

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

Stj. Av. Fırat ÇELİK

Danışman: Av. Ahmet Sinan SÜRÜCÜ

26.03.2020

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	2
1. ÇOCUK KİMDİR?	2
2. ÇOCUĞUN KORUNMASI.....	3
3. ÇOCUK İSTİSMARI.....	3
4. CİNSEL İSTİSMAR KAVRAMI	4
5. ULUSLARARASI HUKUKUKTA CİNSEL İSTİSMAR	5
6. ULUSAL MEVZUATTA CİNSEL İSTİSMAR.....	6
8. ESKİ VE YENİ CEZA KANUNLARINDA CİNSEL İSTİSMAR.....	7
9. KORUNAN HUKUKSAL YARAR.....	8
10. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	9
A) FAİL.....	9
B) MAĞDUR.....	11
C) FİİL	16
11. MANEVİ UNSUR	24
12. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	24
13. CEZAYI ARTIRAN DİĞER NEDENLER	25
a) Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	25
b) Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi.....	25
c) Suçun Üçüncü Derecede Kan Veya Kayın Hısmı, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi	25
d) Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile, Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Diğer Kişiler Tarafından İşlenmesi.....	26
e) Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	27
f) Suç Mağdurunun Bitkisel Hayata Girmesine veya Ölmesine Neden Olma	28
SONUÇ	29
KAYNAKÇA.....	32

GİRİŞ

İşlenen her suç kamu düzenini bozar ve oluşturulması hedeflenen toplumsal barışı sekteye uğratar. Son yıllarda ülkemizin gündeminde büyük yer kaplayan “çocukların cinsel istismarı” suçu ise hiç şüphesiz ki kamu vicdanını en derin yaralayan suçlar arasında yer almaktadır. Dünya çapında ve ülkemizde son yıllarda cinsel istismar vakalarının hızlı artışı toplumda büyük infial yaratmıştır. Bu sebeple daha ağır cezai yaptırım talepleri ve tartışmaları sürekli olarak ülkenin ana gündemini oluşturmaktadır. Çocukların cinsel istismardan korunması hem devletin hem de toplumun görevidir. Uluslararası sözleşmeler ve “hukuk devleti” ilkesi kamu makamlarına bu görevin yerine getirilmesi sırasında hem çocuğun üstün yararını koruma hem de sanığın adil yargılanma haklarına özen gösterme yükümlülüğü öngörmektedir.

1. ÇOCUK KİMDİR?

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 1 uyarınca; çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.

Bu hükme göre 18 yaşını doldurmayan bir kişi uygulanacak kanunca “ergin (reşit)” olması halinde artık çocuk kabul edilmeyecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 6/1-c uyarınca da 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

5395 sayılı Çocukları Koruma Kanunu madde 3/1-a uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 11 uyarınca erginlik yaşı 18’dir. Aynı kanunun 12. maddesi ise on beş yaşını dolduran küçüğün kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceğini düzenlemiştir. Madde 124; 16 yaşını doldurmuş

çocuğun hakim kararıyla, 17 yaşını doldurmuş çocuğun ise anne ve babasının onayı ile evlenebileceğini hükme bağlamıştır.

Buna göre çocuk, medeni haklardan yararlanmak için ailesinin onayını alsa veya mahkeme kararıyla ergin olsa ve evlenebilse dahi Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu açısından çocuk sıfatına haiz olmaya devam edecektir. Yani Türk hukukunun çocuk sıfatına haiz olmada kabul ettiği yaş ölçütü Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye göre daha geniştir ve korumacıdır.

2. ÇOCUĞUN KORUNMASI

Çocukların korunmasına ilişkin düzenlemeler hem ulusal mevzuatımızda hem de uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır.

Anayasa madde 41/2; devlete çocukların korunması ile ilgili önlemleri almayı emreder. Anayasa madde 10/3 ise devletin çocukları korumak için alabileceği önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağını hükme bağlamıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 19; sözleşmeye taraf devletlere çocukların bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri almayı emretmiştir. Aynı maddede yer alan "çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken" ifadesiyle sözleşmeye taraf devletlerden çocuğu; çocuğun ebeveynlerine veya yasal koyucularına rağmen ve gerekirse onlara karşı dahi koruma pozitif yükümlülüğü altına girmesini talep etmiştir.

3. ÇOCUK İSTİSMARI

Çocuk istismarı kavramı duyulduğunda akla ilk olarak çocuğun cinsel istismarı gelmektedir ama cinsel istismar çocuk istismarının konularından sadece biridir.

Geniş anlamıyla çocuk istismarı kavramı; Dünya Sağlık Örgütü tarafından çocuğun hayatına, sağlığına, gelişimine, güven, sorumluluk ve becerilerle ilgili genel değerlerine zarar vermek şeklinde tanımlanmaktadır. ¹

Dünya Sağlık Örgütü'nün bu tanımı da çocukların cinsel istismarı ile sınırlı olmayıp Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de kabul edilen maddeler temelinde çocuğa yönelik duygusal, cinsel, fiziksel, ekonomik her türlü istismarı kapsamaktadır.

Kısacası her cinsel istismar bir çocuk istismarı iken her çocuk istismarı bir cinsel istismar değildir.

4. CİNSEL İSTİSMAR KAVRAMI

Çocuk istismarının bir çeşidi olan cinsel istismar öğretilerde farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Bir tanıma göre "Bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılmasıdır." ²

Diğer bir tanıma göre "Çocuk ve erişkin arasındaki temas veya ilişkinin, o erişkinin veya bir başkasının seksüel stimülasyonu için kullanılmasıdır. Bir çocuğun bir başka çocuk üstünde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusu ise veya bariz bir yaş farkı varsa da cinsel istismarın varlığı kabul edilmektedir." ³

¹ T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve UNICEF – Türkiye, Türkiye'de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Raporu, Türkiye, 2010, s. 10. www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/cocuk-istismari-raporu-tr.pdf (e.t: 26.01.2020)

² Özbek Veli Özer / Doğan Koray / Bacaksız Pınar / Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 343.

³ Türk Tabipler Birliği, Çocuk İstismarı ve İhlali, Nisan 1999, www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html (e.t: 18.03.2020)

5. ULUSLARARASI HUKUKUKTA CİNSEL İSTİSMAR

Dünya Sağlık Örgütü'nün 30 Eylül 2016'da yayınladığı verilere göre dünyada yaklaşık olarak % 20 oranında kadının ve % 7-8 oranında erkeğin çocukluk geçmişinde cinsel istismar öyküsü bulunmaktadır. ⁴

2004'teki veriler ise cinsel istismar vakalarının % 20-25'inin enseste dayalı olduğunu göstermektedir. ⁵

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 34; çocuklara yönelik cinsel suçlar hakkında olup taraf devletleri çocuğu her türlü cinsel sömürüden ve suistimalden koruma taahhüdü altına sokmuştur. Aynı maddenin a bendi “çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılmasını veya zorlanmasını” önlemeyi taraf devletlere emreder.

Bu maddedeki “yasadışı” ifadesi, çocukların cinsel ilişkiye rıza gösterme veya asgari evlilik yaşının ne olması gerektiğine ilişkin tartışmalardan kaynaklanmıştır. ⁶

Lanzarote Sözleşmesi olarak da bilinen Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi içerik ve detay itibariyle cinsel istismar hakkındaki en geniş kapsamlı metindir. Benzer konulardaki diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak cinsel istismar ve suistimal vakalarında failinin kim olduğuna ve suçu işleme amacına bakılmaksızın cezalandırılmasını öngörmüştür.

Sözleşme çocukların istismardan ve suistimalden korunması için uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmayı hedefler.

⁴ **World Health Organization**, Child Maltreatment, 30.09.2016, <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment> , (e.t: 15.03.2020)

⁵ **CF Johnson**, Child Sexual Abuse, Lancet, 2004, s. 364'ten aktaran **İbiloğlu** Aslıhan Okan / **Atlı** Abdullah / **Oto** Remzi / **Özkan** Mustafa, Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Ensest Olgularına Çok Yönlü Bakış, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Türkiye, 2018, s. 86.

⁶ **Aydın** Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.21.

Suç konusu davranıştan zarar gören mağdur çocuğa ve ailesine yönelik yardım ve müdahale programlarını, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin mağdur çocuğa en az zarar verecek şekilde yürütülmesini amaçlar.

6. ULUSAL MEVZUATTA CİNSEL İSTİSMAR

Türk Ceza Kanunu madde 6/b'ye göre "çocuk" kavramının 18 yaşını tamamlamamış olanlar için kullanıldığına ve 18 yaşını tamamlamamış kişilerin mahkeme kararıyla ergin olma halinin ceza hukuku açısından çocukluktan çıkma anlamına gelemeyeceğine daha önce değinilmişti.

Kanunumuzca kişilere on sekiz yaşını tamamlamadan önce cinsel yaşamları üzerinde tam tasarruf yetkisi tanınmamıştır.⁷ Yani küçükler cinsel davranışa rıza da gösterebilirler, söz konusu cinsel davranışı gerçekleştiren kişi fail kabul edilerek cezalandırılabilir.

Çocuğun "mağdur" sıfatına haiz olduğu cinsel suçlar iç mevzuatımızda kanun koyucu tarafından üçe ayrılmıştır: Bunlar Türk Ceza Kanunu madde 103'te düzenlenen "çocukların cinsel istismarı", Türk Ceza Kanunu madde 104'te düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki" ve Türk Ceza Kanunu madde 105/1'de düzenlenen çocuğa karşı "cinsel taciz" suçudur.

Olayların bu üç suçtan hangisinin kapsamına girdiği birincil olarak suç konusu eylemin fiziksel temas içerip içermediğine; ikincil olarak mağdurun yaşına; üçüncül olarak da iradesinin varlığı ile yokluğuna ve var ise bu iradenin hukukumuzca kabul edilir olup olmadığına göre her somut olay için farklı değerlendirilmektedir.

Suç konusu tespit edildikten sonra failin suç işleme şekli ve mağdur ile yakınlık derecesine göre davranışın kanunda sayılan nitelikli hallerden hangisine veya hangilerine sahip olduğu belirlenerek olaya en uygun cezai yaptırıma karar verilir.

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu madde 103'ün ilk fıkrası önce cinsel istismar suçuna konu olan davranışın aşamalarına ve mağdurun

⁷ Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 241.

yaşına göre failin hangi cezayı alması gerektiğini belirlemiştir. Daha sonra da çocuğa yönelik hangi davranışların “cinsel istismar” suçunu oluşturabileceğini açıklamıştır. Türk Ceza Kanunu madde 103'teki diğer fıkralar ise cinsel istismar suçunun nitelikli hallerini içermektedir.

8. ESKİ VE YENİ CEZA KANUNLARINDA CİNSEL İSTİSMAR

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel istismar suçu "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler" bölümünde ve "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran, İffete Taarruz Edenler" başlığı altında düzenlenmişti.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise cinsel istismarı "Kişilere Karşı Suçlar" bölümünde ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı ile "Çocukların Cinsel İstismarı" alt başlığında düzenlemiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel istismar suçuna konu davranış "mefruz cebir ile irza geçme" olarak ifade edilmişti. Irza geçme davranışı failin cinsel organını kendi cinsel arzularını tatmin amacıyla mağdurun rızası hilafına ithal etmesi olarak değerlendirilmekteydi.⁸ Bu değerlendirme suçun failinin sadece erkek olabileceği sonucunu yaratmaktaydı.⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise "ırz" ve "namus" gibi ataerkil kavramlar yer almamaktadır. Ne fail ne de mağdur için kadın erkek ayrımı yapılmamıştır.

Değerlendirmek gerekirse eski kanunun cinsel suçlara bakışında erkeğin kendi cinsel arzularını tatmin etmek için küçük bir kız çocuğunu kaçırmaması o çocuğun hürriyetine ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı değil; aksine babasının aile değerlerine

⁸ **Bayraktar** Köksal / **Yıldız** Ali Kemal / **Altunç** Sinan / **Erman** Barış / **Kurt** Gülşah / **Kızıroğlu** Serap Keskin / **Kartal** Pınar Memiş / **Bozbayındır** Gülşah Bostancı / **Erman** Fulya Eroğlu / **Sınar** Hasan, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, s. 501.

⁹ **Kartal** Memiş Pınar, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul, 2014, s. 116'dan aktaran **Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kızıroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar**, s. 501.

yönelik bir ihlal şeklinde kabul edilirdi. Dolayısıyla da cinsel istismar gerçekleştiğinde şikayet hakkı da 743 sayılı Medeni Kanun'a göre aile reisi olan babaya bırakılmıştı.¹⁰

Yeni kanunla gelen düzenlemeler ise kişi hak ve özgürlükleri açısından bir devrim niteliğindedir: Cinsel suçlara yönelik bu geleneksel ve ataerkil bakış değiştirilmiş; çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki yarar toplumsal ahlak, adap ile aile düzeni olmaktan çıkarılarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu kabul edilmiştir.

9. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Ceza hukukunda temel amaç hukuksal değerleri korumaktır. Dolayısıyla da mevzuatta düzenlenen her suç kaynağını ihlal edilen bir hukuki değeri koruma refleksinden alır.

Eski Türk Ceza Kanunu ile yeni Türk Ceza Kanunu'nu kıyaslarken yeni gelen değişiklikler kapsamında cinsel suçlar ile korunan hukuki yararın ahlak, adap ile aile düzeni gibi ataerkil ve geleneksel öğelerden arındırıldığına değinilmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda korunan hukuki değer ne olduğu hakkında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre "Çocuğun cinsel hayatı ile ilgili kararları alabilme yeteneğini geliştirme imkanı korunmak istenmektedir."¹¹

Benzer iki diğer görüşe göre "Cinsel özgürlük yanında özellikle mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz (sağlıklı) biçimde cinsel gelişiminin korunması amacı güdülmüştür."¹² "Çocuğun cinsel yönden dokunulmama, istismar edilmeme hak ve özgürlükleri korunmaktadır."¹³

¹⁰ Aydın, s. 23, 24

¹¹ Fischer Thomas, Beck'ische Kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, München, 2008'den aktaran Bayraktar Köksal ve diğerleri, s. 502.

¹² Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 403.

¹³ Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 344.

Bana göre de cinsel istismar suçu ile; çocukların doğuştan sahip oldukları ancak tıbben uygun ruhsal ve fiziksel gelişimlerine paralel şekilde kullanmaları için kanunlarca dokunulmazlık zırhı ile teminat altına alınmış cinsel özgürlüklerinin korunması sözkonusudur.

10. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A) FAİL

Kanun koyucu faillğe yönelik bir özellik öngörmemiştir. Cinsiyet suçun oluşumu açısından önem taşımaz. Fail mağdurdan farklı cinsiyette olabileceği gibi mağdur ile aynı cinsiyette de olabilir. Kanunun metninde veya gerekçesinde failin yaşı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre çocuğun cinsel istismarı suçunun faili bir çocuk da olabilir.

"Failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliği bulunmamaktadır."¹⁴ Buna göre kadın, erkek veya çocuk her cinsiyetten ve yaştan insan cinsel istismar suçuna fail olabilir.

Cinsel istismar kural olarak takibi şikayete tabi bir suç değildir.

Failin 18 yaşından büyük olması halinde şikayet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılabilir. Ancak failin de çocuk olduğu hallerde eylemin sarkıntılık düzeyinde kalmış olması şartıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin yahut vasisinin şikayetine bağlıdır.

Buna göre 20 yaşında bir fail 16 yaşındaki mağdurun göğüslerini rızası olmaksızın ellediği zaman suçun soruşturma ve kovuşturmaya konu olması şikayete bağlı değil iken 17 yaşındaki bir fail aynı davranışı gerçekleştirdiğinde mağdurun, velisinin yahut vasisinin şikayetine bağlı olacaktır. 16 yaşındaki mağdur ile mağdurun rızası olmaksızın organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiyse suç konusu davranış sarkıntılık

¹⁴ Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010 s. 3325'ten aktaran Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 344.

aşamasının ötesine açıkça geçtiği ve hatta nitelikli hal oluşturduğu için failin 17 yaşında oluşu takibin şikayete bağlılığı istisnasını uygulamaya yetmeyecektir.

On beş yaşını tamamlamamış olup da yaş farkının fazla olduğu çocuklar arasındaki cinsel davranışlarda yaşça küçük olan çocuk mağdur kabul edilir.¹⁵ Örneğin 7 ve 13 yaşındaki iki çocuğun cinsel ilişkiye girmesi halinde 13 yaşındaki çocuk faildir, 7 yaşındaki çocuk ise mağdurdur.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocukların aralarındaki yaş farkı da az ise çocuklar arasındaki cinsel davranışlarda rıza olsa bile iki çocuk da hem fail hem mağdur kabul edilmektedir.¹⁶ Örneğin 13 yaşında iki çocuğun öpüşmesi ikisinin de yargılamada hem fail hem de mağdur olmasına sebebiyet vermektedir. “Bazen mahkemeler on beş yaşını bitirmemiş iki küçükten sadece erkeği cezalandırmaktadırlar. Onlara göre bu ilişkinin mağduru sosyolojik yapı gereği sadece kızlar olabilir.”¹⁷

Bu hükmün çocuklar arasındaki olaylarda sadece zorlamanın varlığı halinde uygulanması, zorlamanın olmadığı durumlarda ise uygulanmaması öğretide savunulmaktadır.¹⁸ Zorlamanın olmadığı hallerde cezasızlık, zorlamanın olduğu hallerde ise seçenek yaptırıma çevrilmeye elverişli düşük miktarda cezalar öngörülmesi ise benzer bir görüştür.¹⁹

Failin çocuk olduğu hallerin uygulamada yarattığı sorunlar ve bazen suç işleme kastı bile belirsiz sanık çocuklara gelişim halinde olmalarına rağmen uygulanan ağır yaptırımlar öğretide de ciddi şekilde eleştirilmektedir.

“Çocukların suç işleme kastı olmaksızın gerçekleştirdikleri fiillerden ötürü cezalandırılmaları gerek suç ve ceza politikası gerekse madde ile korunmak istenen hukuki yararlarla bağdaştırılmayacaktır.”²⁰ “Cinsel olarak istismar edilen çocuğun aynı

¹⁵ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 504.

¹⁶ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 504, 505.

¹⁷ Soyaslan, s. 242, 243.

¹⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 404.

¹⁹ Aydın, s. 27, 28.

²⁰ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. baskı, Ankara, 2006, s. 806'dan aktaran Bayraktar/Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar s. 505.

anda karşısındaki çocuğu cinsel olarak istismar etmekte olduğunu söylemek mantıkla bağdaşmaz.”²¹

Suçun Türk Ceza Kanunu 103/3-c, d, e'ye göre:

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

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

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır

Kanunun açık hükmünde de görüldüğü üzere failin mağdur ile yakınlık derecesi suçun işlenip işlenmediğinin tespitinde belirleyici rol oynamazken suçun sabit görülmesi halinde cezai yaptırım belirlenirken önem arz eder. Mağdur ile failin akrabalık veya kamusal hakların kullanılmasından kaynaklanan ilişkileri var ise bu suçun nitelikli hallerinden kabul edilerek cezai yaptırım arttırılacaktır.

B) MAĞDUR

Mağdur çocuğun cinsiyeti suçun tipi açısından önem teşkil etmez. Yaşayan her çocuk, cinsel istismar suçunun mağduru olabilir. Cinsel davranış ölü bir çocuk bedeni üzerinde vuku bulursa cinsel istismar değil, Türk Ceza Kanunu madde 130/2 uyarınca “kişinin hatırasına hakaret” suçunu oluşturacaktır.

Kanun koyucunun bakışına göre istismar mağduru çocuk her zaman zayıf, kendisi için doğrunun ne olacağına karar verme yetisine sahip olmayan, pasif, aciz ve korunmaya muhtaç konumdadır.²² “Küçükler bu ilişkilerde başkaları tarafından kullanılmakta başkalarının cinsel arzularını tatmin eden bir kişi durumunda sayılmaktadır.”²³

²¹ **Taner** Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 289'dan aktaran **Aydın**, s. 26.

²² **Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe**, s. 344.

²³ **Soyaslan**, s. 242.

Çocuklar içinde buldukları yaş ve psikolojik evrenin olağan akışı içerisinde kendilerine yöneltilen davranışın cinsellik içerip içermediğinin ayırdına varamayabilir; ayırdına varıp rıza gösterebilirler dahi bu rıza, istismar mağduru çocukların kendileri için sağlıklı olana karar veremeyeceği düşüncesiyle hukuken her zaman kabul edilebilir bulunmamıştır. Çocukların "psikişik ve fiziki olgunluklarının oluşmadığı gerekçesiyle rızalarına hukuki değer tanınmamakta ve cinsel özgürlük bakımından rıza göstermeye ehil olmadıkları kabul edilmektedir."²⁴

Kanun koyucu suç konusu davranışa karşı "rıza" gösterme olasılığının kabul edilebilirlik aşamalarını ve cezai yaptırımını temelde mağdurun yaşını esas alarak belirlemiştir.

Kanun metninde mağdur için üç farklı yaş aralığı bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi suçun nitelikli hali olarak eklenmiştir. Diğer ikisi ise olası bir rızanın hukuken kabul edilebilirlik ölçütüdür.

Türk Ceza Kanunu madde 103/1'de mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde ise suçun nitelikli hali olarak failin cezasının arttırılacağı hükme bağlanmıştır.'

"On beş yaşından küçükler mutlak olarak cinsel özgürlüğe sahip değildir."²⁵

"Kanun koyucu bu yaş grubundaki çocukların rızalarını hukuka uygunluk nedeni saymayarak cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyeceklerini kabul etmiştir."²⁶

Mağdur çocuk 15 yaşını doldurmamış ise kendisine yönelik her türlü cinsel davranış tartışmasız olarak "cinsel istismar" suçunu oluşturur. "İşlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu aksi iddia edilemez biçimde kabul etmektedir."²⁷

Kanun koyucu 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar için suçun varlığının tespitinde irade tartışmasına girilmesine olanak tanımamıştır çünkü "çocuklar flört ve daha ileri

²⁴ **Taner** Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara, 2013, s. 270'ten aktaran **Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar**, s. 506.

²⁵ **Soyaslan**, s. 242.

²⁶ **Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar**, s. 506.

²⁷ **Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar**, s. 506.

aşamayı içeren cinsel ilişkinin anlamını idrak edemeyecek, bunun sonuçlarını algılayamayacak durumdadırlar.”²⁸

Kanun koyucuya göre eğer çocuk 15 yaşın altındaysa bu cinsel davranışa yönelik irade beyanında bulunmuş olsa bile bu “hukuken kabul edilebilir bir irade” olmayacaktır.

15 yaşını doldurmamış çocuklarda cebir, tehdit, hile veya organ sokma hallerinin varlığı suçun oluşup oluşmadığının tespitinde değil, zaten tespit edilmiş olan suça uygulanacak cezai yaptırımın ağırlığını belirlemede önem arz edebilir.

Mağdur çocuk 15 yaşını doldurduğu halde fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise kendisine yönelik her türlü cinsel davranış yine “cinsel istismar” olarak kabul edilir. Yani bu vaziyetteki mağdurlara yönelik eylem 15 yaşından küçük mağdurlara yapılmış gibi değerlendirilir.

Kanunda yer alan bu koşulunun tam karşılığının ne olduğu öğretilerde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre “mağdur çocuk, kendine yönelik gerçekleştirilen hareketin toplum bakımından etki ve önemini anlama yeteneği veya davranışın sosyal değerini fark edebilecek durumda yani fiilin sosyal değerini ya da değersizliğini anlama yeteneğine sahip değilse on beş yaşını tamamlamamış çocuk gibi değerlendirilir.”²⁹

Diğer bir görüşe göre “akıl hastaları veya herhangi bir nedenle gelişme düzeyini tamamlayamamış zeka, bilgi, görgü geriliğine sahip küçüklerdir; var olan rızaları algılama yetenekleri olmadığı için geçersiz sayılmıştır.”³⁰

Başka bir görüş ise buna katılmakla beraber akıl hastalığının cinsel davranışı idrak yeteneğini ortadan kaldırıp kaldırmadığını hastalığın objektif ve hastanın sübjektif durumuna göre değerlendirilmesi gerektiği ve hatta sağırılık dilsizlik durumunun da bu hüküm kapsamında görülmesi gerektiği yönündedir.³¹ Örneğin her akıl zayıflığı durumunda cinsel davranışları idrak kabiliyetinden yoksunluk gündeme gelmeyeceği

²⁸ Soyaslan, s. 242.

²⁹ **Taner** Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara, 2013, s. 270'ten aktaran **Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sımar**, s. 506.

³⁰ Soyaslan, s. 242.

³¹ **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 407.

için bütün akıl hastalarını cinsel suçlar açısından aynı tutmak hakkaniyete aykırılık teşkil eder.

15 yaşını doldurmuş kişilerde ise cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin şüphe veya iddia halinde her somut olayda olay şartlarına bağlı olarak ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. İnceleme mahkeme veya ihtiyaç halinde bilirkişi tarafından yapılarak tespit edilir.

Mağdur çocuğun 15 yaşını doldurmuş ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması durumunda cinsel davranışa yönelik iradesinin varlığı ile yokluğu tartışma konusu haline gelebilecektir.

Zira “on beş yaşından büyük çocuklar nisbi olarak cinsel özgürlüğe sahiptirler.”³²

15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel davranışa gösterdikleri rıza geçerlidir ve cinsel istismar suçunun oluşmasını engeller.

Kanun koyucu on beş yaşını tamamlamış çocukların arzu ettikleri her türlü cinsel davranışın parçası olmasına izin vermeyerek hukuka uygunluk sınırını “organ sokma” olarak belirlemiştir.

Buna göre 15 yaşını doldurmuş olan çocuklarda organ sokma aşamasına gelmeyen cinsel davranışlar çocuğun rızası dahilinde olduğu sürece hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir ve ceza hukukunun konusu olmayacaktır; rızaen organ sokmanın söz konusu olduğu hallerde de şikayet halinde Türk Ceza Kanunu madde 104 uyarınca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.

15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş bulunan çocuğa yönelik olan cinsel davranışlar eğer çocuğun rızasının cebir, tehdit veya hile ile fesada uğratılmış ise “cinsel istismar” suçunu oluşturur.

Evlilik yolu veya mahkeme kararı ile reşit olma durumunun ceza hukuku açısından “çocuk” kabul edilmenin önünde bir engel teşkil etmeyeceği daha önce açıklanmıştır.

³² Soyaslan, s. 242.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 124'e göre medeni nikahın gerçekleşmesi 16 yaşını doldurmuş çocuklar için hakim kararıyla, 17 yaşını doldurmuş çocuklar için ise anne ve babalarının onayı ile mümkündür. Buna bağlı olarak yaşanan rızaya dayalı ilişkiler Türk Ceza Kanunu açısından yaşa bağlı bir hukuka aykırılık teşkil etmez.

Evliliğin varlığı halinde eşler arasında cebir, tehdit, hile olmaksızın yani rızaya binaen yaşanan cinsel ilişkilerde artık ebeveynlerinin şikayet hakkı da olmayacaktır.

Reşit olmuş çocuğa eşi tarafından yöneltilen rıza dışı cinsel davranışların Türk Ceza Kanunu madde 103 uyarınca cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmadığı öğretilerde tartışılmıştır.

Baskın görüşe göre eşin çocuk olan eşe yönelik cinsel davranışının cebir, tehdit veya hile gibi çocuğun rızasını fesada uğratarak gerçekleşmesi hali “cinsel istismar” suçunu oluşturur.³³ Zira “eşlerin birbirinden cinsel ilişkiye girmeyi talep etmeleri olağan ise de hiç kimse eşi bile olsa bir diğerini cinsel ilişkiye zorlayamaz.³⁴ “Evlenmekle eş, diğer eşe cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılmaz.”³⁵

Türk Ceza Kanunu madde 102/2'de eşler arasındaki cinsel saldırı suçu mağdurun şikayetine bağlı olarak ve ancak organ veya sair cisim sokma aşamasına ulaşması şartıyla soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Eşler arasındaki rızaya aykırı cinsel davranışın mağdurunun “çocuk eş” olması halinde ise Türk Ceza Kanunu madde 103 uygulanacağı için organ sokma aşamasına ulaşılmamış olsa dahi cinsel istismar suçu oluşur ve bu suçun kovuşturulması için mağdurun şikayeti aranmaz, resen yapılır.³⁶

³³ Aydın, s. 33. / Özbek / Doğan/ Bacaksız / Tepe, s. 347. /Soyaslan, s. 245.

³⁴ Aydın, s. 33.

³⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 408

³⁶ Aydın, s. 35. / Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 409. / Soyaslan, s. 245.

C) FİİL

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 103 düzenlemesinde “istismar” ifadesinin kullanılması çocuklara yönelik cinsel davranışların kanun koyucu nezdinde sadece bir saldırıdan ibaret değil, bir istismar şekli olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır.³⁷

6545 sayılı kanun ile getirilen değişikliklerden önce Türk Ceza Kanunu madde 103/1’deki her türlü cinsel davranış ifadesi öğretilerde çocuklara yönelik bedensel temas içermeyen cinsel davranışları örneğin sözleri de kapsayacak şekilde yorumlanmıştı.³⁸

Yargıtay kararları ise öğretilerdeki bu görüşün aksine bedensel temas içermeyen davranışları Türk Ceza Kanunu madde 103/1 uyarınca “cinsel istismar” olarak değil, Türk Ceza Kanunu madde 105 kapsamında “cinsel taciz” olarak değerlendirmiştir.³⁹

6545 sayılı kanunun yürürlüğünden sonra; cinsel taciz suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu madde 105’e “filin çocuğa karşı işlenmesi” hali de eklenince öğreti ile Yargıtay arasındaki madde yorumundan ileri gelen çelişki giderilmiştir.

Buna göre 15 yaşını doldurmamış olan yahut doldurduğu halde cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların bedenlerine yönelik fiziksel temas içeren her türlü cinsel davranış Türk Ceza Kanunu madde 103/1-a’ya göre cinsel istismar suçunu oluşturur.

“Suçun oluşması için gerçekleştirilen cinsel davranışın mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli ve vücut teması teşkil eden davranış olması yeterlidir.”⁴⁰

“Kanun cinsel davranış terimini bilinçli kullanarak bunu cinsel taciz dışında her türlü cinsel hareketi kapsar şekilde anlamlandırmak istemiştir.”⁴¹

Yani cinsel taciz dışında her türlü bedensel temas, öpüşme, mastürbasyon yaptırma veya vajinal, oral, anal yollu cinsel birleşmeyi de kapsama amacı gütmüştür.

³⁷ Aydın, s. 36. / Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 344, 348.

³⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 409.

³⁹ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kızıroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 509.

⁴⁰ Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, sayfa 104’ten aktaran Aydın, s. 35.

⁴¹ Soyaslan, s. 241.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 19.04.2013 gün ve E. 2011/10816 – K 2013/4760 sayılı kararına göre “Oluşa ve kabule göre, sanığın suç tarihinde mağdureyi odunluğa soktuktan sonra, cinsel organını çıkararak mağdura yalamasını söylemesi şeklindeki, bedensel temas içermeyen eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesine uyan cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek aynı kanununun 103/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır.”

Yargıtay. 14. Ceza Dairesi'nin 16.01.2014 gün ve E. 2012/1687 ve K 2014/396 sayılı kararına göre “Oluşa ve kabule göre, sanığın, mağdurenin girdiği apartmana peşinden girerek elinden tutup sarılarak öpmeye çalışması şeklindeki bedensel temas içeren eylemlerinin TCK'nin 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek cinsel taciz suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.”

Yargıtay'ın anılan bu iki kararı da cinsel istismar ile çocuğa yönelik cinsel taciz arasındaki belirleyici ince çizginin “cinsel dokunuş” olduğunu ortaya koymaktadır.

Türk Ceza Kanunu madde 103 cinsel istismar davranışını üç aşamaya ayırmıştır: Bunlar “cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması” durumu, suçun temel şekli olan “basit cinsel istismar”, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşen “nitelikli cinsel istismar” halidir.

“Suçun temel şekline ilişkin maddi unsur, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır.”⁴²

Bu davranışlar Türk Ceza Kanunu madde 102'de düzenlenen "cinsel saldırı" suçunun çocuk bedeni üzerinde vuku bulmuş halidir.

Ani bir hareketle sınırlı kalmamak ve organ sokmayı içermemek şartıyla çocuğun bedenine cinsel saikle yöneltilen her türlü fiziksel temas çocuğun basit cinsel istismarı kapsamındadır.

⁴² Aydın, s. 35.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 02.02.2017 gün ve E. 2016/12533 – K 2017/432 sayılı kararına göre “Sanığın, mağdurenin omzuna elini attıktan sonra uzunca bir süre yürüdüğü ve iki yanağından öptüğü, mağdurenin kendisinden uzaklaşmasından sonra onu tekrar kendine çekip yine yanaklarından öptüğü, akabinde de boyunu eliyle karışlayıp ölçer gibi yaparak uzun süre bedensel temasta bulunduğu anlaşılması karşısında eylemin 5237 sayılı TCK'nin 103/1. maddesinin birinci cümlesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçunu oluşturmasına rağmen eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığından bahisle aynı maddenin ikinci cümlesi esas alınarak temel cezanın belirlenmesi, kanuna aykırıdır.”

Devamlılık arzetmeyen ani bir hareketle vuku bulmuş ise “sarkıntılık seviyesinde” kaldığı için suçun cezada indirim öngören nitelikli hali uygulama alanı bulur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 02.05.2017 gün ve E. 2016/ 12267 – K 2017/2346 sayılı kararına göre “Dosya içeriğine göre, sanığın yolda yürümekte olan ve suç tarihinde on yedi yaşı içerisinde bulunan mağdurenin kalçasına dokunması şeklindeki devamlılık arzetmeyen, ani hareketler yönünden kesinlik gösteren eylemi sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarını oluşturur.”

Türk Ceza Kanunu madde 103/2'ye göre: “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.”

Buna göre mağdurun vücuduna anal, vajinal yahut oral yoldan organ veya sair cisim sokulması suçun ceza arttırımına sebebiyet veren nitelikli halidir.

Kanun koyucu organ ifadesini kullanırken olasılıkları sadece erkek cinsel organı ile sınırlamamıştır. Bundan failin kendisine veya başkasına ait parmak, ayak, el, penis gibi sokmaya elverişli organların tümü anlaşılmalıdır.

Sair cisim ifadesi de toplum nezdinde seks oyuncağı olarak kabul gören vibratör, dildo gibi cisimler ile sınırlı değildir. Cop, şişe, sopa gibi sokmaya elverişli eşyaların tümü kabul edilir.

Organ veya sair cisim ile mağdurun vücut boşlukları arasında cinsel ilişki olarak ifade edilen fiziksel birleşmenin varlığı yeterlidir. Cismin veya organın mağdurun vücut boşluğuna ne kadar temas ettiğinin önemi yoktur ama eğer fiziksel birleşmenin sağlanmasına yönelik çabaya rağmen fiziksel birleşme mümkün olmadıysa bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığının göz önünde tutulması gerekir.

“Organ ya da cisim sokulması hareketlerinin failde haz doğurması gerekmekte, ancak bu hareketler ile mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmekle beraber hareketlerin objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekmektedir.”⁴³

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 gün ve E. 2012/ 4067 – K 2014/1289 sayılı kararına göre “Mahkemenin kabulüne göre de, sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; TCK'nin 103/2. maddesinde düzenlenmiş bulunan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olmasının yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkumiyeti yerine suç vasfında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.”

Failin kendi vücuduna mağdurun organını zorla sokturması durumunda nitelikli halin oluşup oluşmadığı tartışmalıdır. Yargıtay'ın görüşü mağdurun vücuduna yönelik anal, oral veya vajinal yoldan bir organ sokma durumu gerçekleşmediği için kanunun aradığı “sokma” davranışının gerçekleşmediği ve “sokturma” davranışının da nitelikli hali sağlamada yetersiz kalacağı yönündedir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.10.2013 gün ve E. 2013/7470 – K. 2013/10266 sayılı kararına göre “Sanık Emine'nin, nüfus kayıt örneğine göre 12 yaş 10 aylık olan mağdur Hüseyin'in cinsel organını kendi cinsel organına sokturduğu, sanık tarafından işlenen bu olayda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmadığı, sanığın bu eyleminin TCK'nin 103/1. maddesinde yer alan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan ve "mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması" suretiyle işlenebilen aynı

⁴³ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 514.

maddenin ikinci fıkrasındaki suçu oluşturmadığı gözetilmeden suçun işleniş biçim ve özellikleri ve sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak çocuğun basit cinsel istismarı suçundan cezanın alt sınırından uzaklaşmak suretiyle karar verilmesi yerine çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.”

Organ sokulan çocuk 15 yaşını doldurmamış ise rızasının olup olmasının suçta etkisi yoktur.

Organ sokulan çocuk 15 yaşını doldurmuş ise rızasının varlığı halinde suç tipi değişir; cinsel istismar suçu değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşur.

Cebir, tehdit veya hilenin varlığında da mağdurun yaşı ve cinsel davranışı algılama yeteneğinin gelişip gelişmemesi önem arz eder.

15 yaşını tamamlayan bir çocuğun cinsel davranışın sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş ise bedenine yönelik cebire, tehdide veya hileye dayalı cinsel davranış Türk Ceza Kanunu madde 103/1-b uyarınca suçun unsuru ve dolayısıyla cezalandırma nedeni iken; cinsel davranışın sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması halinde Türk Ceza Kanunu madde 103/1-a uyarınca oluşmuş ve cezalandırılması gereken suçun cebir veya tehdit ile gerçekleştirilmesi Türk Ceza Kanunu madde 103/4 uyarınca nitelikli halini teşkil ederek yaptırımın ağırlaşma nedeni sayılır.

“Cebir ile kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle kişinin irade ve davranışları üzerinde zorlayıcı etki meydana getirmek amaçlanmaktadır ki fail bu zorlayıcı etki ile mağdurun direnme gücünü kırarak suçun işlenişini kolaylaştırmaktadır.”⁴⁴

Cebrin başta mağdurun direncini kırması yeterlidir; istismar süresince devam etmesi aranmaz. “Bir aşamaya kadar cinsel davranışa rıza gösterilmesinden sonra failin bu rızanın sınırını geçmek için zor kullanması durumunda da suç cebir kullanılarak işlenmiş sayılır.”⁴⁵

Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 21.01.2010 gün ve E. 2009/12427 – K. 2010/209 sayılı kararına göre “İnternet ortamında tanışan sanık ile mağdurenin olay günü birlikte

⁴⁴ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kızıroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 510.

⁴⁵ Aydın, s. 43, 44.

gezmek amacıyla buluştukları, bir süre gezip bira içtikten sonra Karşıyaka İş Merkezi'nin otoparkına gittikleri, sanığın mağdureyi iterek arabanın arka tarafına oturttuğu, kapıları kilitleyip anal yoldan, daha sonra otobanda buldukları sırada ise saçlarından tutarak cinsel organını mağdurenin ağzına sokmak suretiyle oral yoldan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu maddi cebirle işlediği gözetilerek TCK'nin 103/4 maddesi ile artırım yapılmaması kanuna aykırıdır.”

Cebrin mağdurun kendisine uygulanması esastır. Yakınlarına yönelik uygulanan cebir sonucu direncinin kırılması sözkonusu ise bu mağdur açısından cebir değil, tehdit sonucu olmuş kabul edilir.⁴⁶

Tehdit yakınlarına veya kendisine yönelik olabilir. Tehdit eden kişinin tehdit içeriğini gerçekleştirmesi önemli değildir.

Mağdurun tehdidin gerçekleşeceğine inanarak cinsel davranışa mecbur kalması yeterlidir.⁴⁷

Öğretideki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması tehdide konu olan zararın cinsel istismar ile uğranacak zarardan daha ağır olması gerektiği yönündedir.⁴⁸

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.04.2013 gün ve E. 2011/10217 – K 2013/4611 sayılı kararına göre “Mağdurenin aşamalarda istikrarlı anlatımları, bunu destekleyen kardeşi tanık Ahmet Orhan'ın beyanları ile tüm dosya içeriğine göre; sanığın mağdureye, benimle gelin yoksa sizi de annenizi de öldürürüm diyerek boş inşaat çukurunun bulunduğu yere getirmek suretiyle eylemini tehditle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, sanığın cezasında TCK'nin 103/4. maddesi uyarınca artırım yapılmayarak yazılı şekilde eksik ceza tayini kanuna aykırıdır.”

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 22.03.2013 gün ve E. 2011/9398 – K 2013/3191 “Sanığın cinsel istismar eylemlerini işlenmesinden sonra, olanları kimseye anlatmaması için mağdureyi öldürmekle tehdit ettiği, sanığın bu tehdit sözlerinin cinsel istismar suçlarında direncin kırılması için kullanılan tehdit kapsamında kabul edilemeyeceği,

⁴⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 361.

⁴⁷ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar , s. 511.

⁴⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363.

sanığın cinsel istismar suçlarından sonraki tehdit eylemlerinin TCK'nin 106/1. maddesinde öngörülen tehdit suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanığa TCK'nin 106/1. maddesi gereğince, CMK'nin 226. maddesinden ek savunma hakkı verilerek bundan sonra hüküm kurulması gerekirken, basit cinsel istismar suçundan verilen cezanın TCK'nin 103. maddesinin 4. fıkrası ile artırılması suretiyle fazla ceza tayini, kanuna aykırıdır.”

Hile; mağdurun cinsel davranışa rıza göstermesini sağlamak için söz ve davranışlarla ya da maddi veya manevi nitelikte araçlarla mağdurun hataya düşürülmesidir.

Hile mağdurun rızasını fesada uğratar ve artık davranışa sağlıklı bir irade ile karşılık vermesi de sözkonusu olmaz.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 20.11.2013 gün ve E. 2011/22998 – K 2013/11802 sayılı kararına göre: “Sanığın, atölyesinin önünden geçmekte olan mağdureyi atölyenin içine çağırıp kapıyı kapatıp “sana para vereceğim ancak karşılığında istediğimi yapacak mısın, sözümü tutacak mısın?” diye sorunca sanığın mağdurenin saçlarını okşayıp ellerini tutması, yanağını okşaması ve mağdureye “biraz vücudunu elleyeceğim.” diyerek birden elleriyle göğüslerini okşamaya başlaması, bunun üzerine mağdurenin “ne yapıyorsun” diyerek kaçması şeklinde gerçekleşen eyleminin olay tarihinde 15-18 yaş grubunda olan mağdurenin sosyo-ekonomik durumunun da zayıf olmasından faydalanmak suretiyle “sana para vereceğim” diyerek hileli davranışta bulunması olarak değerlendirilip TCK'nin 103/1-b'de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, sanığın bu maddeye göre cezanın tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden 18 yaşını ikmal etmeyen mağdureye yönelik rızası dışındaki eylemi nedeniyle TCK'nin 102/1. maddesi kabul edilerek şikayet yokluğundan düşme kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

Kanun koyucu mağdur çocuğun cinselliğe yönelik iradesinin kısıtlanma olasılıklarına “cebir, tehdit, hile” gibi örnekler vermiş ve “başka bir nedene dayalı olarak “ ifadesi ile de bu olasılıkların sınırlı sayıda olmadığını vurgulamak istemiştir.

Bu ifade öğretide kanun gerekçesi de esas alınarak alkol, uyuşturucu ve iradeyi geçici olarak etkileyen diğer etmenler şeklinde yorumlanmıştır.⁴⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2019/36 E. ,2019/675 K. “Çocuğun iradesinin cebir, tehdit, hile veya başka bir nedene dayalı olarak fesada uğraması halinde bedeni üzerindeki her türlü cinsel davranış Türk Ceza Kanunu madde 103 kapsamında çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturur ki organ sokma durumu sadece suçun nitelikli halini teşkil edebilir. Bir kimsenin suça kalkışmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun yasal tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Bilindiği gibi, cinsel istismara teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanır. Cinsel istismar suçunda şartlarının oluşması hâlinde gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulanır. Elverişli hareketlerle cinsel istismarın nitelikli şeklinin icrasına başlandığı ve fakat icra hareketlerinin tamamlanmasından gönüllü vazgeçildiği hâllerde, failin cinsel istismarın temel şeklinden cezalandırılacağı yolunda istikrar kazanmış bir uygulama bulunmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 05.03.2012 tarihli ve 1625-2596 sayılı ilâmında; 'TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.' şeklinde içtihadta

⁴⁹ Aydın, s. 46 / Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kızıroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 512. / Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 408.

bulunmuştur. Bu uygulama cinsel istismarın nitelikli şeklinin ayrı bir suç olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.”

11. MANEVİ UNSUR

Failin mağdurun cinsel dokunulmazlığını bozma kastı ile hareket etmesi suçun manevi unsurunun oluşması için yeterlidir. Suçun maddi unsurları da kastın kapsamına dahildir.⁵⁰

Suçun maddi unsurlarında esaslı ve kaçınılmaz bir hataya düşülmesi kastı ortadan kaldırır. Örneğin failin mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünmesi halinde vuku bulan fiil cinsel istismar suçunu değil, cinsel saldırı suçunu meydana getirir.⁵¹

Cinsel istismar suçu kasta dayalı bir suçtur ama olası kastla da işlenmesi mümkündür.

Örneğin mağdurun 15 yaşını doldurmamış olma ihtimalinin fail tarafından göze alınması olası kasta işaret eder.⁵²

12. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Türk Ceza Kanunu madde 26; kişinin tasarruf hürriyetine haiz olan bir hakka yönelik gösterdiği rızanın fiili hukuka uygun hale getireceğini öngörmüştür.

Cinsel istismar suçlarında kanun koyucu 15 yaşını tamamlamamış çocuğun rızasını kabul etmediği için rıza fiilin hukuka uygun hale gelmesini sağlamaz.

Kanun koyucu 15 yaşını tamamlamış çocuğun rızasını nisbi olarak kabul ettiği için çocuğun cinsel davranışa rıza göstermesi halinde cinsel istismar suçu oluşmaz.

Vuku bulan olayda çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokma sözkonusu ise şikayet halinde Türk Ceza Kanunu madde 104 uyarınca "reşit olmayanla cinsel ilişki

⁵⁰ Aydın, s. 77.

⁵¹ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 518, 519.

⁵² Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 415.

suçu" oluşur. Organ sokma sözkonusu değilse vuku bulan olay hukuka aykırılık taşımaz.

13. CEZAYI ARTIRAN DİĞER NEDENLER

a) Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Bu nitelikli hal; hem mağdurun psikolojik ve fiziksel olarak direncinin kırılmasına hem de suçun işlenmesini kolaylaştırmasına sebep olduğu için düzenlenmiştir.⁵³

Bir fail cinsel istismarda bulunurken diğerinin mağduru tutması da suçu birlikte işledikleri sonucunu doğurur.

Yargıtay'ın 2010/8609 sayılı kararına göre “Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklardan herbirinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine TCK'nin 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında aynı yasanın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırıdır.”

b) Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

İnsanların bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamlara öğrenci yurdu, yatılı okul, hastane, ceza infa kurumu örnek gösterilebilir. Bu gibi yerlerdeki çocukların daha savunmasızca olması suç işleme kolaylığı yaratacağı için nitelikli hal olarak görülmüştür ve verilecek cezanın yarı oranında arttırılması hükme bağlanmıştır.

c) Suçun Üçüncü Derecede Kan Veya Kayın Hısmı, Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdur ile failin birlikte yaşamaları gerekmez.

⁵³ Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 1994, s. 470'ten aktaran Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 522, 523.

Aralarındaki yakınlığa dayanarak mağdurun üzerinde fail tarafından nüfuz kullanımının kolayca hakimiyet sağlaması mağdurun direncini daha kolay kıracaktır. Bu da suçun işlenme kolaylığını yükselteceği için nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Nüfuz kullanmanın ayrıca ispatlanmasına gerek yoktur.

“Evlad edinen bakımından nitelikli halin uygulanması için fiilin işlendiği sırada evlat edinme ilişkisi hukuken kurulmuş ve devam ediyor olmalıdır.”⁵⁴

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

Çocuk üzerinde vuku bulan cinsel davranış vasisi, eğitimcisi, öğreticisi, bakıcısı, koruyucu ailesi, sağlık hizmeti veren veya çocuğun bakım, koruma, gözetim amacıyla bırakıldığı biri tarafından yapılmışsa ceza yarı oranında arttırılır.

Bakıcı veya eğitimci öğreticinin resmi veya özel bir kuruluştaki görevli olması veya ücretli ücretsiz hizmet vermesinin önemi yoktur.

“Yargıtay suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasında söz konusu türden bir ilişkinin varlığını yeterli görmemekte; nitelikli halin uygulanması için örneğin eğitim öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada suçun işlenmiş olmasını aramaktadır.”⁵⁵

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.02.2010 gün ve E. 2010/739 - K 2010/1500 sayılı kararına göre “Oluşa ve dosya içeriğine göre eylemin 2002 yılı ilkbahar aylarında mağdurenin özel ders için sanığın evine gelmesi ile başlayıp devam eden ve 03.06.2003 tarihinde okulda sona eren bir süreç içinde 10 yaşını doldurmayan mağdureyi kucağına oturtup dudaklarından öpmek ve bir keresinde de göğüslerine ve vücudunun diğer bölgelerine ellemek şeklinde ortaya çıktığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nin 415/2, 80 ve 417. maddelerine uyan teselsülen ırz ve namusa tasaddide bulunma suçunu oluşturduğu ve eylemin

⁵⁴ **Taner** Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 306'dan aktaran **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 412.

⁵⁵ **Artuk** Mehmet Emin/ **Gökçen** Ahmet / **Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. baskı, Ankara, 2014, s. 308'den aktaran **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 412.

bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nin 103/1-a, 103/3 ve 43/1. maddelerine temas ettiği anlaşılmıştır.”

Çocuğun koruma, bakım veya gözetim amacıyla bırakıldığı kişilerin çocukla sürekli ilişki içinde olmasına gerek yoktur. Geçici olarak bırakılan kişi bırakanın komşusu, akrabası veya arkadaşı da olabilir. Burada önemli olan kişiye güven duyularak çocuğun emanet edilmesidir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.04.2010 gün ve E. 2010/1 – K 2010/2654 sayılı kararına göre “Sanığın, annesinin gayri resmi eşi olduğunu ve hep birlikte aynı çatının altında yaşadıklarını beyan eden mağdurenin anlatımlarının, tanıklar tarafından da doğrulanması, sanığın Cumhuriyet Savcılığı ve sorgudaki savunmalarında mağdurenin annesi D.E. ile 4 yıldır gayri resmi olarak birlikte yaşadığını, 2006 yılı haziran ayından itibaren mağdure C.'nin de kendileriyle birlikte kalmaya başladığını ifade etmesi karşısında; aynı evde birlikte yaşadığı mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan sanık hakkında TCK'nin 103/3. maddesinin uygulanmaması kanuna aykırıdır.”

e) Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu madde 6 kamu görevlisinin kim olduğunu düzenlemiştir: Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.

Failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli değildir. Failin bu niteliğinin çocuk üzerinde hakimiyet ve otorite kurarak çocuğun direncini kırıp suç işlemeyi kolaylaştırması da gereklidir.

Failin nüfuzunu kullanmadan cinsel istismarı gerçekleştirmesi halinde bu nitelikli halin uygulanmaması gerekir.⁵⁶

⁵⁶ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kiziroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 528.

f) Suç Mağdurunun Bitkisel Hayata Girmesine veya Ölmesine Neden Olma

Bu nitelikli halin oluşabilmesi için çocuğun ölüm veya bitkisel hayata geçme nedeninin cinsel istismardan veya bu amaç için uygulanan cebirden kaynaklanması gerekmektedir.

“Fail mağdurun bitkisel hayata girmesini ya da ölmesini istemeyecek ancak taksirli fiilinden dolayı bitkisel hayata girme ya da ölüm neticesi gerçekleşmiş olacaktır. Aksi takdirde fail kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali veya kasten öldürme suçunu gerçekleştirmiş olacaktır.”⁵⁷

Ölümün daha sonra gerçekleşmesi halinde de ölüm ile cinsel istismar arasında illiyet bağı kurulabildiği takdirde bu nitelikli hal oluşur. Örneğin mağdurun cinsel istismar şiddeti sırasında kafasından darbe alması nedeniyle ölüm meydana geldiğinde nedensellik bağı vardır ve bu nitelikli hal uygulanır ama cinsel istismar davranışı bittikten sonra suçun ortaya çıkmasını önlemek için mağdurun kafasına darbe alarak fail tarafından öldürülmesi halinde; öldürme fiili kasten ve suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla gerçekleştirildiği için fail hem nitelikli kasten öldürme suçundan hem cinsel istismar suçundan ayrı ayrı cezalandırılır.

⁵⁷ Bayraktar/ Yıldız/ Altunç/ Erman/ Kurt/ Kızıroğlu/ Kartal/ Bozbayındır/ Sınar, s. 531.

SONUÇ

Daha önce değindiğimiz istatistikler de gösteriyor ki dünya genelinde cinsel istismar vakaları oldukça yüksektir. Buna rağmen kanunlarımızda alınan önlemler getirilen her değişiklikte sadece cezaları arttırmaktan ibaret kalmıştır.

Türk Ceza Kanunu, on beş yaşın altındaki çocuklarla girişilecek cinsel eylemi tamamen istismar olarak görmüş ve ifade ederken de bunu “ilişki” olarak tanımlamaktan imtina etmiştir. Mağdur çocukların rızaları; eylemin sonuçlarını kavrayacak sorumluluk duygusuna erişemedikleri kabul edilerek hukuken geçerli bulunmamıştır. Cinsel suçlarda mağdur çocuklara yönelik bu koruyuculuk hem çağdaş hukuk normlarına hem de toplum vicdanına uygunluk göstermektedir. Fakat aynı hassasiyet çocuk failer için yeterince gösterilmemiş; çocuk failer ile yetişkin failer suç konusu davranışın belirlenmesi açısından tek bir potada eritilmiştir. Cinsel merak güdüsü veya yaşlarına özgü bir duygusallık ile ilişki yaşayan çocukların; suç olduğunu bile bile çocuklara cinsel istismarda bulunan yetişkinlerle aynı kefeye konması adalet duygusunu zedelemektedir.

Cinsel istismar suçunun yeniden düzenlenmesi ve failin yaşının da suçun oluşumunda ölçüt kabul edilmesi önemlidir. Özellikle yaşça küçük çocuk olması durumunda failin de mağdur gibi cinsel davranışın hukuki anlam ve sonucunu anlamaktan bihaber olduğu unutulmamalı ve somut olayın mağdur ile aralarındaki yaşa uygun değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Çocuklar belirli yaşlarda cinselliği bir oyun gibi görerek birbirlerinin vücudu üzerinden cinsellik olgusunu tanımaya ve tanımlamaya çalışabilirler. Bu gibi durumlarda karşılaştıkları ağır yaptırımlar suç ile ceza arasında bulunması hedeflenen ölçülülük dengesini sarsmaktadır ve çocukların geleceklerinde geri dönülemez yaralar açmaktadır.

Anayasa madde 10’da yer alan eşitlik ilkesi aynı durumdaki kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlayarak bu kişilere yasalar karşısında ayrıcalık tanınmasını önleme amacı gütmektedir. Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri önemsenmeksizin her yönden aynı

kurallara bağı tutulmalarını gerektirmez. Örneğin 13 yaşındaki iki çocuğun oyun gibi görerek veya merak içerisinde isteyerek yaşadıkları cinsellik ile yine 13 yaşındaki bir çocuğun akran zorbalığı ile bir başka çocuğa rızası dışında cinsel yoldan saldırması aynı olmaması gerektiği gibi bunun bir yetişkin tarafından çocuk bedenini metalaştırarak gerçekleştirilmesinin toplum vicdanında açtığı yara önceki iki örnekten çok daha farklı ve derindir. Ayrıca bu üç örnekteki fail yapısı ve çocuk cinsel dokunulmazlığına yaklaşımdaki saik de birbirinden oldukça farklıdır. Yürürlükteki kanun ve uygulama cezai yaptırımın belirlenmesinde bu farklılığı gözönünde bulundurmayısa da hem bu yaptırımın ağırlığı öğretinin eleştiri odağındadır hem de suçun belirlenmesinde çocuk faillere yönelik bir pozitif ayrımcılık bulunmamaktadır.

Olası bir yeni düzenlemede pedagoji ve tıp bilimlerinde kabul edilen çocuk gelişim evrelerinin ölçüt olarak esas alınması ve mağdur ile fail arasındaki yaş aralığının üçten az olduğu durumlarda iradenin varlığının da tartışma konusu yapılarak ceza indirimi veya cezasızlığın seçilmesi fikrine katılıyorum.

Öte yandan en az 21 gibi belirli yaş olgunluğuna ulaşmış kişilere yönelik yaptırımlar hapisle sınırlı olmamalıdır. Şüphesiz ki vuku bulan her suç toplumsal vicdanı yaralar ve asayiş bozar. Cinsel istismar suçlarında ise failin bir “cinnet hali” veya “ağır tahrik” olarak ifade edemeyeceğimiz olgular çerçevesinde suç konusu fiili gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu da failerin genel ruh sağlığının yerinde olmadığını bize hatırlatmalıdır. Ceza infaz kurumuna girmesinden başlayarak psikoterapi ile desteklenmeli ve topluma yeniden kazandırılma evresinde de çocuklarla ilişkileri denetlenmelidir. Temel yaklaşım tek başına cezalandırmak da affetmek de olmamalıdır.

Kimyasal kastrasyon yöntemi ülkemizde 2016'da yönetmelikle hükme bağlanmıştır ancak kişi haklarına saldırı olarak görülerek Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Kanımızca da cinsel suçların sosyal ve psikolojik bölümü hiçe sayılarak sadece “bastırılmayan cinsel arzu” şeklinde görülmesi işin kolayına kaçmak olurdu. Kriminolojik çalışmaların ülkemizde yeniden başlatılması ve suçlulardan elde edilen verilere dayanarak suçu önleyici sosyal politikalar izlenmesi 21. yüzyılın insan hakları ve sosyal devlet anlayışına en yakışan olacaktır.

Mevcut düzenlemelerde mağdurun istismar nedeniyle yaşadığı travmanın sonuçlarını geleceğe dönük olarak dengelemeyi hedefleyen hükümler de yoktur. Ne failin cezalandırılarak hapse sokulması ne de vuku bulan hadisenin failden maddi manevi tazminat olarak alınıp mağdura teslimi mağdurun olağan hayatına hiçbir şey olmamış gibi devam etmesine yetmez. Cinsel suçların yetişkinler üzerinde bile kalıcı ve son derece sarsıcı psikolojik etkileri mevcut iken çocukların bu travmayı yaşamaları sonucunda ortaya çıkan tablo oldukça vahim hale geliyor. Çocukların cinselliğin anlam ve sonuçlarını tam idrak kabiliyetinden çoğu zaman yoksun oldukları da göz önünde tutulursa travmatik etkinin dengelenmesine yönelik bilimsel yolların gündeme gelmesi kaçınılmaz olmalıdır.

Devlet, yükümlülüğü olduğu halde çocuğun vücut bütünlüğünü ve cinsel dokunulmazlığını koruyamamıştır. İstismar mağduru çocuğun hayatına devam edebilmesi için belirli sıklıkla ve uzun sürelerle pedagoğ gözetimine tabi olmasının kanunlarca hükme bağlanması geleceğe yönelik önemli bir düzenleme olacaktır. Devlet bu tip onarıcı düzenlemelerle hem yerine getiremediği koruyuculuk vazifesini yeniden ele alabilir hem de travmatik bozukluklara doğru zamanda müdahale ederek istismar mağduru çocukların topluma uyumsuz ve geleceğin suçlu bireyleri olmasının önüne geçebilir.

KAYNAKÇA

- 1) Aydın Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- 2) Bayraktar Köksal / Yıldız Ali Kemal / Altunç Sinan / Erman Barış / Kurt Gülşah / Kızıroğlu Serap Keskin / Kartal Pınar Memiş / Bozbayındır Gülşah Bostancı / Erman Fulya Eroğlu / Sınar Hasan, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018
- 3) İbiloğlu Aslıhan Okan / Atlı Abdullah / Oto Remzi / Özkan Mustafa, Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Ensest Olgularına Çok Yönlü Bakış, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Türkiye, 2018
- 4) Özbek Veli Özer / Doğan Koray / Bacaksız Pınar / Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017
- 5) Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016
- 6) T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve UNICEF – Türkiye, Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Raporu, Türkiye, 2010, s. 10. www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/cocuk-istismari-raporu-tr.pdf (e.t: 26.01.2020)
- 7) Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017
- 8) Türk Tabipler Birliği, Çocuk İstismarı ve İhlali, Nisan 1999, www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html (e.t: 18.03.2020)
- 9) World Health Organization, Child Maltreatment, 30.09.2016, <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment> , (e.t: 15.03.2020)