı yönde görüş için bkz. Özgenç, a.g.e., s.534; Yeldan/Taneri, Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, s.118.

⁴⁴⁰ Koca/Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.453. Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.513.

⁴⁴¹ Zafer, a.g.e., s.534

⁴⁴² Özgenç, a.g.e., s.536. Aynı yönde görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.736; Hakeri, a.g.e., s.554; Akbulut, a.g.e., s.693; Demirbaş, a.g.e., 511.

⁴⁴³ Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.163.

⁴⁴⁴ "...Mağdurenin diğer sanıktan aracı durdurmasını istemesine rağmen sanığın aracı durdurmadığı ve sanığın mağdureye yönelik eylemlerine devam ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın suçun icrasına etkin ve fonksiyonel hareketleriyle katılıp fiil üzerinde diğer sanık ile birlikte ortak hâkimiyet kurduğu bu şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçuna 5237 sayılı TCK'nın 37/1 maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığının anlaşılması karşısında yazılı şekilde TCK'nın 39/2 maddesinin tatbiki hatalıdır..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/4777 E., 2019/7860 K. ve 06.03.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 10.01.2020)

⁴⁴⁵ "...Suça sürüklenen çocukların mağdureyi تنها bir yer olan kullanılmayan mandıra binasına götürdükleri, anılan suça sürüklenen çocuğun başka bir odaya geçtiği sırada diğerinin mağdureyi öpmeye başladığı, zorla pantolonu ile iç çamaşırlarını çıkartarak yere yatırıp anal bölgeden organ soktuğu sırada mağdurenin direnmesi üzerine anılan suça sürüklenen çocuğun gelerek mağdureyi ellerinden tutması sonrası diğerinin organ sokma eylemine devam ettiği anlaşıldığından, mevcut haliyle suça sürüklenen çocukların cebirle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri karşısında TCK'nın 37. Maddesi delaletiyle eylemlerine uyan..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/10082 E., 2017/4830 K. ve 17.10.2017 T.) www.kazanci.com (E.T.: 10.01.2020)

⁴⁴⁶ Hakeri, a.g.e., s.556.

edilmektedir.⁴⁴⁷ Ancak müşterek faillerden birinin mağdura yönelik nitelikli cinsel istismar fiilini tamamladıktan sonra diğer müşterek failin de aynı zamanda ve mekânda mağdura karşı bu fiili icra etmesi halinde, faillerin birbirlerinin suç teşkil eden fiillerine katılmalarının yanında ayrıca birbirini takip eden eylemleri de bulunduğundan failler hakkında TCK'nın 43/1 maddesinde öngörülen zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmesi icap etmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı⁴⁴⁸ haline gelen bu uygulama öğretideki bazı yazarlar tarafından, failin tek bir suç işlemesine rağmen birden fazla kere cezalandırılması sebebiyle eleştirilmektedir.⁴⁴⁹

Suçun müşterek faillik kapsamında işlenmesi halinde, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi kanun maddesinde cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörüldüğünden ayrıca bu nitelikli hal kapsamında cezanın arttırılması iktiza etmektedir. Fail ve mağdurun birden fazla olduğu durumlarda her bir failin başka bir mağdura yönelik bu suçu gerçekleştirmesi halinde öğretide yer alan tartışmaları ve konu hakkındaki kanaatimizi nitelikli haller başlığı altında belirtmiştik. Söz konusu tartışmaya girmeden belirtmek isteriz ki, fail ile mağdur sayısının birden fazla olduğu ve her bir failin başka bir mağdura yönelik nitelikli cinsel istismar fiilini icra ettiği bir durumda failler arasında aynı suç işleme kararı ve fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetin varlığı sebebiyle müşterek failliğin kabulü icap etmektedir. Bu durumda müşterek faillik özelliğinin cezanın bireyselleştirilmesi noktasında hâkim tarafından dikkate alınması icap etmektedir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s.523.

⁴⁴⁸ "...Suça sürüklenen çocuğun, olay günü hakkında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmediğinden ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilen A.'la ile birlikte hareket edip mağdurun direncini kırmak suretiyle üzerinde müşterek hakimiyet kurduktan sonra basit cinsel istismarda bulunduğu ve bu haliyle suça sürüklenen çocuğun bizzat işlediği eylemden ayrı olarak A.'nin eylemine de 5237 sayılı TCK'nın 37'nci maddesi anlamında katıldığıнын tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında müsnet suçtan belirlenen temel cezanın zincirleme suça ilişkin TCK'nın 43/1 maddesiyle arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/5137 E., 2019/11473 K. ve 08.10.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 04.02.2020)

⁴⁴⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.516.

⁴⁵⁰ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.367.

B. Şeriklik

Ceza hukuku sistemimizde üçüncü kişilerin failin suç teşkil eden fiiline katılımı şeriklik biçiminde de tezahür edebileceği kabul edilerek, bu kişilerin ceza hukuku bakımından sorumluluk sahaları genişletilmiştir. Şeriklik azmettirme ve yardım etme olarak iki şekilde görünüm arz edebilir. Bu bağlamda istismar suçunun nitelikli haline azmettirenin veya yardım edenin de fail gibi mağdurun cinsel dokunulmazlığı ve cinsel gelişimini ihlal ettiği kabul edilmiş⁴⁵¹ ve ceza hukuku sistemimizde bağlılık kuralı gereğince bu kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Nitekim şeriklerin cezalandırılabilmesi için, TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı için aranan şartların gerçekleşmesi ve hukuka aykırı fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması icap etmektedir.

1. Azmettirme

Aklında suç işleme kararı bulunmayan bir kimsenin suç yoluna girmesine neden olunması halinde azmettirmenin varlığı söz konusu olur. TCK'nın 38'inci maddesi gereğince azmettirme müessesesini şerikliğin bir başka görünüm şekli olan yardım etmeden ayıran temel husus, suç işleyen failin daha önce bu suçu işlemek yönünde hiçbir niyetinin bulunmamasıdır.⁴⁵² Azmettirmenin varlığından bahsedebilmek için iki aşamalı kastın varlığı aranır. Bu bağlamda azmettirenin en azından olası kast ile faili suç yoluna sokması ve kastının azmettirmeye konu suçun unsurlarını kapsaması gerekir.⁴⁵³

İstismar suçunun nitelikli hali bakımından azmettirme çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. Örneğin lise çağında bulunan ve ergenlik dönemi olarak tabir edilen yaşlardaki arkadaş gruplarının birbirini suç teşkil eden fiili icra etmeye yönelik

⁴⁵¹ **Muhammed Demirel**, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.244.

⁴⁵² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.744. Aynı yönde görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.832; **Demirbaş**, a.g.e., s.523; **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.504; **Akbulut**, a.g.e., s.718; **Hakeri**, a.g.e., s.570; **Özgenç**, a.g.e., s.564; **Zafer**, a.g.e., s.544.

⁴⁵³ **Demirbaş**, a.g.e., s.523. Aynı yönde görüş için bkz. **Akbulut**, a.g.e., s.721; **Hakeri**, a.g.e., s.567.

azmettirmesi söz konusu olabilir. Ancak uygulamada sıklıkla görülen azmettirme, başlık parası mukabilinde küçük yaştaki çocukların evlenmesine icazet veren ebeveynlerin azmettirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁴ Bu bağlamda mevzuatta evlenme için aranan yaş sınırının altındaki çocukları dini nikâhla evlendiren ebeveynlerin şeriklik durumunun her olay bakımından ayrıca göz önünde bulundurulması icap etmektedir.⁴⁵⁵ Örneğin ebeveynlerin çocuğun karar alması bakımından üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁵⁶ Kural olarak azmettiren, failinin aldığı ceza miktarı ile cezalandırılır. Ancak istismar suçuna azmettiren sıfatı ile katılan ebeveynlerin alacakları cezanın TCK'nın 38/2'nci maddesi uyarınca artırılması gerekmektedir.

Azmettirenin suçun nitelikli halinden cezalandırılabilmesi için failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Teşebbüsün olup olmayacağına dair ilgili tartışmalara teşebbüs bahsinde yer verildiği için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır. Kanaatimizce suçun nitelikli haline teşebbüsün varlığı mümkün olduğundan failin fiilinin nihayete erememesi halinde, azmettirenin istismarı suçunun nitelikli halinden cezalandırılması iktiza etmektedir.

Suçun ağır veya sair neticelerinin gerçekleşmesi halinde azmettirenin suçun temel şeklinde yönelik kastının bulunduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla azmettiren bakımından ağır veya sair neticeye yönelik manevi unsur değerlendirmesi yapılması icap etmektedir. Bu halde azmettirenin ağır veya sair neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirle hareket etmiş olmasının kâfi olacağı kabul edilmektedir.⁴⁵⁷ Örneğin azmettiren, çocukların nitelikli cinsel istismarına maruz kalacak mağdurun kendisine yönelik böyle bir suçun işlenmesi halinde bitkisel hayata gireceğini veya failin mağduru öldüreceğini öngörmesine rağmen bu durumun gerçekleşmesini istememişse ağır neticeden sorumlu olacaktır. Buna karşılık azmettirenin ağır veya sair netice bakımından taksiri dahi yoksa meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacaktır.

⁴⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.446.

⁴⁵⁵ Gündüz, a.g.e., s.109. Aynı yönde görüş için bkz. Akkaya, a.g.e., s.265; Gündüz/Gültaş, a.g.e., s.140; Seçgin, a.g.e., s.138.

⁴⁵⁶ Kaya, a.g.e., s.148.

⁴⁵⁷ Akbulut, a.g.e., s.728.

2. Yardım Etme

Failin suç teşkil eden fiilini gerçekleştirebilmesi için kasten yapılan maddi veya manevi destekler kül halinde yardım etme kapsamında değerlendirilir.⁴⁵⁸ Bu bağlamda yardım etme, maddi ve manevi yardım olmak üzere iki şekilde gruplandırılabilir. Nitekim failin suç işlemlerini kolaylaştıracak araçların sağlanması maddi yardım; aklında suç işleme kararı bulunan bir kimsenin bu düşüncesini gerçekleştirmesi için yönlendirilmesi, bu kararının güçlendirilmesi gibi TCK'nın 39'uncu maddesinde öngörülen hususlar ise manevi yardım kapsamında kabul edilmektedir. Yardım edenin, azmettirmede olduğu gibi yardım etmeye ve yardıma konu suçun unsurlarına yönelik iki aşamalı kastının bulunması icap eder.⁴⁵⁹

İnceleme konumuz bakımından suç teşkil eden fiilin hazırlık hareketlerinin başladığı andan itibaren suçun tamamlanması anına kadar yardım eden sıfatıyla suça şerik olunabilmesi mümkündür. Örneğin fail veya faillere bu suçu işleyebilmesi için uygun bir yerin temin edilmesi⁴⁶⁰, ebeveynlerin çocuklarının küçük yaşta evlenmesine destek olması⁴⁶¹, bu suçu işlemeyi düşünen faile icra hareketlerini gerçekleştirmesi için vaatte bulunulması yardım etme kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda somut olaya göre değerlendirme yapmak koşuluyla ebeveynlerin, çocuklarının evlenme yaşında olmamasına rağmen dini nikâhla evlenmeleri hususunda sağladıkları fayda yardım etme kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Demirel, a.g.e., s.370.

⁴⁵⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.754. Aynı yönde görüş için bkz. Akbulut, a.g.e., s.730; Koca/Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.498.

⁴⁶⁰ "...Oluşa uygun ve kabule göre sanık ...'nin, üvey kızı olan mağdure ile ...'un birlikte evinde kalmalarına rıza gösterip, onlara bu konuda yardımcı olması ve cinsel davranışlarda bulunabileceklerine dair teşvikte bulunması karşısında sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 39/2-a maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/6842 E., 2019/10902 K. ve 17.09.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 10.01.2020)

⁴⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.446.

⁴⁶² Ünver, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi", s.41.

III. İÇTİMA

A. İctima Kuralları Çerçevesinde Çocukların Nitelikli Cinsel İstismarı

1. Zincirleme Suç

Failin aynı suç işleme kastıyla, aynı suçu aynı mağdura karşı değişik zamanlarda birden fazla kere işlemesi halinde fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulur. Burada önemli olan failin değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işlediği suç bakımından, aynı suç işleme kastının devam ediyor olması olduğundan failin kastını tekrarlayacağı şekilde uzunca bir sürenin geçmemiş olması gerekir.⁴⁶³ Bu bağlamda sürenin makul bir süre olması iktiza etmektedir. Zincirleme suçun varlığı halinde failin aynı mağdura karşı işlediği birden ziyade suç teşkil eden fiil ve suç söz konusu olur.⁴⁶⁴ Kanun koyucu, faile her suç teşkil eden fiili için ceza vermek yerine zincirleme suç şartlarının varlığı halinde faile verilecek ceza miktarında artırımı yapılmasını uygun görmüştür.

5377 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde TCK'nın 43/3 maddesi ile cinsel suçlara atıf yapılmadığından, fail lehine olan bu düzenleme çocukların cinsel istismarı suçunu nitelikli halini icra eden fail hakkında da uygulama alanı bulacaktır.⁴⁶⁵ Bu bağlamda failin suçun nitelikli halini işleme kastıyla hareket ederek aynı mağdura karşı bu suçu değişik zamanlarda birden fazla kere işlemesi halinde fail hakkında tek suçtan hüküm kurulacak ancak zincirleme suç hükümlerine göre artırımı yapılacaktır. Uygulamada suç teşkil eden fiilin zincirleme şekilde icra edildiğinden bahsedebilmek için suçun ne kadarlık bir zaman dilimi içerisinde işlenmesi gerektiğine dair bir kabul benimsenmemiştir.⁴⁶⁶ Kanaatimizce suçun işlendiği zaman diliminde geçen sürenin makul bir süre olması ve failin makul

⁴⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.548.

⁴⁶⁴ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.517. Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.544; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.526; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.663.

⁴⁶⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.795. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.529; Özgenç, a.g.e., s.620; Akbulut, a.g.e., s.795.

⁴⁶⁶ Kurt, a.g.e., s.120.

sürede gerçekleştirdiği istismar suçunu aynı suç işleme kastıyla gerçekleştirmiş olup olmadığına tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim failin kastını yenilemesi halinde zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir.

Suçun birden ziyade mağdura karşı işlemesi halinde zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir. Nitekim fail her ne kadar aynı kast ile hareket etmiş olsa da suçun birden ziyade mağdura yönelik işlenmesi halinde mağdur sayısı kadar suç sübuta ermiş olacaktır.⁴⁶⁷ Burada önemli olan husus failin istismar suçunu aynı suç işleme kararı ile aynı mağdura karşı değişik zamanlarda gerçekleştirmiş olmasıdır. Örneğin failin, sınıfındaki 3 farklı kişiye karşı bu suçu işlemesi halinde üç ayrı cinsel istismarı suçu vücut bulmuş olacaktır.

Öğretide tartışma konusu yapılan bir diğer husus da failin, penisini önce mağdura vajinal yoldan sonra anal veya oral yoldan ithal etmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Bazı yazarlar bu durumda failin birbirinden farklı zamanlarda icra ettiği birden fazla eyleminin olduğunu kabul etmekte ve zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁶⁸ Bu görüşün aksini savunan yazarlar ise bu gibi durumlarda zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁶⁹ Kanaatimizce de bu gibi durumlarda failin suç teşkil eden fiili, zamansal ve mekânsal olarak tek bir fiil şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla suçun bu şekilde gerçekleştiği durumlarda değişik zamanlarda gerçekleşen birden fazla fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir. Yargıtay içtihatlarında da aynı zaman dilimi içerisinde icra edilen fiiller bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.383. Aynı yönde görüş için bkz. Yıldız, a.g.e., s.95.

⁴⁶⁸ Malkoç, a.g.e., s.897.

⁴⁶⁹ Altaş, a.g.e., s.83. Aynı yönde görüş için bkz. Ersözoğlu, a.g.e., s.139; Çelik, a.g.e., s.88.

⁴⁷⁰ "...Sanık ...'ın, mağdura fiili livatada bulunma ve oral seks yaptıрма eylemlerini aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiği gözetilmeden, hakkında TCK'nın 43.maddesi tatbik olunmak suretiyle fazla ceza tayini..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/2741 E., 2016/6598 K. ve 26.09.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 19.01.2020)

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da Yargıtay uygulamasına göre, mülga edilmeden önce bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması durumunda zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilip edilemeyeceği meselesidir. Yargıtay’a göre, zincirleme suç hükümlerinin suçun mülga edilen ağırlaşmış halinden önce tatbik edilmesi ve elde edilen artırım miktarının suçun ağırlaşmış halinin vuku bulması (beden ve ruh sağlığının bozulması) sebebiyle verilecek ceza miktarına eklenmesi suretiyle nihai cezanın tayin edilmesi gerekmektedir.⁴⁷¹

Uygulamada istismar suçunun nitelikli halinin müsterek faillik çerçevesinde işlenmesi durumunda faillerin aynı zamanda ve mekânda birbirini takip eden suç teşkil eden fiillerinin varlığı halinde her bir müsterek fail hakkında ayrıca zincirleme suç hükümlerine göre ceza miktarının artırılması söz konusu olmaktadır. Koca/Üzülmez ve diğerleri, bu durumun fail hakkında aynı suçtan iki defa ceza verilmesi sebebiyle isabetli olmadığı ifade etmektedir.⁴⁷² Ancak bu husus Yargıtay’ın müstekar içtihatları ile yerleşik bir uygulama haline gelmiştir. Yargıtay’ın bu uygulamasının, çocuğun menfaatlerini korumak ve failleri fiillerinin ağırlığı ölçüsünde cezalandırma içgüdüsü ile hareket etmesi neticesinde geliştiği aşikârdır. Ancak uygulama, zincirleme suç hükümlerinin tatbiki bakımından kanunda öngörülen şartları taşımamaktadır.⁴⁷³ Dolayısıyla uygulama ile gelişen bu durumun zincirleme suç hükümlerinin koşullarını taşımadığından hukuka aykırı olduğunu söylememiz mümkündür. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından zincirleme suç hükümleri veya istismar suçunun nitelikli halleri arasında, faillerin birbirini takip eden fiilleri bakımından cezayı artıran bir düzenleme yapılması icap etmektedir.

⁴⁷¹ “...Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Dairemizce de benimsenen 20.11.2007 gün, 2007/5-142 E. ve 2007/240 sayılı kararında açıklandığı üzere zincirleme şekilde kasten işlenen eylem sonucunda beden veya ruh sağlığının bozulduğunun tespiti halinde TCK’nın 103/6.maddesindeki suçun ağırlaşmış hali teselsül edemeyeceğinden aynı kanunun 103/2-3-4.maddeleri ile tayin edilen cezanın TCK’nın 43.maddesiyle ¼ oranında artırılması neticesinde bulunan artırım miktarının aynı kanunun 103/6 maddesinin tatbiki suretiyle belirlenen cezaya eklenmesi ve bu sıraya uyularak cezaların belirlenmesi yerine...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/8333 E., 2019/7758 K. ve 04.03.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 23.01.2020)

⁴⁷² Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.368. Aynı yönde görüş için bkz. Kurt, a.g.e., s.119; Arslantürk, a.g.e., s.347; Kocaoğlu, a.g.e., s.343.

⁴⁷³ Aynı yönde görüş için bkz. Yazar, a.g.e., s.121.

2. Görünüşte İçtima

Failin suç teşkil eden fiilinin birden fazla müeyyide ile hüküm altına alınabileceği görünmesine rağmen esasen tek bir ceza hukuku müeyyidesinin uygulanmasının gerektiği durumlarda görünüşte içtima müessesesi söz konusu olur.⁴⁷⁴ Ceza hukuku sistemimizde farklı şekillerde tezahür eden görünüşte içtima halleri söz konusudur. Ancak biz inceleme konusu suçla bağlantılı olarak görünüşte içtimanın bir türü olan bileşik suç düzenlemesini açıklamakla yetineceğiz.

a) Bileşik Suç

Ceza hukuku sisteminde öngörülen suçlardan biri diğerinin unsuru veya cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olması durumunda bileşik suç söz konusu olur. Bir başka ifade ile kanunda tek başına suç teşkil eden fiillerin aynı kanun maddesinde müştereken tanzim edilmesi ve ihdas edilen bu suç bakımından biri diğerinin unsuru veya cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olması bileşik suçun varlığına işaret etmektedir.⁴⁷⁵ Görünüşte birde ziyade suçun söz konusu olduğu bileşik suçlarda, bir başka suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak o suçun içinde mündemiç olan suçların bağımsızlığının sona erdiği kabul edilmekte ve bu sebeple fail hakkında tek bir cezaya hükmedilmektedir.⁴⁷⁶ TCK'nın 42'nci maddesi uyarınca bileşik suç kapsamında değerlendirilen suçlar bakımından fiil tekliği kabul edildiğinden, bu suçlar bakımından içtima hükümleri uygulanmayacak ve görünüşteki diğer suçtan faile ceza verilemeyecektir.⁴⁷⁷

İstismar suçunun nitelikli halinin mağdura karşı cebir veya tehdit uygulanmak suretiyle işlenmesi halinde bileşik suçun varlığı söz konusu olacaktır.⁴⁷⁸ Nitekim cebir veya tehdit, on beş ile on sekiz yaş aralığındaki mağdurlar bakımından nitelikli

⁴⁷⁴ **Hakeri**, a.g.e., s.633. Aynı yönde görüş için bkz. **Demirbaş**, a.g.e., s.540; **İçel**, a.g.e., s.625.

⁴⁷⁵ **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.551.

⁴⁷⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.541-542.

⁴⁷⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.536. Aynı yönde görüş için bkz. **Hakeri**, a.g.e., s.594.

⁴⁷⁸ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.790. Aynı yönde görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, a.g.e., s.652; **İçel**, a.g.e., s.644.

cinsel istismar suçunun unsuru, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ise cezayı ağırlaştıran hal kapsamında kabul edilmektedir. Bu sebeple on sekiz yaşını tamamlamamış mağdura karşı cebir veya tehdit ile istismar suçunun nitelikli halini işleyen fail hakkında ayrıca cebir veya tehditten mahkûmiyet hükmü tesis edilemeyecektir. Ancak failin suç teşkil eden fiilinin kasten yaralamanın ağır neticelerini sonuçlaması halinde fail hakkında ayrıca kasten yaralama hükümlerinin tatbik edilmesi icap etmektedir. TCK'nın amir hükmü olan 103/5'inci maddesinde öngörülen bu düzenleme gereğince ağır neticenin gerçekleşmesi halinde bileşik suç hükümleri tatbik edilemeyecektir.

3. Gerçek İçtima

Ceza hukuku sistemimizde kural olarak fiil sayısı kadar suç ve suç sayısı kadar da cezanın olduğu kabul edilerek gerçek içtima prensibi kabul edilmiştir.⁴⁷⁹ Bu bağlamda nitelikli cinsel istismar fiilini icra eden failin suçun yetkili makamlarca öğrenilmesini önlemek amacıyla mağduru öldürmesi halinde ortada iki farklı suç teşkil eden fiilin varlığı söz konusu olacaktır. Yine failin istismar suçunu işlerken mağdura karşı kullandığı cebirin TCK'nın 87'nci maddesinde öngörülen neticelere sebebiyet vermesi durumunda fail hakkında ayrıca kasten yaralamadan hüküm kurulması gerekecektir.⁴⁸⁰

Failinin istismar suçunun nitelikli haline vücut veren fiilini müstehcen görüntü imal etmek amacıyla kayıt altına alması halinde ayrıca TCK'nın 226/3 maddesinde öngörülen suç oluşacağından fail hakkında bu suçtan da mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi iktiza etmektedir.⁴⁸¹ Bu ve benzer şekilde çoğaltılabilecek örnekler bakımından gerçek içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak istismar suçunu icra eden

⁴⁷⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.781. Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.539; Özgenç, a.g.e., s.601.

⁴⁸⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 384. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.368.

⁴⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.372. Aynı yönde görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.445; Çelik, a.g.e., s.93.

fail hakkında ne zaman kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği uygulamada önemli ölçüde karışıklık meydana getirmektedir. Bu sebeple istismar suçunun nitelikli halini icra eden fail hakkında ne zaman kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşacağı durumu on beş yaşını tamamlamış ve tamamlamamış çocuklar bakımından ayrı bir başlık altında incelenecektir.

a) Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma Suçunun Cinsel İstismar Amacıyla İşlenmesi

TCK'nın 109'uncu maddesinde tanzim edilen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, mağdurun hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak özgürlüğünden mahrum bırakılması şeklinde tanımlanmaktadır. Failin cinsel istismar suçunu işleme niyetiyle mağdurun bir yere gitmesini veya bir yerde kalmasını engellemesi halinde ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan da sorumlu tutulması iktiza etmektedir. Ancak bunun için öncelikle failin fiilinin bu suça vücut verip vermediğinin tespit edilmesi gerekir.

Failin suç teşkil eden fiili icra ettiği sürede ve fiil ile sınırlı olmak şartıyla, suçun mağdurunun kendi iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kalkması kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturmaz. Nitekim suçun işlenebilmesi bakımından mahiyeti gereği mağdurun bulunduğu yerden ayrılmaya yönelik irade özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olacaktır.⁴⁸² Dolayısıyla istismar suçunun nitelikli halinin işlendiği süreyle ve mekânla⁴⁸³ sınırlı olarak gerçekleşen eylemler bakımından failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan cezalandırılması isabetli olmayacaktır. Yargıtay içtihatlarında suçunun işlendiği süresiyle sınırlı olarak gerçekleşen eylemler bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁸⁴

⁴⁸² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.384. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.369; Özen, a.g.e., s.378.

⁴⁸³ Arslantürk, a.g.e., s.339.

⁴⁸⁴ "...Sanığın farklı zamanlarda mağdurenin ikamet ettiği eve giderek iki kez cinsel ilişkide bulunması şeklinde gerçekleşen olayd, çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunun işlendi sırada ve

Fail hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun tatbik edilebilmesi için bu suçun zamansal olarak istismar suçundan ayırt edilebilmesi icap etmektedir.⁴⁸⁵ Nitekim failin bu suçu işlemek amacıyla mağduru bulunduğu yerden iradesi dışında ayrılmaya zorlaması bu kapsamda değerlendirilmektedir. Somut bir örnek ile açıklamak gerekirse mağdur ile failin, evin salonunda yakınlaşması neticesinde failin mağduru iradesi dışında yatak odasına götürerek nitelikli cinsel istismar fiilini icra etmesi halinde fail hakkında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun da tatbiki gerekecektir.

b) Nitelikli Cinsel İstismar Suçu Kapsamında On Beş Yaşını Tamamlamamış Çocuklar Bakımından Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma Suçunun Oluşumu

On beş yaşını tamamlamamış çocukların faile gösterdiği rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna vücut verip vermeyeceğinin belirlenmesi icap etmektedir. Bazı yazarlar kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuyla ilgili, suçun kanuni düzenlemesinde kademeli bir yaş tashihiye yer verilmemiş olmasını gerekçe göstererek on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından rızanın geçerli kabul edilmemesi durumunu eleştirmektedir.⁴⁸⁶ Bu görüşe göre on beş yaşını tamamlamamış mağduru ayırt etme gücüne sahip olması halinde, faile gösterdiği rızaya bağlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşmayacaktır.

eylemle sınırlı süreyle mağdurenin iradesiyle hareket edebilme iradesinin ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği ve somut olayda sanığın, mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, eylemin sadece çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi bozma nedenidir...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/5277 E., 2018/7377 K. ve 11.12.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 13.01.2020)

⁴⁸⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.344. Aynı yönde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, a.g.e., s.444; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 384.

⁴⁸⁶ **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.235. Aynı yönde görüş için bkz. **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s.533; **Altaş**, a.g.e., s.87.

Uygulamada istismar suçu bakımından on beş yaşını tamamlamamış mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda gösterdiği rıza kabul edilmemektedir. Bu bağlamda failin on beş yaşından küçük bir mağduru, rızasına binaen istismar suçunu işlemek maksadıyla bulunduğu yerden başka bir yere götürmesi halinde TCK'nın 109'uncu maddesinde öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun sübuta ereceği benimsenmiştir. Örneğin failin on beş yaşından küçük bir mağduru kendi rızasıyla otele götürmesi veya mağdurun kendi rızası ile failin evine gelmesi ve burada cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde, fail hakkında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan mahkûmiyet hükmü tesis edilecektir.

Mer'i mevzuatımızda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yaş tasnifine dayalı rızanın geçerliliğinin kabul edildiği bir düzenleme bulunmamaktadır. On beş yaşını tamamlamamış çocukların korunması bakımından uygulama ile geliştirilen bu durum Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile kabul edilmektedir.⁴⁸⁷ Kanaatimizce uygulama ile meydana gelen bu durum, her ne kadar çocukların menfaati için geliştirilmiş olsa da kanuni bir zemin üzerine inşa edilmediği müddetçe hukuka aykırı olacaktır. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından, on beş yaşını tamamlamamış çocukların gösterdikleri rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu engellemeyeceğine dair ilgili mevzuat düzenlemesinin TCK'nın 103 veya 109'uncu madde metninde tanzim edilmesi icap etmektedir.

⁴⁸⁷ "...Sanığın on beş yaşından küçük olup yaşı itibariyle rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdure ile birlikte oturdukları mahallenin arka tarafındaki dağlık alana giderek cinsel ilişkiye girdikleri tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle olayda sanığın, mağdureyi ailesinden habersiz şekilde dağa götürmesi şeklindeki eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkûmiyeti yerine,..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/992 E., 2018/1176 K. ve 20.02.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 13.01.2020)

"...on dört yaşı içerisinde bulunan mağdurenin, duygusal ilişki yaşadığı sanığın çalıştığı kasap dükkanına gitmesinin ardından arka kısımda sanığın herhangi bir zorlama olmadan cinsel organını ağzına soktuğu mağdurenin iş yerinden ayrıldığı ve bir süre sonra sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında bulunduğu mağdureyi kendi evine götürüp vajinal yoldan cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, ilk derece mahkemesince çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen neden olmaksızın mağdurenin yaşı itibariyle hukuken geçersiz rızasına istinaden işlendiği ve işyerinde gerçekleşen cinsel istismar olayında ise sanığın mağdureyi eylemle sınırlı süre alıkoymasından dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlarının oluşmadığı nazara alınarak 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 43/1, 109/1,3-f,5 maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, 5271 sayılı CMK'nın 230/1-b maddesine uygun düşmeyen gerekçeyle kurulan mahkûmiyet hükümlerine yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi suretiyle aynı kanunun 289/1-g maddesine muhalefet edilmesi..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2019/544 E., 2019/11294 K. ve 03.10.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 13.01.2020)

4. Fikri İçtima

Failin hukuki anlamda tek hareketle icra etmiş olduğu fiilin birden fazla suça vücut vermesi ve bu suçlar dolayısıyla failin cezalandırılabilmesinin mümkün olması halinde fikri içtima müessesinin nazara alınması icap etmektedir. Başka bir ifade ile failin icra etmiş olduğu hukuki anlamdaki tek hareketinin, kendisinin cezalandırılmasına neden olacak en az iki ceza hukuku normunu ihlal edecek nitelikte suç teşkil etmesi iktiza etmektedir. Bu farklı suçlardan bir kısmının umumi ceza kanununda bir kısmının ise hususi ceza kanunlarında bulunabilmesi mümkündür.⁴⁸⁸ Bu şartların varlığı halinde failin TCK'nın 44'üncü maddesi uyarınca suç teşkil eden fiillerinin en ağırı hangisi ise o hüküm uyarınca cezalandırılması icap etmektedir.

İnceleme konumuz bakımından failin icra etmiş olduğu fiilin çocukların cinsel istismarı suçuyla birlikte aynı zamanda; TCK'nın 96'ncı maddesinde öngörülen “Eziyet” suçuyla, ilişkinin herkese açık bir yerde gerçekleşmesi durumunda kanunun 225'inci maddesinde tanzim edilen “Hayasızca Hareketler” suçuyla, suç teşkil eden fiilin aile üyeleri arasında icra edilmesi halinde kanunun 232'nci maddesinde öngörülen “Kötü Muamele” suçuyla, çocuğuna karşı işlenen cinsel istismar fiilinin icra edilmesine engel olmayan ebeveynlerin iştirak iradesinin ispat edilmesi halinde kanunun 233'üncü maddesinde tanzim edilen “Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali” suçuyla vücut verebilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde failin icra ettiği ve cinsel istismar suçuyla vücut veren hukuki anlamdaki tek fiili ile birden fazla ceza hukuku normunun ihlal edilmesi söz konusu olacağından, fail hakkında fikri içtima hükümlerine göre daha ağır ceza müeyyidesini haiz olan çocukların cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi icap etmektedir.

⁴⁸⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.536.

IV. ZAMANAŞIMI

A. Dava Zamanaşımı

İlgili makamlarca suç teşkil eden fiilin varlığına rağmen kanunda öngörülen süreler içerisinde dava açılmamışsa veya açılmış olmasına rağmen bu süre içerisinde kesin hükümle sona erdirilmemişse fiil TCK'nın 66'ncı maddesi uyarınca dava zamanaşımına uğramış olur.⁴⁸⁹ Zamanaşımı yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gereken bir husustur⁴⁹⁰ ve kural olarak bütün suçlar dava zamanaşımına tabidir.⁴⁹¹ Kural bu olmakla birlikte TCK'nın 66/7'nci maddesine göre yurt dışında işlenen suçlar ve TCK'nın 94/6'ncı maddesine göre işkence suçu dava zamanaşımına tabi değildir.

Dava zamanaşımı süresi kural olarak suçun işlendiği tarihte işlemeye başlar.⁴⁹² Bu sürenin tayininde ise cezanın kanunda öngörülen üst sınırının dikkate alınması gerekir. Failin çocuk olması halinde ise zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında kanunda öngörülen oranlar dâhilinde indirim yapılması ve zamanaşımı sürelerinin buna göre hesaplanması icap etmektedir.⁴⁹³ Dava zamanaşımını durduran veya kesen sebepler TCK'nın 67'nci maddesinde öngörülmüştür. Durma halinde süre, bu duruma neden olan sebebin ortadan kalkmasından itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Kesinti halinde ise durmadan farklı olarak kanunda öngörülen süreler yeniden işlemeye başlar. Ancak bu halde uzama süresi kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin yarısından fazla olamaz.

İstismar suçunun nitelikli halinin on sekiz yaşını tamamlamış kimseler tarafından işlenmesi halinde dava zamanaşımı süresi 20 yıl olarak kabul edilmektedir. Ancak sürenin kesintiye uğraması sebebiyle yeniden işlemeye

⁴⁸⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1034.

⁴⁹⁰ Akbulut, a.g.e., s.954.

⁴⁹¹ İçel, a.g.e., s.796. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.714.

⁴⁹² Hakeri, a.g.e., s.722.

⁴⁹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1069. Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.715.

başlaması halinde uzama süresi en fazla 10 yıl olacağından dava zamanaşımı süresi toplamda 30 yılı geçemeyecektir. Suç teşkil eden fiil neticesinde mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi halinde ise dava zamanaşımı süresi 30 yıl; sürenin kesintiye uğraması sebebiyle yeniden işlemeye başlaması durumunda bu süre 45 yıl olacaktır. Failin çocuk olması halinde ise bu süreler üzerinden, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından $\frac{1}{2}$, on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ise $\frac{1}{3}$ oranında indirim yapılarak dava zamanaşımı süreleri tespit edilecektir.

B. Ceza Zamanaşımı

Kesin hükme bağlanmış bir cezanın bu tarihten itibaren kanunda öngörülen süre içerisinde infaz edilememesi durumunda ceza zamanaşımı gerçekleşmiş olacağından fail hakkında hükmedilen ceza infaz edilemeyecektir.⁴⁹⁴ Dava zamanaşımında olduğu gibi ceza zamanaşımı bakımından da TCK'nın İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında düzenlenen ve yurt dışında işlenmiş olmaları sebebiyle verilen ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya 10 yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı süreleri uygulanmayacaktır.

Ceza zamanaşımı süresi, fail hakkında kesinleşmiş somut ceza miktarına göre tayin edilir⁴⁹⁵ ve fail hakkında tesis edilen hükmün kesinleşmesiyle birlikte işlemeye başlar. Dava zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi ceza zamanaşımı süreleri bakımından da çocuk faillerin lehine olacak şekilde kanunda düzenleme yapılmış ve failin çocuk olması halinde sürelerde indirim yapılacağı öngörülmüştür. Dava zamanaşımından farklı olarak ceza zamanaşımı süreleri bakımından ceza kanununda durma sebepleri öngörülmemiştir. Ancak infaz kanunu gibi sair kanunlarda ceza zamanaşımı süresinin duracağını öngören açık hükümler bulunmaktadır.⁴⁹⁶ Bu bağlamda hükmün kesinleşmesiyle birlikte infaz için faile tebligat yapılması veya

⁴⁹⁴ Akbulut, a.g.e., s.992.

⁴⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.736.

⁴⁹⁶ Hakeri, a.g.e., s.729; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1074; Özgenç, a.g.e., s.964; İçel, a.g.e., s.810.

failin yakalanması yahut hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunan failin üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi halinde ceza zamanaşımı kesilmiş olacaktır.

V. MUHAKEME

A. Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi olmayan, ilgili makamların suçtan haber alması halinde soruşturma ve kovuşturmanın kamu adına re'sen yapılacağı bir suç tipidir. Bu suç tipinde soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından en problemli saha eylemin sübutunu belirlemek ve eylem gerçekleşmişse mağdurun suç teşkil eden fiile rızasının bulunup bulunmadığını tespit edebilmektir. Nitekim on beş ile on sekiz yaş aralığındaki çocuklar arasında gerçekleşen eylemlerin bir kısmı çiftlerin rızasıyla gerçekleşmesine rağmen çeşitli nedenler dolayısıyla bu durum yargı makamlarına cebir veya tehdit gibi sebepler neticesinde gerçekleşmiş gibi aksettirilmektedir. Failin fiilinin gerçek yansımaları ve suçun sübutunu tespit edebilmek için Yargıtay tarafından da benimsenen bazı kriterlerin nazara alınması zaruridir. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin mağdur tarafından kiminle ve ilk defa ne zaman paylaşıldığı, paylaşma anındaki mağdurun fiziksel ve ruhsal durumu, suç duyurusunun resmi makamlara nasıl ve suç teşkil eden fiilin icrasında ne kadar sonra intikal ettirildiği⁴⁹⁷, doktor raporları, varsa tanık beyanları, şüpheli ve mağdur beyanlarının

⁴⁹⁷ “...Dosya içeriğine göre cebir ve tehditle işlendiği kabul edilen eylemlere ilişkin mağdurenin müracaatı bulunmayıp, kardeşi... tarafından uzun bir süre sonra öğretmenlere durumun anlatılması suretiyle olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin soruşturma evresinde sanığın iki eyleminden bahsedip, sanığın babası Metin’in ise kendisine dokunmadığını söylemesine karşılık mahkemede sanığın çok sayıda eylemde bulunup, babasının da istismar ettiğine dair değişen ifadeler vermesi, beyanlarına diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği doktor raporunda belirtilen kardeşinin söyledikleriyle çelişen anlatımlarda bulunması, tanıkların görgüye dayalı bilgilerinin olmaması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında ilk derece mahkemesinin kabulünde yer alan sübuta ilişkin delillerin dosya içeriğiyle çelişmesi karşısında mahkumiyet hükmünün yerinde olmadığı...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/7500 E., 2019/8724 K. ve 03.04.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 04.02.2020)

istikrarlı olup olmadığı⁴⁹⁸, sperm örnekleri gibi bulgulara ilişkin kriminal raporlar, beyanın iftira⁴⁹⁹ niteliğinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için taraflar arasında husumet varsa bunun tespiti, tarafların ev veya iş yerinde yapılacak arama ve el koyma işlemi neticesinde elde edilen deliller, dijital ortamlarda ele geçirilen görüntü ve yazışmalar gibi hususların tamamının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Etkin bir soruşturmanın yürütülmesi bakımından soruşturmanın başlamasıyla birlikte mağdur beyanının mutlaka Cumhuriyet savcısı tarafından alınması iktiza etmektedir. Nitekim yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere olayın adli makamlara ilk intikal şekli önem arz etmektedir. Bu bağlamda Cumhuriyet savcısının mağdurun anlattığı olay örgüsünde, kelimeler üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan olduğu gibi mağdurun anlatım tarzı ve kelimeleriyle anlatılanları zapta derç etmesi icap etmektedir. Örneğin mağdur çocuk cinsel bölgesini çiş yeri olarak adlandırmışsa bu ifadenin aynen zapta geçirilmesi gerekir.

Soruşturma ve kovuşturma makamı tarafından yapılacak delil değerlendirmesinde öncelikle suç teşkil eden fiile ilişkin somut deliller ile tıbbi verilerin göz önünde bulundurulması iktiza etmektedir.⁵⁰⁰ Elde edilen materyallerin suç teşkil eden fiili ortaya koyma niteliği gün geçtikçe işlevini yitirdiğinden, delil

⁴⁹⁸ “...Olayın adli makamlara intikal şekli, mağdurelerin aşamalarındaki çelişkili beyanları, savunma ile tüm dosya kapsamından suç tarihinde sanıkların mağdurelerle birlikte diğer sanığa ait evde kalmak için onun evinin anahtarlarını aldıkları sabit olmasına rağmen sanığın, diğer sanıkların mağdurelerle cinsel ilişkiye gireceklerini bildiğine dair cezalandırılmasına her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi hatalıdır...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/7500 E., 2019/8724 K. ve 03.04.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 14.01.2020)

⁴⁹⁹ “...Mağdurenin kendisine sanık tarafından tecavüz edildikten sonra kanamasının başladığını kendisine hastanede iğne yapıldığını belirtmesine rağmen herhangi bir yardım talebinde bulunmaması, devlet hastanesinde düzenlenen raporda mağdurede herhangi bir darp ve cebir izine rastlanılmaması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanıkların mağdureye yönelik eylemlerini zorla yaptıkları hususunda cezalandırılmaların yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı halde...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/8372 E., 2018/2413 K. ve 03.04.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 04.02.2020)

⁵⁰⁰ “...Adli Tıp Kurumu İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığının 28.04.2017 tarihli raporuna göre mağdura ait rektal sürüntü örneğinde sanığa ait sperm hücresi, mağdura ait rektal ve anal sürüntü örneklerinde ise sanığın DNA'sı ile uyumlu DNA profili tespit edilmesi karşısında sanığın eyleminin nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve sanık ile mağdurun aşamalarındaki beyanlarında mağdurun sanığın yanında çırak olarak çalıştığını beyan etmeleri karşısında; sanık hakkında tayin edilen temel cezada TCK'nın 103/3 maddesi gereği artırım yapılması gerektiği gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten kurulan mahkûmiyet hükmünün...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/7439 E., 2019/292 K. ve 15.01.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 14.01.2020)

toplama işleminin suç teşkil eden fiilin icrasından itibaren en geç üç gün içerisinde icra edilmesi icap etmektedir.⁵⁰¹ Elde edilen, mağdur ile sanığa ait kıyafetlerde moleküler ve genetik inceleme, mağdura yönelik iç beden muayenesi yaptırılmalı, anüste veya vajinal muayenede hymende yırtılma tespit edilmesi söz konusu olursa bu yırtığın suç teşkil eden fiil neticesinde olup olmadığı veya hymenin yırtılmaksızın duhule müsait olup olmadığı gibi hususların ilgili Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınarak değerlendirilmesi ve bu raporun mağdur beyanı ile karşılaştırılması gerekmektedir.⁵⁰²

Suç teşkil eden fiilin tanığı söz konusu ise mutlaka bu kişinin beyanlarına başvurulması gerekmektedir. Ancak tanık, suç teşkil eden fiile ilişkin duyu organları ile doğrudan bilgi sahibi olan kimse⁵⁰³ olarak ifade edildiğinden, tanık beyanlarının varsayımlar üzerine inşa edilmemiş olması icap etmektedir.⁵⁰⁴ Bu halde yargılamaya müspet yönde katkı sağlamayacak tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmesi mümkündür. İstismar suçunun nitelikli hali, mahiyeti itibarıyla tanıkların doğrudan olaya vakıf olabileceği bir suç tipi değildir. Bu sebeple dinlenecek tanıkların hassas bir şekilde dikkatlice dinlenmesi ve yöneltilecek sorularla yalan tanıklık yapıp yapmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da failin tutuklanması meselesidir. Suçun tanzim edildiği TCK'nın 103'üncü maddesi, CMK'nın 100'üncü maddesinde yer alan katalog suçlar arasında öngörülmüştür. Ancak suçun, katalog suçlar arasında yer alması failin tutuklanmasına karine teşkil etmeyeceğinden tutuklama için kanunda öngörülen şartların aranması icap etmektedir. Bu hususta soruşturma evresi bakımından 7188 sayılı kanunla ile

⁵⁰¹ Akın Ün, a.g.e., s.87.

⁵⁰² "...Mağdurenin soruşturma aşamasında cinsel istismar eyleminin vajinal yoldan, kovuşturma aşamasında ise anal yoldan gerçekleştiği şeklindeki değişen beyanları, mağdure hakkında düzenlenen hymen seminüer yapıda açıklığı 0.5 cm olup eski ve yeni yırtığa rastlanmadığı, anal mukoza ve sfinkter tonusunun doğal olup livata bulgusunun olmadığı yönündeki adli rapor içeriği, olay zamanı ile intikal zamanı arasındaki süre, sanık savunmaları, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamına göre sanığın atılı suçu işlediğine dair şüpheden uzak ve mahkumiyete yetecek delil bulunmadığı ve beraatine karar verilmesi yerine..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/8204 E., 2018/4560 K. ve 25.06.2018 T.) www.kazanci.com (E.T.: 04.02.2020)

⁵⁰³ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.509.

⁵⁰⁴ Ahmet Gökçen- Murat Balcı- M. Emin Alşahin- Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s.283.

düzenlen süreler ile kovuşturma evresi bakımından öngörülen sürelerin göz önünde bulundurulması gerekir.

Tutuklama koruma tedbiri, özellikle cinsel suçlar bakımından çok titiz bir inceleme neticesinde tatbik edilmesi gereken bir tedbirdir. Bu bağlamda gerek şüphelinin sevkini isteyecek Cumhuriyet savcısının gerekse de sorguyu yapacak Sulh Ceza Hâkiminin mağdurun soyut beyanlarının somut delillerle desteklenip desteklenmediğini inceleyerek bir kanaate ulaşması gerekir. Mağdur beyanlarının kesinlikle itibar edilemez nitelikte olduğu veya salt doğru olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunmadan⁵⁰⁵, somut olaya göre yapılacak değerlendirmeler neticesinde, mağdurun soyut beyanının itibar edilebilir nitelikte olması ve somut olay bakımından tutuklama için öngörülen şartların da gerçekleşmesi halinde tutuklama kararı verilmesi icap etmektedir. Aksi halde suçu işlememiş kimse aleyhine tesis edilen salt bir tutuklama kararı, bu kişinin ömrü boyunca suç lekesi ile yaşamasını sonuçlayacaktır.

B. Mağdura Tanınan Haklar

Mağdur hakları, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 234'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki katılan için de, mağdur için öngörülen haklara paralel bir düzenleme söz konusudur.⁵⁰⁶ Buna göre kamu davasında kendisini vekil ile temsil ettirmeyen mağdura, cinsel suçlar ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda mağdurun istemine binaen kendisine vekil tayin edilmesi icap etmektedir. Buna karşılık mağdur on sekiz yaşını tamamlamamışsa yahut sağır veya dilsizse ya da meramını anlatamayacak derecede malûl ise talep aranmaksızın mağdura vekil tayin edilmesi zaruridir.

Mağdurun dinlenilmesini düzenleyen CMK'nın 236/2 maddesine göre, işlenen suç neticesinde psikolojisi bozulan mağdur, suça ilişkin soruşturma veya

⁵⁰⁵ **Yeldan/Taneri**, Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, s.117.

⁵⁰⁶ **Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2019, s.168.

kovuşturma evresinde tanık olarak bir defa dinlenilebilir.⁵⁰⁷ Düzenleme bu şekilde olmakla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından zaruri bir durum söz konusu ise mağdurun birden fazla kez dinlenebilmesi mümkündür.⁵⁰⁸ Özellikle yargılama sırasında sonradan ortaya çıkan delille ilgili mağdurun beyanına başvurulması ihtiyacının hâsıl olduğu bir durumda, zarurilik arz eden bir durumun varlığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda meydana gelebilecek zaruri haller bakımından etkin bir yargılamanın varlığı için mağdurun tekrar dinlenilmesinden kaçınılmaması iktiza etmektedir.

CMK'nın 236/3'üncü maddesine göre mağdurun beyanlarının alınması anında mağdura destek olması bakımından psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerekir. Nitekim bu suçun mağdurları kendilerine yönelik fiili kendisinin veya ailesinin tehlikeye düşeceğinden korkmaları, etrafındakilerin kendisine inanmaması endişesi, istismarcıyı herhangi bir sebepten dolayı koruma içgüdüsü, maruz kaldığı fiilin yanlış olduğunu bilmiyor olmaları, utanmaları veya yaşadıkları olayı nasıl anlatacaklarını bilmemeleri sebebiyle karşılaştıkları durumu ilgili kişi veya mercilere anlatmakta zorluk çekmektedir.⁵⁰⁹ B

⁵⁰⁷ "...Mağdurenin soruşturma beyanı, sosyal çalışmacı tarafından düzenlenen görüşme raporu ve tanık ...'nin anlatımlarıyla yeterince aydınlanmış bulunması, CMK'nın 236/2. Maddesi uyarınca mağdurun zorunluluk arz eden haller dışında bir defa dinlenebileceği hükmü ve tüm dosya içeriğinden sanı ...'ın, üvey babasının kendisini istememesi sebebiyle yetiştirme yurduna yerleştirilen ve akabinde dokuz yaşında iken koruyucu ailelik kapsamında kendi ve eşiyle birlikte yaşamaya başlayan mağdureye yönelik zincirleme şekilde cinsel istismar eylemlerini "cinsel ilişkiyi anlatması durumunda başkalarıyla cinsel ilişkiye girerek hamile kaldığını söyleyip adını kötüye çıkaracağı" şeklinde sözlerle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, tarafların yaşları ve dosya kapsamındaki konumları da nazara alınarak sanık hakkında TCK'nın 103/4 maddesinin uygulanmasında isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma isteyen düşüncelere iştirak edilmemiştir ..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/184 E., 2016/3496 K. ve 08.04.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 30.01.2020)

⁵⁰⁸ "...Dosya içeriğine göre, Cumhuriyet Savcısının 29.12.2015 tarihli celsede esas hakkında mütalaada bulunması üzerine sanık müdafî tarafından beyanda bulunmak üzere süre istenip ayrıca mağdure ile müştekilerin yeniden dinlenilmesinin talep edildiği, mahkemece sanık müdafî istediği süre verilip yeniden mağdure ile müştekilerin dinlenmesine karar verildiği, bir sonraki celsede ise sanık müdafî mütalaaya ilişkin yazılı savunmasını ibraz ettiği anlaşıldığından, ayrıca 5271 sayılı CMK'nın 236/3. maddesi gereğince psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman kişilerden herhangi birinin duruşmada hazır bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırı ise de, bu hükmün kanunun mağdurenin haklarına ilişkin bölümünde düzenlenmiş olması, suça ilişkin eylemlerin mağdurenin anlatımıyla birlikte yeterince aydınlanmış bulunması ve mağdurenin psikolog huzurunda istinabe yoluyla ifadesinin alınması karşısında, CMK'nın 236/2. maddesi uyarınca mağdurun zorunluluk arz eden haller dışında bir defa dinlenebileceği hükmü de dikkate alındığında anılan eksikliğin telafisi mümkün olmadığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/6407 E., 2016/7306 K. ve 25.10.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 30.01.2020)

⁵⁰⁹ Gören, a.g.e., s.671.

bağlamda uzman kişi, beyanda bulunan mağduru rahatlatarak bu sürecin kolaylaşmasını sağlayacaktır. Örneğin yaşadıklarını sözlü olarak anlatmak istemeyen mağdurun maruz kaldığı suçu resmederek veya yazarak anlatması uzmanlar aracılığı ile sağlanacak bir durumdur.

Uzman kişi, ifade alma işlemi tamamlandıktan sonra mağdur çocuğa yönelik izlenimlerini, mağdur çocuğun beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği gibi hususlardaki kanaatini tutanağa bağlar. İfade alma sırasında uzman kişinin bulundurulması yargılamanın seyrini etkileyeceğinden mağdur çocuğun ifadesi alınırken uzman kişinin bulundurulmamış olması Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak dosyanın Yargıtay tarafından incelendiği tarihte mağdur on sekiz yaşını tamamlamışsa bu durum telafisi muhtemel görülmediğinden bozma sebebi yapılmamaktadır.⁵¹⁰

Mağdurunun çocuk olduğu yargılamalarda duruşmaların açık mı yoksa kapalı mı yapılacağına dair CMK da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada ise cinsel suçlar bakımından bu durum genel ahlakın gerekli kıldığı zaruret hali olarak öngörülmekte ve CMK'nın 182/2 maddesi uyarınca duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilmektedir. Nitekim istismar suçunun mağdurunun, duruşmanın açık yapılması halinde ya da anne ve babasının nezaretinde kendisini rahat hissedemeyeceği ve yaşadıklarını rahatça ifade edemeyeceği kabul edilmektedir.⁵¹¹ Bu bağlamda duruşmanın kapalı icra edilmesi halinde ise mağdur, suç teşkil eden vakıa ile ilgili daha rahatça beyanda bulunabilecek ve yargılama makamının işini kolaylaştırmış olacaktır.⁵¹² Benzer şekilde mağdurun aynı zamanda olayın tanığı olması hasebiyle, mağdurun dinlenmesi sırasında CMK'nın 200'üncü maddesine binaen sanığın duruşma salonundan çıkarılabilmesi mümkündür. Ancak mağdurun

⁵¹⁰ **Artuç**, a.g.e., s.597; Benzer yönde içtihat için Bkz. "...Duruşma tarihi itibarıyla on sekiz yaşından küçük olan katılan ...'nin beyanı alınırken, CMK'nın 52/3-a maddesine aykırı olarak sesli ve görüntülü kayıt yapılmamış ve dinlenilmesi sırasında CMK'nın 236/3. Maddesindeki emredici hükme aykırı olarak psikiyatri, tıp veya eğitimci uzman bir kişi bulundurulmamış ise de inceleme tarihi itibarıyla katılanın on sekiz yaşını doldurmuş olması karşısında telafisi mümkün olmadığından bu husus bozma nedeni yapılmamıştır..." (Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2014/49185 E., 2019/5216 K. ve 26.03.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 30.01.2020)

⁵¹¹ **Taneri**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları, s.921.

⁵¹² **Memiş Kartal**, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, s.240.

beyanları sona erdikten sonra sanığın duruşma salonuna alınarak, yokluğunda verilen ifade içeriğinin sanığa anlatılması iktiza etmektedir.

Hukuk camiasında “Yargı Reformu” olarak tabir edilen ve TBMM tarafından 17.10.2019 tarihinde kabul edilerek 24.10.2019 tarihli 30928 sayılı Resmi Gazete ’de yayınlanan 7188 Sayılı kanun ile mağdur çocuğun dinlenilmesine yönelik birtakım değişik usuller getirilmiştir. Bu bağlamda CMK’nın 236/5 fıkrasına göre mağdur çocuğun soruşturma evresinde beyanları alınmış ise, kovuşturma evresinde ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için çocuğun beyanının alınması veya başka bir işlem yapılması hususunda zarurilik arz eden bir durum söz konusu ise uzmanlar aracılığı ile tekrar mağdurun beyanına başvurulabileceği düzenlenmiştir. 7188 sayılı kanun ile ihdas edilen bu hükümde, aynı kanun maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak mağdur çocuğun psikolojisinin bozulmuş olma neticesi aranmamıştır. Burada ikinci fıkradan farklı olarak mağdur çocuğun soruşturma evresinde bir kere dinlenmiş olması yeterli kabul edilmektedir.

Yine 7188 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde, istismar mağduru çocuğun kayda alınan görüntülü ifadesinin şüpheli veya sanık tarafından edinilebilmesini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak yapılan değişiklikte mağdur çocuğun kayda alınan görüntülü ifadesinin yazılı tutanağa aktarılması ve görüntülerin gizliliğinin dava dosyasında muhafaza edilmesi öngörüldüğünden, tarafların mağdur beyanlarını içeren görüntüyü edinebilmeleri söz konusu olamayacaktır. Bu bağlamda yargılamanın tarafları ve özellikle şüpheli, sanık veya müdafileri görüntü kayıtlarını uhdelerinde bulunduramayacak ancak yargılamanın bulunduğu evreye göre yetkili makamın (soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme) takdirinde ve gözetiminde mağdur beyanlarını izleyebilecektir. Ancak CMK’nın 236/8’inci maddesine göre, talep halinde görüntü kayıtlarının tutanağa geçirilmiş yazılı halinin taraflara verilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda 7188 sayılı kanun ile CMK’nın 236’ncı maddesinde yapılan değişikliklerin mağdura tanınan hakların sınırlarını genişlettiğini söyleyebilmemiz mümkündür.

Bu başlık altında incelenmesi gereken son husus 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 20/2 maddesinde öngörülen düzenlemedir. Nitekim burada tartışılması gereken mesele kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemenin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığını davadan haberdar etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesidir. Düzenleme uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik şiddet sebebi ile açılan kamu davasına katılma hakkı bulunduğundan uygulamada ilk derece mahkemesince bakanlığa bildirimde bulunulmaktaydı. Yargılama sona ermiş ve hükümden önce bakanlığa herhangi bir bildirimde bulunulmamışsa gerekçeli kararın bakanlığa tebliğ edilmesi yeterli görülmekte idi.⁵¹³ Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 2019/6 E, 2019/7 K. ve 13.12.2019 tarihli kararında⁵¹⁴; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına sadece katılma hakkının verildiğini, kanun koyucunun katılma hakkına yer verdiği özel kanunlarla, ilgili kurum ve kuruluşların kamu davasından haberdar edilmesini ayrıca düzenlendiğini, örneğin Sermaye Piyasası Kurulunun davaya katılma hakkının bulunduğu 6382 sayılı kanunun 115/2 fıkrasına göre kamu davası açılması halinde iddianamenin bir örneğinin ilgili kuruma veya

⁵¹³ “...Bu itibarla, uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacıyla uygun olarak CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrası ve 6284 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, sanık hakkında açılan kamu davasına katılma hakkı bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesi zorunluluğunun bulunduğu, bu zorunluluğun hüküm verilinceye kadar yerine getirilmemesi durumunda ise CMK'nın 35 ve 260. maddeleri uyarınca kanun yollarına başvurma hakkı bulunan anılan Bakanlığa gerekçeli kararın tebliğ edilmesi gerektiği...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/14-847 E., 2019/3 K. ve 15.01.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.:20.01.2020)

⁵¹⁴ “...kanun koyucu 6284 sayılı kanunda olduğu gibi bir kısım kanunlarda katılma hususunu özel olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda 3628 sayılı kanunda Maliye Bakanlığının katılma hakkının bulunduğu hükmedilirken kanunun 18.maddesinin ikinci fıkrasında kamu davasının ihbarının Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirileceği düzenlemesinin getirildiği, 5608 sayılı kanunda gümrük idaresinin katılma hakkında yer verilirken kanunun 18.maddesinde açılacak davalarda mahkemenin iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine göndermesi gerektiği düzenlenmiştir. Keza 6382 sayılı kanunda Sermaye Piyasası Kurulunun katılma hakkı bulunduğu belirtilirken kanunun 115/2 fıkrasına göre kamu davası açılması halinde iddianamenin bir örneğinin ilgisine göre kuruma veya fona tebliği edileceği düzenlenmiştir...Görüldüğü üzere kanun koyucu katılma hakkına yer verdiği özel kanunlarla ilgili kurum ve kuruluşların kamu davasından haberdar edilmesini ayrıca düzenlemiştir. O halde 6284 sayılı kanunda bakanlığın kamu davasından haberdar edilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak getirilmeyen ihbar mükellefiyetinin içtihat yoluyla zorunlu tutulması kanun koyucunun iradesine aykırılık oluşturacağı gibi kanunda yer almayan bir zorunluluğun mahkemelere yükletilmesi sonucunu doğuracaktır...6284 sayılı kanunun 20/2 maddesi uyarınca bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında kovuşturma evresinde mahkemesince, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir.”

fona tebliğ edileceğinin düzenlendiğini belirtmiş ve 6284 sayılı kanunda ilk derece mahkemesine böyle bir mükellefiyetin yüklenmemiş olması hasebiyle Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına hükmederek bu husustaki tartışmayı sonuçlandırmıştır.

C. Görevli Mahkeme

Ceza hukuku yargılamasında hâkimin hangi suçlarla ilgili yargılama yapacağını tasnif eden düzenlemeler görev kaideleri olarak isimlendirilmektedir.⁵¹⁵ Kovuşturma evresinde yargılamanın görevli mahkeme tarafından yapılması gerekmektedir. Bu sebeple mahkemelerin görev alanını tespit edebilmek için 25606 Sayılı Resmi Gazete ile 07.10.2004 tarihinde yayımlanan 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ihdas edilmiştir. Kanunda hangi suçla ilgili hangi mahkemenin yargılama yapacağı açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla failin işlediği suça bağlı olarak yargılama yapacak mahkeme başkalık arz etmektedir.⁵¹⁶

5235 sayılı kanunun 12'nci maddesine göre on yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarla ilgili yargılama yapma görevi Ağır Ceza Mahkemelerine aittir. Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin tanzim edildiği TCK'nın 103/2 maddesine göre, suçun işlenmesi halinde faile verilecek ceza on altı yıldan az olamayacaktır. Bu bağlamda işlendiği iddia edilen cinsel istismar suçunun nitelikli haliyle ilgili maddi gerçeği bulmaya yönelik yargılama yapacak görevli mahkeme, suçun işlendiği yer Ağır Ceza Mahkemesidir.

Failliğe ilişkin değerlendirmelerimizde suça ilişkin özellik arz eden bir durum söz konusu olmadığından suçun failinin çocuk olabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla istismar suçunun failinin çocuk olması halinde görevli mahkemenin 5235 sayılı kanuna göre değil, 5395 sayılı ÇKK'nın 26'ncı maddesine belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda nitelikli cinsel istismar fiilinin ağır ceza

⁵¹⁵ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, a.g.e., s.167.

⁵¹⁶ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.247.

mahkemesinin görev alanına giren bir suç olması hasebiyle failin çocuk olması durumunda yargılamayı yapmaya görevli mahkeme çocuk ağır ceza mahkemesi olacaktır. Çocuk ağır ceza mahkemelerinde sanığın on sekiz yaşından küçük olması dolayısıyla duruşmaların kapalı olarak yapılması zaruridir.

D. Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)

Türkiye, kendisi için 01.04.2012 tarihinden itibaren bağlayıcı olan Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 35'inci maddesine uygun olarak⁵¹⁷, 28431 sayılı ve 04.10.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2012/20 sayılı Başbakanlık genelgesi ile Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)'ni ihdas edilmiştir. On sekiz yaşını tamamlamamış cinsel istismar mağduru çocukların tekrar tekrar yıpranmasının önüne geçebilmek maksadıyla Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanelerin çatısı altında teşekkül eden, ilgili kurumların eş zamanlı çalışabileceği, hastanenin diğer bölümlerinden farkı bulunmayan fiziksel özelliklerde, bütün adli ve tıbbi işlemlerin aynı yerden yapılmasına olanak sağlayan yerlere Çocuk İzleme Merkezi adı verilir.⁵¹⁸

Çocuk İzlem Merkezleri kurulmadan önce istismar mağduru çocuk adli/tıbbi muayene için kendisine veya olay yerine en yakın hastaneye götürüldüğünde sıklıkla bu hususta yetkinliği bulunmayan bir hekim tarafından muayene edilmekte ve önce bu hekime başından geçenleri anlatmakta, akabinde ise yönlendirildiği her birimde başından geçenleri tekrar tekrar anlatarak fiilen bir kez yaşadığı istismar fiilini duygusal anlamda birden fazla kez yaşaması söz konusu olmakta idi.⁵¹⁹ ÇİM'lerin hastaneler içerisinde teşekkül etmesiyle birlikte, adli ve tıbbi muayene ile mağdurun beyanlarının alınması işlemlerin tamamı aynı yerde icra edilerek mağdur çocukların birden fazla yerde farklı işlemlere tabi tutulması, gizliliğin sağlanamaması ve mağdurların yaşadıkları travmanın artmasının önüne geçilmesi sağlanmış olmaktadır.

⁵¹⁷ Akın Ün, a.g.e., s.143.

⁵¹⁸ <https://yenimahalleah.saglik.gov.tr/TR,157695/cocuk-izlem-merkezi.html> (E.T.: 14.01.2020)

⁵¹⁹ Aydemir/Yurtkulu, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi", s.155.

Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü Sağlık Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından, 27.11.2019 tarihinde resmi internet sitelerinde yapılan paylaşıma göre 42 ilde toplam 45 ÇİM bulunmaktadır.⁵²⁰ ÇİM’lerin işleyişine göre mağdurun sağlık gereksinimleri merkezin içerisinde teşekkül ettiği hastaneler, diğer ihtiyaçları ise Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yerine getirilmektedir.⁵²¹ Koordinasyonu Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilen ÇİM, sadece soruşturma evresi ile sınırlı olmak üzere cinsel istismar suçu mağdurlarına hizmet vermektedir. Bu bağlamda ÇİM, adli ve tıbbi muayenede bulunma ile sosyal destek ve aile danışmanlığı işlevlerini yerine getirmektedir. Böylece suç mağduru çocukların suç şüphelisi olmayan aile bireylerine danışmanlık hizmeti verilmekte⁵²², mağdurun rehabilitesi gerçekleştirilmekte ve uzmanlar eşliğinde ilgililere ifade vermesi sağlanmaktadır.⁵²³

Mağdurun muayenesi sırasında içerde, muayeneyi gerçekleştirecek doktor dışında mağdurun kendisini rahat hissedebilmesi için aile bireylerinden birinin bulundurulması ve yapılacak genel bir kontrolün ardından mağdurun cinsel bölgesinin (vajina veya anüs) muayene edilmesi iktiza etmektedir.⁵²⁴ Tabi bu hususta yapılacak iç veya dış beden muayenesi bakımından CMK’da öngörülen usuller uyarınca izin veya kararın alınmış olması icap eder.

ÇİM’in işleyişine göre ifade sırasında mağdurun kendini rahat hissetmesi ve bildiklerini korkmadan anlatabilmesi için Cumhuriyet savcısı, mağdur vekili ile diğer ilgililer aynalı odada bulunur; böylece mağdur sadece kendisi ile aynı odada bulunan uzman ile muhatap olmuş olur.⁵²⁵ Cumhuriyet savcısı sorularını uzmanlar aracılığı ile mağdura yönlendirir. 7188 sayılı kanun ile CMK’nın 236’ncı maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, mağdurun beyanı sırasında alınan ses ve görüntü kayıtları tutanağa

⁵²⁰ <https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html> (E.T.: 16.01.2020)

⁵²¹ **Taneri**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.343.

⁵²² **Taneri**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları, s.926.

⁵²³ **Tuğba Türk**, Cinsel İstismar Mağduru Çocuk ile Yapılan Adli Görüşmelerin Adli Görüşme Teknikleri Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s.24.

⁵²⁴ **Celbiş/Özdemir/Kaya**, “Cinsel Saldırıya Uğramış Çocuğun Muayenesi”, s.106.

⁵²⁵ **Türk**, a.g.e., s.27.

geçirilmekte ve talep halinde sadece bu tutanak yargılamanın taraflarına verilmektedir. Bu bağlamda değişiklikle birlikte artık görüntü kayıtları yargılamanın taraflarına verilmediğinden ancak ilgili makamın nezaretinde izlenmesi sağlanmaktadır.

E. Adli Görüşme Odaları (AGO)

Adliye içerisinde yer alan özel ortamlarda ifade ve beyanlarının alınması gerektiği veya fail ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu tespit edilen öncelikli olarak mağdur, tanık ve suça sürüklenen çocukların, cinsel suç ve aile içi şiddet suçu mağdurlarının ifade ve beyan alma işlemlerinin gerçekleştiği odalara adli görüşme odası denir. AGO'ların temeli, Adalet Bakanlığı tarafından 2012 ile 2014 yılları arasında gerçekleştirilen “Çocuklar için Adalet” projesi kapsamında atılmıştır. Adli görüşme odaları çocuk izleme merkezlerinden farklı olarak sadece cinsel istismar mağduru çocuklara yönelik değil, bir şekilde adli sistem içerisine dâhil olan tüm kırılgan gruplara hizmet vermektedir.

AGO'dan beklenen gaye mağdurun kendisini rahat hissedebileceği ve korkmadan ifade verebileceği şekilde beyanda bulunmasını sağlamaktır. Bu bağlamda ifade sırasında mağdur ile birlikte odada uzman bir kişi bulundurulur ve mağdur yalnızca bu kişi ile muhatap olur. Ayrıca beklenen gayeye ulaşabilmek için odalarının büyük olmasına, renkli şekilde dizayn edilmesine ve mağdur çocuğun vakit geçirmesini kolaylaştırmak için odada oyuncak bulundurulmasına gayret gösterilmektedir.⁵²⁶

Teknolojik imkânlarla sahip AGO'larda istismarı suçu mağdurlarının Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla ifadeleri alınmakta ve fail ile yüz yüze gelmeleri engellenmektedir. Kovuşturma evresinde hâkim, sanık müdafî veya katılan vekili AGO'ya SEGBİS marifetiyle bağlanarak mağdurun beyanlarını dinler. Kanunda soru yöneltebileceği belirtilen kişiler tarafından mağdura sorulacak sorular ancak uzman kişi aracılığıyla sorulabilmektedir. Nitekim mağdurun psikolojisinin

⁵²⁶ Türk, a.g.e., s.38.

zarar görmesini engellemek adına kulaklık yalnızca uzman kişide bulunmaktadır. Bu bağlamda uzman kişi, sorulan soruyu mağdura onun yaşına uygun şekilde anlatarak soruyu cevaplamasında yardımcı olur. Böylece suç mağdurunun sanıkla aynı ortamda karşı karşıya gelmesi engellenmekte ve hâkimle birebir diyalog yaşamadan bu süreci en az hasarla atlatması sağlanmaktadır.

VI. YAPTIRIM

A. Genel Olarak

Toplumu oluşturan bireyler, ceza kanunlarında öngörülen mükellefiyetlere uymamaları halinde bazı yaptırımlara tabi olurlar.⁵²⁷ Ceza hukuku sistemimizde bu yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri olarak öngörülmüş ve TCK'nın 45 - 75'inci maddeleri arasında tanzim edilmiştir. Kanunda öngörülen, failin suç teşkil eden fiiline karşılık gelen, hak mahrumiyetlerini haiz olan ve yalnızca devlet tarafından fail aleyhine tatbik edilebilecek yaptırımlar ceza olarak tanımlanmaktadır.⁵²⁸ Bir yaptırım türü olan cezanın, hakkında hükmedilen failin iyileşmesi ve doğru yola girmesini sağladığı kabul edilmektedir.⁵²⁹ Temelinde korkutuculuk fonksiyonu yer alan cezaların, toplumun geneli bakımından suç işlenmesinin önüne geçmesi ve failin hakkında tatbik edilen ceza neticesinde durulmasını sağlayarak sosyalleşmesini amaçladığı ifade edilmektedir.⁵³⁰

Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin 2015/26 E., 2015/100 K. ve 12.11.2015 T. iptal kararından⁵³¹ önce cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin karşılığı olan ceza

⁵²⁷ Özgenç, a.g.e., s.709.

⁵²⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.559

⁵²⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.824

⁵³⁰ İçel, a.g.e., s.659.

⁵³¹ "...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 bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve azı durumlarda somut olayın özellikleri ile bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu

miktarının on altı yıldan az olamayacağı öngörülmüştü. AYM, bahsi geçen kararında her ne kadar kanunda öngörülen ceza miktarının orantısız olduğunu belirtmiş ise de kanun koyucu, kanunda öngörülen cezanın niceliğine dair fail lehine müspet bir değişiklik yapmamıştır.⁵³² Nitekim iptal kararını takiben 2016 yılında ihdas edilen 6763 sayılı kanun ile bu suçun düzenlendiği TCK'nın 103/2'nci maddesi yeniden tanzim edilmiş ve bu suçun işlenmesi halinde verilecek cezanın on altı yıldan az olamayacağı, suçun on iki yaşından küçüklere karşı işlenmesi halinde ise cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı ifade edilmiştir.

Suçun nitelikli haline teşebbüsün varlığı halinde fail hakkında tesis edilecek mahkûmiyet hükmünün, istismar suçunun tamamlanmış basit hali için öngörülen aşağı miktarından fazla olması icap etmektedir.⁵³³ Nitekim Yargıtay'ın müstekar içtihatlarında da somut olay adaletinin sağlanması bakımından bu hususa dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵³⁴

Fail hakkında hükmedilecek ceza miktarı dikkate alındığında değerlendirilmesi gereken bir husus da bu suçun istinabe yasağına tabi olduğudur. Bu bağlamda istismar suçunun nitelikli hali için öngörülen ceza miktarının alt sınırı beş yılın üzerinde hapis cezası gerektirdiğinden CMK'nın 196/2 maddesi uyarınca failin istinabe, yani uygulamadaki adı ile talimat yolu ile savunması alınamayacaktır. Fail hakkında hükmedilmesi olası ceza miktarının istinabe sınırının üzerinde olması dolayısıyla failin kendisini ifade edebilmesi bakımından mutlaka mahkeme heyeti tarafından dinlenmesi icap etmektedir. Aksi halde savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilmektedir.⁵³⁵

nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu hali ile ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”

⁵³² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.373.

⁵³³ **Kurt**, a.g.e., s.140. Aynı yönde görüş için bkz. **Arslantürk**, a.g.e., s.322.

⁵³⁴ “...Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs eylemlerinin, geçitli suç kuralı gereğince basit cinsel istismarı suçunu da kapsadığı, verilecek cezanın hakkaniyet gereği çocuğun basit cinsel istismarı için öngörülen asgari cezadan az olamayacağı...” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/1063 E., 2016/3680 K. ve 13.04.2016 T.) www.kazanci.com (E.T.: 19.01.2020)

⁵³⁵ “...Sanık hakkında iddianamede düzenlenen sevk maddeleri arasında 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 87/1-d, son maddeleri gösterilmediği anlaşılmakla, 5271 sayılı CMK'nın 196/2 maddesine göre alt sınırı beş yıldan az olmayan cezayı gerektiren 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 86/3-e, 87/1-d, son maddelerinde düzenlenen suçta yargılanan sanığın istinabe yoluyla dinlenemeyeceği, mutlaka duruşmaya çağırılıp dinlenmesi gerektiği düşünülmeyen, yazılı şekilde istinabe yoluyla elde edilen ek

Fail hakkında hükmedilen hapis cezasına paralel olarak TCK'nın 53'üncü maddesinde öngörülen hak yoksunluğu hükümlerinin tatbik edilmesi gerekir. Özellikle bu hususta dikkat edilmesi gereken mesele, suçun TCK'nın 53/1-a maddesinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi durumudur. Bu halde aynı kanunun 53/5'inci fıkrası uyarınca fail hakkında hükmün infazından sonra da devam edecek şekilde, hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar belirlenecek süreyle sınırlı olarak fail aleyhine hak yoksunluğuna hükmedilmesi icap etmektedir. Örneğin istismar suçunun mağdurun babası tarafından işlenmesi halinde, baba hakkında hükmedilen hapis cezası infaz edildikten sonra da hâkim tarafından öngörülen süreyle bağlı olarak velayet hakkının kullanılmasının yasaklanması söz konusu olacaktır.⁵³⁶

B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

Failin suç teşkil eden fiili ceza kanununda öngörülen hangi suça vücut vermişse fail hakkında bu suç için öngörülen hapis veya adli para cezasının tatbik edilmesi iktiza etmektedir. Ancak ceza kanunları genel ve soyut nitelikteki hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla kanunu ihlal eden herkes hakkında uygulanmak üzere tanzim edilen bu kuralların, suç teşkil eden fiili icra eden fail hakkında kanunda öngörülen birtakım kriterlerin gözetilerek tatbik edilmesi icap etmektedir. Bu bağlamda kanunda öngörülen cezaların belirli kurallar dâhilinde somutlaştırılarak failin şahsına ve fiiline uygulanabilir hale getirilmesine cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi adı verilir.⁵³⁷

savunma ile yetinilip hüküm kurulması..." (Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2019/13826 E., 2019/17208 K. ve 30.09.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 17.01.2020)

⁵³⁶ "...Saniğin eylemini öz kızına karşı velayet hakkını kötüye kullanarak gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53/5. Maddesi gereğince cezasının infazından sonra başlamak üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar velayet hakkının kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2018/10239 E., 2019/8919 K. ve 08.04.2019 T.) www.kazanci.com (E.T.: 30.01.2020)

⁵³⁷ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.670.

Kanunda sabit bir cezanın öngörüldüğü suçlarda hâkimin takdir marjı bulunmadığından doğrudan kanunda öngörülen cezanın tatbik edilmesi gerekir.⁵³⁸ Dolayısıyla TCK'nın 61'inci maddesi, mevzuatta sınırları tayin edilmiş suçlar bakımından, cezanın somutlaştırılması hâkimin takdirine bırakıldığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır.⁵³⁹ Bu halde hâkim, soyut cezayı somut olaya tatbik ederken TCK'nın 61'inci maddesinde öngörülen kriterleri dikkate alacak ve gerekçesini de belirtmek şartıyla TCK'nın 3'üncü maddesine göre failin fiili ile orantılı hapis veya adli para cezasına ya da her ikisine birlikte hükmedecektir. Konumuzla bağlantılı olarak hapis üzerinde durulacağından adli para cezalarının belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususuna değinilmeyecektir.

İstismar suçunun nitelikli hali bakımından fail hakkında hüküm kurulabilmesi için öncelikle TCK'nın 61/1'inci maddesinde öngörülen yedi kriterin dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi icap etmektedir. Temel cezanın teşdit uygulanmadığı müddetçe mağdur on iki yaşından küçük olması halinde on iki yıl, on iki ile on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurlar bakımından ise on altı yıl üzerinden tayin edilmesi gerekir. TCK'nın 61/1 maddesinde öngörülen kriterlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilmesi için bu kriterlerin, yargılama konusu suçun nitelikli hali yahut suçun unsuru şeklinde tanzim edilmemesi icap eder.⁵⁴⁰ Örneğin istismar suçu bakımından TCK'nın 61'inci maddesine göre temel ceza belirlenirken suçun işlenişinde kullanılan araçlar kriterinin, aynı kanunun 103/1-b bendinde yer alan çocuklara karşı suçun silahla işlenmesi hususu nitelikli hal olarak tanzim edildiğinden bu kriterin temel cezanın tayininde dikkate alınmaması icap etmektedir. Fail hakkında temel ceza belirlendikten sonra suç olası kast ile işlenmişse tayin edilen ceza miktarından indirim, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu ise ceza miktarında artırım (aynı suçta birden fazla nitelikli halin bulunması halinde bu husus temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirecektir.) yapıldıktan sonra sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, yaş

⁵³⁸ **Özgenç**, a.g.e., s.919. Aynı yönde görüş için bkz. **Akbulut**, a.g.e., s.926; **Özen**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s.852.

⁵³⁹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.933. Aynı yönde görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, a.g.e., s.576; **Birtek**, a.g.e., s.466.

⁵⁴⁰ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.660.

küçüklüğü, akıl hastalığı ve TCK'nın 62'nci maddesinde öngörülen takdiri indirim nedenlerinin uygulanarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekir.



SONUÇ

Çalışmamızda TCK'nın 103/2'nci maddesinde öngörülen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin suç sistematığıne uygun olarak tahlil edilmesine ve bu husustaki tartışmalı meselelere temas etmeye gayret gösterilmiştir. Suç, yapısı itibariyle birçok tartışmayı beraberinde getiren ve bu hususta gerek hukukçular gerekse de tıp veya psikoloji gibi farklı bilim dalları ile ilgilenenler açısından da farklı şekillerde ele alınmıştır. Dolayısıyla konumuzu ilgilendiren hususlarla sınırlı olmak üzere hukuk dışı alanlarda yapılan bu çalışmalardan da yararlanmaya gayret gösterilmiştir.

5237 sayılı TCK formülasyonunda suç teşkil eden fiilin, fail tarafından organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde tanzim edilmiş olması bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda suç teşkil eden fiil ile ilgili üzerinde durulması gereken ilk husus TCK'nın 103/2'nci maddesinde öngörülen bu hükmün ayrı bir suç olarak ifade edilmesi gerektiğinin belirtilmiş olmasıdır. Çalışmamızda da yer verdiğimiz üzere bu hüküm, öğretide ifade edilenin aksine kanun koyucunun bilinçli iradesiyle nitelikli hal olarak tanzim edilmiştir. Nitekim kanun koyucu iradesini, eski kanun sistematığından farklı olarak aynı suça vücut veren farklı fiilleri tek bir suç tipi altında toplamaktan yana kullanmıştır. Bu bağlamda ifade etmek isteriz ki TCK'nın 103/2'nci maddesinde öngörülen organ veya sair cisim sokulması ifadesiyle birlikte, 765 sayılı eTCK'dan farklı olarak suçun kadın veya erkek ayrımı yapılmaksızın herkes tarafından işlenebileceği de kabul edilmiştir. Nitekim sair cisim kavramına yer verilmek suretiyle fiilin kadınlar tarafından icra edilebilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Konumuz bakımından suç teşkil eden fiille ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus, her iki tarafın çocuk olduğu ve her ne kadar kanunen rızaya sonuç bağlanmamış olsa da tarafların isteyerek icra ettiği cinsel birliktelikler bakımından fail ve mağdurun nasıl belirleneceği meselesidir. Kanun koyucunun, her ne kadar suçun her iki tarafının çocuk olması halini madde metninde düzenlememiş olması kanun boşluğu olarak ifade edilmiş ise de, kanaatimizce bu hususta bir kanun

boşluğu bulunmamaktadır. Bu bağlamda her iki tarafın isteyerek gerçekleştirdiği cinsel ilişkilerde, teklif edenin fail olması veya yaşça büyük olan tarafın fail olması gibi kanuni düzenlemelerin benimsenmesi, yargılama yapmadan bu vasıflara sahip kişilerin suçtan sorumlu olmasını sonuçlayacağından bu yönde bir kabul maddi gerçeği bulmayı amaçlayan ceza hukuku prensipleriyle de bağdaşmayacaktır. Hayatımızdaki her şeyin icap-kabul çerçevesinde geliştiği bir durumda teklifin kim tarafından yapıldığının tespiti bizi faile götürecek bir argüman olmadığı gibi bu teklifin yaşça küçük olan tarafça yapılmasının mümkün olduğunun da dikkate alınması icap etmektedir. Dolayısıyla içinde bulundukları yaş itibarıyla cinsel gelişimleri üzerinde tasarrufta bulunma imkânı olmayan çocuklarca icra edilen cinsel birlikteliklerde adaletin tesis edilebilmesi için suç teşkil eden fiilin her iki tarafının da kendi fiilinden sorumlu olması ve bu bağlamda her iki tarafın da cezalandırılması iktiza etmektedir.

Suçun her iki tarafının çocuk olduğu bir durumda tarafların kendi fiilinden sorumlu olması prensibi benimsendiği takdirde ve benzer şekilde rıza dışında gerçekleşen cinsel birlikteliklerde failin kadın veya eşcinsel olması halinde istismar suçunun nitelik haline ilişkin hükümlerin mi yoksa basit cinsel istismar hükümlerinin uygulanması gerektiği hususu üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. Bu bağlamda ilk durum bakımından her iki tarafın fiili aynı ağırlıkta ve haksızlık içeriğinde olmasına rağmen salt kanundaki organ veya sair cisim sokma ifadesinden hareketle TCK'nın ölçülülük ilkesine aykırı bir uygulama ile, ilişkinin aktif süjesi olan erkek çocukların suçun nitelikli halinden, pasif konumdaki kadın veya eşcinselin suçun basit halinden sorumlu tutulduğu görülmektedir. İkinci durum bakımından da benzer bir hal söz konusu olmaktadır. Nitekim kadın veya eşcinsel fail tarafından suçun çocuğa karşı zorla işlenmesi halinde, fail ilişkinin pasif tarafı olduğundan ve buna bağlı olarak organ veya sair cisim sokma fiili mağdur tarafından icra edildiğinden fail suçun basit halinden sorumlu olmaktadır. Bu durum, her ne kadar ilişkinin pasif tarafının dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade edilen görüşlerle aşılma istense de bu sav benimsenmemiş ve fail suçun basit halinden sorumlu tutulmuştur. Farklı uygulamalara sebebiyet verecek bu durumun ancak kanun koyucu tarafından aşılması mümkündür. Dolayısıyla haksızlık içeriği

aynı ağırlıkta olan fiiller bakımından ölçülülüğün sağlanabilmesi için kanun koyucu tarafından düzenleme yapılması ve madde metninde sokması ifadesinden sonra gelmek üzere sokturulması kavramına yer verilmesi icap etmektedir.

Fiil unsuruyla bağlantılı olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da TCK'nın 103'üncü maddesinde suç teşkil eden fiilin eşler arasında işlenmesi olgusuna yer verilmemiş olmasıdır. Nitekim on altı veya on yedi yaşındaki mağdurun evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınması halinde failin fiilinin hangi kanun maddesini ihlal ettiği meselesi soru işareti oluşturmaktadır. TCK ve ÇKK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde çocukluk sıfatının evlenme veya mahkeme kararı ile değişmeyeceği açıkça ifade edilmektedir. Bu bağlamda suçun, evlilik birliği içerisinde küçük yaştaki eşin rızası hilafına ya da evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuklara karşı eş dışında kalan üçüncü kişi tarafından işlenmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali sübuta ermiş olacak, soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılması gerekecektir. Bu sonuca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve buna paralel olarak tanzim edilen iç hukuk düzenlemeleri dikkate alınarak yorum yolu ile de ulaşılabilmesi mümkündür. Ancak yapılacak farklı yorumlara dayalı olarak farklı içtihatların oluşmasının engellenmesi bakımından, TCK'nın 103'üncü maddesinde yapılacak bir düzenleme ile suçun eşler arasında işlenmesi halinin madde metnine eklenmesi icap etmektedir. Her ne kadar daha erken yaşta reşit olsa da çocukluk sıfatının kaybedilmeyeceği mevzuatta öngörülmüş olsa da ÇKK veya TCK'nın çocuk tanımının yapıldığı madde metnine ilave olarak, evlenme veya mahkeme kararı ile gerçekleşen erginliğin çocukluk sıfatını sona erdirmeyeceği hususunun belirtilmesi de mümkündür.

Suçun nitelikli halinin manevi unsur bakımından genel kast ile işlenebilmesi mümkündür. Bu bağlamda suçun basit halinden farklı olarak failin cinsel doygunluğa ulaşması veya fiilini cinsel arzularını tatmin gayesi ile icra etmesi gerekmez. Penetrasyonun gerçekleştiği anda suç sübuta ermiş olacağından, failin mağduru tezyif etme gayesiyle dahi fiilini icra etmesi halinde suç vasfını değiştirmeyecektir. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, uygulamada failin mağduru küçük düşürmek amacıyla şişeye oturtmama şeklinde icra ettiği, suçun nitelikli hali

bakımından failin suçu tamamlama imkânı varken kendi iradesiyle neticeyi gerçekleştirmemiş olması, suçun basit hali bakımından ise fiili cinsel amaçlarla icra etmemiş olması dolayısıyla bu eylemin hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi meselesidir. Bu gibi eylemler bakımından failin kastı mağdura şişe veya sair şeyleri ithal etmek şeklinde değil, tam aksine ithal etmemek şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla somut olayda penetrasyon da gerçekleşmediğinden bu fiil bakımından cinsel istismar suçunun nitelikli haline teşebbüsün varlığından bahsedilemeyecektir. Nitekim penetrasyon gerçekleşmiş olsaydı failin kastıyla bağlı olmaksızın suçun sübuta erdiği kabul edilecekti. Failin bu fiilini icrasında cinsel arzularını tatmin amacı da bulunmadığından istismar suçunun basit hali de somut olay bakımından mevzu bahis edilemeyecektir. Dolayısıyla Yargıtay içtihatlarında hakaret suçu olarak kabul edilen suç vasfının tayini isabetlidir. Ancak hakaret suçunun, suç teşkil eden fiilin ağırlığını ve buna paralel olarak haksızlık içeriğini karşılamayacak şekilde hafif kalması eleştiri konusu yapılabilir. Bu hususun da kanun koyucunun failin suç teşkil eden fiilini karşılayacak şekilde düzenleme ihdas etmesi ile aşılabilmesi mümkündür.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar içerisinde öngörüldüğü üzere suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, her bir failin farklı mağdura karşı suç teşkil eden fiili icra etmesi halinde bu nitelikli halin tatbik edilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak aynı zamanda ve mekânda bulunan her bir failin başka bir mağdura karşı bu suçu işlediği bir durumda her ne kadar görünüş itibarıyla fiillerin kendi içerisinde müstakillik arz ettiği ifade edilse de, bu suçun mağdurunun çocuk olması, fail sayısının çokluğunun mağdurlar üzerinde yaptığı psikolojik baskı ve bu duruma paralel olarak mağdurun direncinin kırılması hususları gözetilerek bu gibi durumlar bakımından söz konusu nitelikli halin tatbik edilmesi iktiza etmektedir. Nitelikli hallerle ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus da suçun toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi meselesidir. Kanaatimizce madde metnindeki “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu yer” ifadesi bu nitelikli halin uygulama alanını daraltmaktadır. İstismar teşkil eden fiillerin, özellikle suçun basit halinin insanların toplu olarak bir arada bulunduğu otobüs, stadyum veya konser alanı gibi kargaşanın hâkim olduğu yerlerde gerçekleşme riskinin oldukça

yüksek olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla bu nitelikli halin uygulama alanının genişletilerek madde metnindeki ifadenin “insanların toplu olarak bir arada bulunduğu” şeklinde revize edilmesi icap etmektedir.

Meri hukukumuzda on altı yaşından küçüklerin resmi nikâhla evlenmelerine izin verilmemektedir. Bu bağlamda aileler arasında dini nikâh ile yapılan evlilikler cinsel istismarı suçunun nitelikli haline vücut vermektedir. Küçük yaşta evliliklerin söz konusu olduğu durumlarda ya mağdurun yaşının küçük olduğunun ya da küçük yaşta evliliğin hukuken yasak olduğunun bilinmediği ifade edilmektedir. İlk durumda fail gerçekten mağdurun yaşının küçük olduğunu bilmiyorsa, kaçınılmaz bir hata söz konusu ise kastı kaldıran hata bahsinin değerlendirilmesi gerekir. İkinci durumda ise kınanabilirliği etkileyen bir husus olarak haksızlık yanılması durumu söz konusu olacaktır. İkinci durumda fail, ilk durumdan farklı olarak fiilinin suç teşkil ettiğini bilmesine rağmen fiilinin meşru olduğu noktasında hataya düşmektedir. Ancak failin bu hatasından yararlanabilmesi için haksızlık yanılmasının kaçınılmaz olması icap etmektedir. Günümüz itibariyle teknoloji ve sosyal medyanın geldiği son durum ile çocuk evliliklerinin sakıncalarıyla ilgili yapılan bilgilendirmeler de dikkate alındığında haksızlık yanılmasının Türk vatandaşları bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla ülkemizde gerçekleşen çocuk yaştaki evlilikler bakımından suç sübuta ermiş olacağından, bu durumda çocukları suça teşvik eden ebeveynler hakkında tatbik edilmesi gereken şeriklik hükümlerinin somut olaya göre tartışılması icap edecektir. Buna karşılık haksızlık yanılmasının geçici olarak ülkemize gelen (Suriyeli sığınmacıları gibi) yabancılar hakkında tatbik edilebileceğini söylememiz mümkündür. Nitekim bu kişilerin yabancı bir hukuk sistemini bilmeleri kendilerinden beklenemeyecektir. Bu halde somut olayın özellikleri (daha önce Türkiye’de ikamet edip etmedikleri vb.) dikkate alınmalı ve haksız yanılmasının koşulları olduğu takdirde fail hakkında cezaya hükmedilmemelidir.

Cinsel istismar suçunun nitelikli halinin müşterek faillik kapsamında işlenmesi halinde, faillerden her birinin diğerinin fiiline olan fonksiyonel katkısının dışında ayrıca mağdura yönelik suç teşkil eden fiili icra etmesi durumunda, faillerin

birbirini takip eden eylemlerinin bulunması sebebiyle TCK'nın 43/1 maddesinde öngörülen zincirleme suç hükümleri uyarınca cezanın artırılması söz konusu olur. Uygulama ile gelişen bu durumun kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Nitekim zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilebilmesi için failin aynı suç işleme kastı ile hareket ederek, aynı mağdura karşı aynı suçu farklı zamanlarda birden fazla kere işlemiş olması icap etmektedir. Müşterek faillerin birbirini takip eden suç teşkil eden fiillerinde ise aynı zamanda ve mekânda peş peşe gerçekleşen nitelikli cinsel istismar fiili bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu durum zincirleme suç hükümlerinin tatbiki için aranan koşulları sağlamadığından gücünü kanundan almayan bu uygulamanın hukuka aykırı olduğunu söylememiz mümkündür.

İçtima bahsinde değerlendirilmesi gereken tartışmalı bir husus olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun ne zaman sübut bulacağına üzerinde durulması icap etmektedir. Bu bağlamda failin suç teşkil eden fiili ile sınırlı olmak şartıyla, istismar suçunun işlendiği süre boyunca mağdurun iradesi ile hareket edebilme yeteneği suçun mahiyeti gereğince ortadan kalktığından ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşmayacaktır. Buna karşılık failin bu suçu işleyebilmek amacıyla mağduru üç adım gibi kısa bir mesafe dahi olsa zorla başka bir yere götürmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu sübuta ermiş olacaktır. Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir diğer husus da, on beş yaşını tamamlamamış çocukların bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda gösterdikleri rızanın hukuken geçerli sayılmayacağı meselesidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun düzenlendiği TCK'nın 109'uncu maddesinde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nın 234'üncü maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu için ön görülen bu kriter, istismar suçları bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarında kıyasen tatbik edilmektedir. Dolayısıyla on beş yaşını tamamlamamış çocukların korunması bakımından uygulama ile geliştirilen bu husus Yargıtay'ın müstekar içtihatları ile de kabul edilmektedir. Kanaatimizce uygulama ile kabul edilen bu husus her ne kadar çocukların menfaati için geliştirilmiş olsa da kanuni bir zemin üzerine inşa edilmediğinden hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi icap etmektedir.

Nihai olarak, 5237 sayılı kanun ile tanzim edilen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere paralel olarak çocukların menfaatini ve gelişimlerini korumaya yeter ölçüde caydırıcılığı haiz ceza miktarını içerdiğini söylememiz mümkündür. Nitekim kanunda öngörülen ve failin fiilinin haksızlık içeriğini artırdığı kabul edilen diğer nitelikli hal düzenlemeleri ile de ceza miktarının kademeli olarak artırılması öngörülmektedir. Bu bağlamda suçun toplumda meydana getirdiğı infial de dikkate alınarak yargı mercileri tarafından kanunda öngörülmeyen ancak fail hakkında hükmedilecek ceza miktarının artırılmasını sonuçlayacak nitelikte uygulamalar geliştirilmesi isabetli değildir. Belirtmiş olduğumuz üzere bu uygulamalar her ne kadar kendi içerisinde tutarlı ve bir o kadar da somut olay adaletini sağlamaya elverişli olsa dahi, gücünü kanun hükmünden almayan uygulamaların hukuka aykırı olduğunu söylememiz mümkündür. Bu bağlamda suçla ilgili kanun boşluğu olduğu ifade edilen bir durum söz konusu ise bu hususta mevzuat düzenlemesi yapmak kanun koyucunun iradesindedir. Dolayısıyla istismar yargılamalarında hâkimin mevcut kanunlar dâhilinde hareket etmesi ve bu kanunların somut olaya tatbik edilmesi icap etmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Akın Ün, Ayşe Nur, Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler ve Mağdurun Korunması, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2019.

Akkaya, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Aktepe, Evrim, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt:1, Sayı: 2, 2009.

Altaş, Ebru, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009.

Arslantürk, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Konya, 2019.

Artuç, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Alşahin, M. Emin – Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Alşahin, M. Emin – Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Alşahin, M. Emin – Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Aslan, Beşir, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Aydemir, İshak – Yurtkulu, Fayik, “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi”, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2012.

Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Aydın, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Ayral, Fatma, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Bayraktar, Köksal – Kiziroğlu, Serap Keskin – Yıldız, Ali Kemal – Kartal, Pınar Memiş, Altunç, Sinan – Bozbayındır, Gülşah Bostancı – Erman, Barış – Erman, Fulya Eroğlu – Kurt, Gülşah – Sınar, Hasan, Özel Ceza Hukuku, Cilt: 2, Kişilere Karşı Suçlar (1), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Baytemir, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt: 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988.

Birtek, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Celbiş, Osman – Özdemir, Bora – Kaya, Atılhan, “Cinsel Saldırıya Uğramış Çocuğun Muayenesi”, Türk Pediatri Arşivi Dergisi, Sayı: 46, 2011.

Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Centel, Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012.

Çakmut, Yenerer Özlem, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22/1, 2016.

Çelik, İsmail, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2018.

Çöloğlu, Sedat, Adli Tıp Sözlüğü, Temel Matbaa, İstanbul, 1993.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Demirel, Muhammed, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 24, 2014.

Ersözoğlu, Haydar, Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010.

Gerçekler, Hasan, Yorumlu &Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Gökçen, Ahmet – Balcı, Murat – Alşahin, M. Emin – Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.

Göral, Celal Murat, Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

Gören, Sami, En Son Değişikliklerle Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Gündüz, Remzi, Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

Gündüz, Remzi – Gültaş, Veysel, Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

Güngör, Devrim Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019.

Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

İbiloğlu, Aslıhan Okan – Atlı, Abdullah – Oto, Remzi – Özkan, Mustafa, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Enstest Olgularına Çok Yönlü Bakış”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt:10, Sayı: 1, 2018.

İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

İçel, Kayıhan – Akıncı, Füsun Sokullu – Özgenç, İzzet – Sözüer, Adem – Mahmutoglu, Fatih Selami – Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Kantarci, Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Kartal, Pınar Memiş, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu”, Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt: 2, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

Kartal, Pınar Memiş, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

Kaya, Funda, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2016.

Koca, Mahmut – Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Koca, Mahmut – Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kocaoğlu, Sinan, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kurt, Bülent, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019.

Küçükosmanoğlu, Nazmi, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

Mahmutoğlu, Fatih Selami – Karadeniz, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, 3. Baskı, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2008.

Nuhoğlu, Ayşe, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt: 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özen, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Özen, Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Pakır, Yusuf, Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Parlar, Ali – Banko, Meltem, 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 2, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

Parlar, Ali – Öztürk, Mustafa, Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

Polat, Oğuz, Adli Tıp, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2001.

Polat, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Savaşçı, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayınları, İstanbul, 2012.

Seçgin, Damla, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

Sevük, Handan Yokuş, “5237 Sayılı TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı:5, Nisan, 2005.

Sevük, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Sokullu, Akıncı Füsun – Dursun, Selman, Viktimoloji (Mağdur Bilim), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Sözüer, Adem, “Tehdit Suçu”, Cilt: LIV, No: 1-4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1994.

Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.

Sözüer, Adem, “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 1995.

Sümer, Zeynep, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Şahbaz, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Şahin, Behiye Köse, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009.

Şahin, Figen – Taşar, Medine Aysin, “Cinsel İstismar ve Enstest”, Türk Pediatri Arşivi Dergisi, Sayı: 47, 2012.

Şarman, Ceren, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Taneri, Gökhan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 3. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.

Taneri, Gökhan, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Tat, Muhammet Cevher – Öztürk, Ahu, “Çocuk Cinsel İstismarında Kendini Açığa Vurma Sürecine Ekolojik Sistem Modeli Yaklaşımı” Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt: 11, Sayı: 3, 2019.

Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Toroslu, Nevzat – Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi Ankara, 2019.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Tuğrul, Ahmet Ceylani – Tuğrul, Murat Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Enstest İlişkiler, Detamat Matbaacılık, Ankara, 2018.

Turhan, Engin, Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Tülü, İsmail Altan, Tecavüz Suçlarında ve Çocuk Cinsel İstismarcılarında Suç Analizi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Türk, Tuğba, Cinsel İstismar Mağduru Çocuk ile Yapılan Adli Görüşmelerin Adli Görüşme Teknikleri Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

Uçan, Bünyamin, Çocukların Cinsel İstismarı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2019.

Ünver, Yener, “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2011.

Ünver, Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, II. Baskı, Ankara, 2018.

Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yazar, Özlem Demir, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Yeldan, Ali – Taneri, Gökhan, Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, Karahan Kitapevi, Adana, 2017.

Yeldan, Didem – Taneri, Gökhan, Cinsel Suçlarda Beraat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Yeldan, Didem, Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2019.

Yıldız, Yakup, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.

Yiğit, Rana, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest”, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 3, 2005.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.



İNTERNET KAYNAKLARI

www.congress-1in5.eu

<http://www.feridunyenisey.com>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

www.kazanci.com

www.magdur.gov.tr/

<http://www.feridunyenisey.com>

