

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

(TCK M.103)

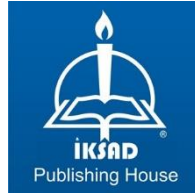
Av. Nihal CANDAN
Doç. Dr. Hakan CANDAN



ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (TCK M.103)

Av. Nihal CANDAN

Doç. Dr. Hakan CANDAN



Copyright © 2022 by iksad publishing house
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, distributed or
transmitted in any form or by
any means, including photocopying, recording or other electronic or mechanical
methods, without the prior written permission of the publisher, except in the case of
brief quotations embodied in critical reviews and certain other noncommercial uses
permitted by copyright law. Institution of Economic Development and Social
Researches Publications®
(The Licence Number of Publicator: 2014/31220)
TURKEY TR: +90 342 606 06 75
USA: +1 631 685 0 853
E mail: iksadyayinevi@gmail.com
www.iksadyayinevi.com

It is responsibility of the author to abide by the publishing ethics rules.
Iksad Publications – 2022©

ISBN: 978-625-6955-39-4
Cover Design: İbrahim KAYA
December / 2022
Ankara / Turkey
Size = 16x24 cm

ÖN SÖZ

Çocuklara yönelik cinsel istismar olayları son dönemin en çok kamuoyu gündeminde yer alan konulardan birisidir. İstanbul’da “6 yaşındaki çocuğun evlendirilmesi” olayı, Mersin Gülnar ilçesinde dedesinin tecavüz etmesi ve ardından öldürülerek cesedi saklanan çocuğun durumu, yine İstanbul’da zihinsel engelli bir kıza bir din adamının tecavüz olayı, Karaman’da bir yurttta görevlinin istismarına uğrayan erkek çocuklar olayı gibi okullardan siyasi partilere kadar her yerde görülebilen çocukların cinsel istismarı konusunda sadece son birkaç yıl içinde dahi sayılabilecek çok sayıda örnek sıralanabilir. Üstelik bu istismar olaylarının çok büyük bir kısmının gizli kaldığı ya da gizli tutulduğu da düşünülürse sorunun önemi ve büyüklüğü daha da artmaktadır.

Öte yandan çocukların cinsel istismarında birtakım sosyo-kültürel etkenler dikkat çekicidir. Çocuk gelinler, beşik kertmesi, töre ve diğer kültürel formlar çocuklara yönelik cinsel istismar için uygun sosyolojik zemin oluşumuna katkı sağlamaktadır. Mağdur çocuk ve ailelerinin, istismar olayı sonrasında toplum tarafından maruz kalabilecekleri dışlama, olumsuz etiketleme ve ötekileştirme davranışları ya da bu yöndeki endişelerinden ötürü yaşanan istismar olaylarını gizleme ve saklama eğiliminde olmaktadır. Daha da kötüsü istismar aile içi bireylerden meydana gelmişse yani enstet vakalarında, olayın gizlenmesi yönünde çabalara girildiği genelde karşılaşılan durumdur.

Mağdur çocukların olay sonrasında yeterli psiko-sosyal destek alamaması, tedavi edilemesi ya da edilmemesi halinde yaşamlarının gelecek dönemlerinde de büyük sorunlarla karşılaştıkları araştırma sonuçlarında görülmektedir. Bu tür bireylerin zamanla topluma karşı düşmanca ve intikam duygusuyla hareket edebildikleri, başka çocuklara karşı aynı eylemlerde bulunabilecekleri bilinmektedir. Dolayısıyla mağduriyetlerin gelecekteki başka mağduriyetlere yol açabileceği bir zincirleme gelişme söz konusu olmaktadır.

Bireysel, toplumsal ve ulusal ölçekte ciddi etki ve sonuçları olan çocuklara yönelik cinsel istismar olaylarının çok iyi analiz edilmesi, etkenlerinin ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirlerin alınması, mağdurlara

gereken desteklerin sağlanması önem taşımaktadır. Ancak bütün bunlar yanı sıra çocukların cinsel istismarı suçunda etkili bir yargılama ve sonrasında da etkili bir ceza ve ceza infaz sisteminin varlığı zorunludur. Neredeyse bütün toplumun odağına aldığı, yüksek duyarlılık gösterdiği bu tür olaylarda ahlaka, vicdana ve modern hukuka uygun bir yargılama ve yaptırım yapılmazsa en başta kamuoyu rahatsız olacak, büyük toplumsal tepkiler ortaya çıkacak ve bir kaos ve anomali riski doğacaktır.

Bu eserde yukarıda önemi vurgulanan çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin sosyal, psikolojik ve hukuki boyutlarıyla bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Uluslararası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukukta meselenin nasıl ele alındığı, eski ve yeni Türk ceza hukuk sistemlerindeki durumu incelenmiştir. Mevzuat ve uygulama açısından fark edilen eksiklik ve olumsuzlara dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla bu eserin ilgilenenler için faydalı olmasını umuyoruz. Eleştiri ve eksikliklerimiz için yapılacak bildirimlerden mutlu olacağımızı, bir kazanım, bir şans olarak göreceğimizi ifade ediyoruz.

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1
1.KAVRAMSAL ÇERÇEVEDE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI	4
1.1.Genel Olarak Çocukların Cinsel İstismarı	4
1.1.1.Çocukların Cinsel İstismar Suçunun Sebepleri	6
1.1.1.1. Failin Profili	6
1.1.1.2.Mağdurun Profili	8
1.1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi	9
1.1.2.1. Cinsel Saldırı	9
1.1.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki	10
1.1.2.3. Cinsel Taciz.....	11
1.1.2.4. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi.....	13
1.1.2.5. Ensest	15
1.1.2.6. Pedofili	16
1.2. Uluslararası Sözleşmelerde ve Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı	16
1.2.1.Uluslararası Sözleşmelerde Çocukların Cinsel İstismarı	16
1.2.1.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi.....	16
1.2.1.2. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	17
1.2.1.3. Avrupa Konseyi Lanzarote Sözleşmesi	18
1.2.2. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı	18
1.2.2.1. Fransa Ceza Hukuku.....	18
1.2.2.2. İngiliz Ceza Hukuku.....	19
1.2.2.3. Alman Ceza Hukuku	20
1.2.2.4. İsviçre Ceza Hukuku	21
1.2.2.5. İtalyan Ceza Hukuku	22
1.2.2.6. Rusya Ceza Hukuku	23
1.2.2.7. İspanya Ceza Hukuku.....	24
2.TÜRK HUKUKU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU	25
2.1.Tarihçe	25

2.2. 5237 Sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	27
2.2.1. Korunan Hukuki Değer	28
2.2.2. Suçun Unsurları	29
2.2.2.1. Maddi Unsur	30
2.2.2.1.1. Fiil	30
2.2.2.1.2. Fail	33
2.2.2.1.3. Mağdur	36
2.2.2.2. Manevi Unsur	39
2.2.2.2.1. Kasıt ve Taksir	39
2.2.2.2.2. Kasıtı Engelleyen Hata	40
2.2.2.3. Hukuka Aykırılık İlkesi	41
2.2.3. Suçun Özel Görünüm Biçimleri	42
2.2.3.1. Teşebbüs	42
2.2.3.2. İştirak	42
2.2.3.3. İçtima	43
2.2.4. Yaptırım	44
2.2.5. Davada Zamanaşımı	46
2.2.6. Suçun Yargılaması	48
2.2.6.1. Soruşturma ve Kovuşturma Aşaması	48
2.2.6.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	49
2.2.7. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İspat	50
2.2.7.1. Genel Olarak İspat	50
2.2.7.2. İspat Araçları	50
2.2.7.2.1. Mağdur ve Sanık Beyanları	52
2.2.7.2.2. Tanık Beyanları	53
2.2.7.2.3. Belge ve Belirtiler	54
2.2.8. Delillerin Değerlendirilmesi ve Cezanın Belirlenmesi	54
3.ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA İNFAZ	56
REJİMİ	56
3.1. Genel Olarak İnfaz Kavramı	56
3.2.Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İnfaz	61
3.3. Koşullu Salıverilme	63
3.4. Denetimli Serbestlik	64
SONUÇ	66
KAYNAKÇA	68

KISALTMALAR

TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
ÇCİ	: Çocuğun Cinsel İstismarı
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü

GİRİŞ

Çocuklara yönelik cinsel istismar konusuna yönelik ilgi, son yıllarda dünya genelinde olduğu gibi Türkiye’de de artan bir eğilim göstermektedir. Bu artan ilgiye bağlı olarak da kamuoyunun dikkatini üzerine çeken ve dolayısıyla da çok farklı boyutlarıyla incelenen bir önemli sorun halini almıştır. Öyle ki çocuklara yönelik cinsel istismar olaylarında bütün toplum ve ülkelerde çok ciddi önlemler alınmaya çalışılmakta, bunlara ek olarak birçok uluslararası kuruluş tarafından yürürlüğe konulan metinlerle üye ülkelerde soruna ilişkin bir standart ve ortak mücadele zemini oluşturulmaya çaba gösterilmektedir.

Çocukların cinsel istismarı konusunun psikolojik, sosyal, sağlık ve hukuksal boyutlarının olması nedeniyle soruna yönelik çok farklı yönlerden yaklaşılması da gerekmektedir. Mağdurların olay sırasında yaşadıkları travmanın yaşamlarının sonrası evrelerinde de giderek büyüyen olumsuzluklara dönüştüğü birçok araştırmanın ortak bulgusudur. Mağdur ve mağdur yakınlarının olay sonrasında karşı karşıya kaldıkları toplumsal baskı ve bazı ötekileştirme davranışları, birçok olayın gizli kalmasına ya da gizli tutulmasına yol açmaktadır. Nihayetinde bütün bu nedenlerle hukuk sistemlerince faillerin tespiti ve gerekli yaptırımların uygulanması sürecinde büyük zorluklar yaşanmaktadır.

Nitekim çocukların cinsel istismarı suçunun hukuk sistemi tarafından kamu vicdanını tatmin edici şekilde incelenerek gerekli ceza ve yaptırımların uygulanamaması durumunda adalete yönelik bir güvensizlik duygusu ortaya çıkabilmektedir. Şüphesiz adalet duygusunun örselendiği düşüncesinin var olduğu toplum ve ülkelerde kamuoyunun adaleti kendi tesis etmeye kalkması gibi hukuk dışı kaotik arayışların doğması da gündeme gelebilmektedir.

Türkiye açısından da çocukların cinsel istismarı konusu son dönemde hem yoğunluğu artan hem de kamuoyunun duyarlılığının giderek yükseldiği bir alan olmuştur. Örneğin TÜİK verilerine göre 2014 yılındaki olay sayısı 11095 iken yıllar itibarıyla sürekli bir artış göstererek 2017 yılında 18623 düzeyine yükselmiştir. Karaman ilinde bir vakfa ait bir yurttaki görevli tarafından çocuklara yönelik gerçekleşen istismar olayının da tetikleyici bir etki

göstermesiyle Türk kamuoyunun olaya karşı duyarlılık düzeyinin de arttığı görülmektedir. Konuya ilişkin bilimsel çalışmalar birçok farklı disiplin tarafından yoğunlaşan şekilde yapılmaktadır. Medyanın konuya ilişkin duyarlılık konusunda başat rol üstlendiği de dikkat çekicidir.

Türk Hukuk Sistemi de çocukların cinsel istismarı ve genel olarak çocukların korunması konusunda dünyadaki genel gelişmelere uyumlu şekilde çeşitli değişimler içinde olmuştur. Örneğin Mülga 756 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'unda çocukların cinsel istismarı, ayrı bir başlıkta değil, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” babında ele alınıyordu. Ayrıca çağdaş anlayışa çok da uygun olmayan şekilde mağdur yerine, fiili temel alan bir yaklaşımı öngörmekteydi. Oysa yeni Türk Ceza Kanunu (5237 sayılı TCK), çocukların cinsel istismarı konusunu 103. Madde ile düzenlerken bazı diğer cinsel suçlarla birlikte “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” şeklinde bağımsız bir başlık altında toplamıştır.

Ancak 5237 sayılı TCK'nın çocukların cinsel istismarına yönelik hükümleri ilk yürürlüğe girmesinden sonra birkaç defa değişikliğe uğramıştır. Bunun nedeninin düzenlemenin uygulamada karşılan durumlar ile belirlenen eksikliklerinin giderilmesi çabası olduğu açıktır. Bu değişikliklere rağmen çocukların cinsel istismarı suçu konusunda tartışmaların tam olarak ortadan kalktığı söylenemez. Birçok araştırmacının konuya ilişkin hükümlerde bazı yetersizlik ve eksikliklerin olduğu iddiaları devam etmektedir. Örneğin Türk kamuoyunda “çocuk gelinler” meselesi olarak gündemini koruyagelen sorun konu bağlamında ilgi çekicidir. Türk Medeni Kanunu (TMK) ile evlilik ve mahkeme kararıyla reşit olma hallerinin TCK 103. Madde nezdinde dikkate alınmadığı, dolayısıyla da 18 yaşından önce evlenen (16-17 yaşlarındaki) bireylerin evlilik sürecindeki cinsel durumlarının açıkça ele alınmadığı değerlendirilmektedir. Yine mağdur ve failin her ikisinin de çocuk olması durumundaki istismar olaylarında çok açık ve etkin bir düzenlemenin olmadığı şeklindeki eleştiriler varlığını korumaktadır.

Yukarıda anılanlara ek olarak çocukların cinsel istismarı suçunun ortaya çıkarılması ve etkin şekilde yargı süreçlerince incelenerek karara bağlanması açısından Türkiye özelinde bazı sosyal sorunlar da bulunmaktadır. Cinsel istismara maruz kalan mağdur ve yakınlarının toplumdan dışlanma endişesi ve bazı diğer olumsuz davranışlara maruz kalma korkusuyla çocuklara yönelik

cinsel istismar olaylarının birçoğu gizli kalmakta ya da gizli tutulmaktadır. Özellikle failerin çocukların yakınları tarafından gerçekleştirildiği ensest olaylarında ailenin olayı saklama çabası çok daha yüksek düzeylerde olmaktadır. Dolayısıyla da çocukların cinsel istismarı olaylarının ortaya çıkarılanları için “buzdağının görünen kısmı” ifadesini kullanmak mümkündür. Bu noktada olayların açığa çıkarılması açısından kolluk ve adli makamlara yardımcı olmak üzere sağlık kurumlarının ve sağlık çalışanlarının, eğitim kurumları ve eğitim çalışanlarının, sosyal hizmet kurumları ve sosyal hizmet çalışanlarının da çok büyük görev ve sorumluluklarının olduğu açıktır.

Bu çalışma önemi ve zorluklarına dikkat çekilen çocukların cinsel istismarı konusunu literatür taraması yöntemiyle incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm çocukların cinsel istismar konusunu kavramsal çerçevede ele almakta; bu kapsamda çocukların cinsel istismarı suçunun tanımları, diğer benzer kavramlarla ilişkileri, etki eden faktörleri ve sonuçlarını ortaya koymaktadır. Birinci bölümde ayrıca çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin çeşitli uluslararası sözleşme ve metinlere yer verilmiş ve daha sonra da karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerin ceza kanunlarındaki durum değerlendirilmiştir. İkinci bölümde çocukların cinsel istismarı suçunun Türk Ceza Kanunu (TCK) yönüyle ayrıntılı bir incelemesi yapılmaktadır. İlk olarak yürürlükten kaldırılan mevzuat açısından konuya yönelik değerlendirmeler ortaya konulmuş, sonra da 5237 sayılı yeni TCK m.103 kapsamında konu değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin infaz rejimi ele alınmıştır. Çalışma sonuç bölümünde yapılan genel bir analiz ile tamamlanmıştır.

1.KAVRAMSAL ÇERÇEVEDE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

1.1.Genel Olarak Çocukların Cinsel İstismarı

İlk olarak çocuk kavramının ele alınması yerinde olacaktır. Çünkü çalışmanın temel inceleme konusunu oluşturan cinsel istismarda mağdur çocuktur. Bu bağlamda BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) 1. Maddesinin çocuk tanımı birçok ulusal hukuk düzenlemesinde de kabul gördüğü için önem taşımaktadır. ÇHS 1. Madde'ye göre, ulusal kanunlarda geçerli olan çocuk için erken erken reşit olma durumu söz konusu değil ise, on sekiz yaşından küçük olan her birey çocuk olarak kabul edilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK'da ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)'nda ÇHS ile uyumlu bir düzenleme yapılmıştır. TCK 6/1-c bendi, henüz on sekiz yaşını doldurmamış birey; ÇKK 3/1-a bendi ise, evlenme ya da mahkeme kararı ile daha erkek yaşta reşit olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış birey çocuk olarak kabul edilmektedir (Gören 1998: 117). Buradan hareketle TCK ve ÇKK ile getirilen düzenlemede çocuk kavramı ÇHS'ye göre çok daha geniş tutulmuştur. Öyle ki evlilik ya da mahkeme kararı da olsa on sekiz yaşını doldurmamış bireylerin çocuk sayılmaya devam edildiği görülmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki hem ÇHS hem de TCK ve ÇKK'nın ortak noktası çocukların korunmasının gerektiği yönündeki hassasiyettir.

Çocukların cinsel istismarı kavramına yönelik literatürde uzlaşma sağlanmış bir ortak tanımının olmadığı görülmektedir. Araştırmacılar kendi disiplinlerine göre bir tanımlama yapma yoluna gitmişlerdir. Örneğin Kepme ve Kepme (1978)'ye göre çocukların cinsel istismarı, "yetişkinlere bağımlı olan, gelişimsel olarak olgunlaşmamış çocuk ve ergenlerin tam olarak kavrayamadıkları cinsel aktivitelerde bulundurulmaları ya da aile rolleriyle ilgili sosyal tabuların çiğnenmesi"dir. Kutchinsky (1991) tarafından yapılan tanımda ise çocukların cinsel istismarı, "çocuğun bir yetişkin ya da yaşça daha büyük bir kimse tarafından cinsel doyum elde etmek amacıyla istismar edilmesi" şeklinde tanımlamıştır (Bulut, 2007: 140). Akyüz (2000) ise, "yetişkinlerin cinsel doyum için çocukla ilişki kurması, para için fuhuş ve pornografiye yöneltilmesi" şeklinde çocukların cinsel istismarını tanımlamaktadır. Baysal (2003)'ün tanımına göre çocukların cinsel istismarı,

“çocuğun cinsel uyarım ve cinsel doyum için kullanılmasıdır. Irza geçme, irza geçmeye kalkışma, sarkıntılık, teşhircilik, laf atma ve ensest eylemlerini içerir.” (Akdoğan, 2005: 4).

Literatürde çocuk cinsel istismarı sayılabilecek eylem ve davranışların neler olduğuna yönelik de tam bir uzlaşma yoktur. Ancak bu anlamda genel kabul gören eylem ve davranışlar şöyle sıralanabilir (Bulut, 2007: 140):

“Teşhirci davranışlar, çıplaklık, cinsel organların amaçlı olarak gösterilmesi, çocuğun soyulması, röntgencilik, banyo yaparken, soyunurken ve tuvalette amaçlı olarak çocuğun seyredilmesi, çocuğun dudağından öpülmesi, yetişkinin dilini çocuğun ağızına sokması, çocuğun bacaklarının, göğüslerinin ve genital bölgelerinin ovalanması-okşanması ya da kendi organlarının çocuk tarafından ovalanması ve okşanması, çocuğun cinsel olmayan organlarına cinsel uyarım sağlamak amacıyla başlangıç aşaması olarak dokunulması ve okşanması, çocuğa mastürbasyon yaptırmak, oral ya da genital kontak kurmak veya kurdurmak, çocuğun oral, anal ya da genital organlarına penis, parmak ya da bir nesne sokmak”.

Bu sayılanlara ek olarak “yetişkin/ler tarafından çocuğa yönelik doğrudan ya da dolaylı şekilde gerçekleştirilen cinsel teklif, cinsel yollu bakış, cinsel şaka, cinsel içerikli mesaj, çocuklar ile uygun kabul edilmeyen duygusal ve cinsel bağlanma, kışkırtıcı davranışlar, cinsel içerikli dil kullanma, çocuğa cinsel içerikli ad takma, çocuklara cinsel içerikli erotik ve pornografik resim ve film gösterme ya da onlarla birlikte bunları seyretme” gibi eylem ve davranışlar da çocukların cinsel istismarı türleri içinde kabul edilmektedir (Bulut, 2007: 141). Görüldüğü üzere çok sayıda davranış ve eylem çocukların cinsel istismarı olarak değerlendirilmektedir. Burada dikkat çeken husus ise bu davranış ve eylemlerin cinsel istismar olarak değerlendirilmesinin esas sebebinin, fail ve mağdur arasındaki yaş ve güç farkının varlığı ve fail açısından bir haz amacına hizmet ediyor oluşudur (Akçe ve Doğan, 2020: 13).

1.1.1.Çocukların Cinsel İstismar Suçunun Sebepleri

Cinsel istismar suçu konusundaki bilimsel çalışmaları Freud'un 1896 yılındaki çalışmalarına kadar dayandırmak mümkündür. Freud konuya ilişkin oldukça önemli tespitler yaparak çocuklardaki cinsel istismar suçunun zannedilenin çok daha ötesinde bir yaygınlık taşıdığını iddia etmiştir. O'na göre çocukların cinsel istismarı suçunun temelinde "güç dengesizliği" yatmaktadır. Böyle bir dengesizliğin olduğu ortamda gücü elinde bulunduran yetişkin birey, arzularını göreceli olarak kendisinden daha güçsüz olan bir anlamda çaresiz durumdaki çocuk üzerinde tatmin etme yoluna gitmektedir. Dolayısıyla çocuk bu keyfi güç ile istismar edilerek bir nesne haline gelmektedir. Yine Freud araştırmalarıyla kız çocuklarındaki cinsel istismara uğrama oranının erkeklerden çok daha fazla olduğunu ve faillerin birçoğunun da yetkişkin bireyler, baba ve büyük erkek kardeşlerden oluştuğunu ileri sürmüştür (Şarman, 2012: 26).

Genel olarak araştırmacılar bireyleri suç işlemeye yönelten iki temel faktörün olduğunu kabul etmektedirler. Birincisine göre bu suçu işleyen bireylerin psikolojik rahatsızlık sahibi kişiler olmasıdır. İkincisinde ise erkek egemen bir toplumda tecavüz suçunun kadının küçük görülmesinden kaynaklı olarak belli ölçüde kabul görmesidir. Bir anlamda cinsel istismarın nesnesi durumundaki bireyler güçsüz kişilerden oluşmaktadır (Bulut, 2007: 142).

1.1.1.1. Failin Profili

Çocukların cinsel istismarında faillerin büyük çoğunluğunun erkekler olduğu ve çok büyük oranda mağdurların tanıdığı erkeklerden (%85-90) oluştuğu ileri sürülmektedir. Bunun yanı sıra kadın faillerin de azımsanmayacak bir oranda oldukları da yine aynı araştırma bulgularının ortaya koyduğu iddialar arasındadır. Bu araştırmaya göre erkek çocuklar %20, kız çocukları ise %52 oranında kendilerinden daha büyük kadınlar tarafından cinsel istismara maruz kalmışlardır (Bulut, 2007: 142).

Çocuklara yönelik cinsel istismar suçunda faillerin genel olarak pasif, yeterince olgunlaşmamış ve güvensiz bireylerden oluştuğu, kendi akranı karşı cinsle ya da cinsel deneyiminin olduğunu düşündükleri karşı cinsle ilişki kurmaktan korktukları, özellikle iktidar sahibi olamadıkları için kendilerinden

yaşça büyük kadınlar karşısında küçük düşürülme kaygısı yaşadıkları iddia edilmektedir (Demirbaş, 2010: 219).

Faillerin farklı tür ve davranış tazları bulunmaktadır. Buna göre (Demirbaş, 2010: 219);

- *Sabitleşmiş fail türü*: Bu türden faillerin çocuklara yönelik cinsel ilgisi gençlik çağlarından itibaren başlamaktadır. Bu kişilere kendi yaşlarıyla cinsel ilişkiler yabancı gelir. Kendilerini değersiz olarak görürler ve mecburiyetten sıkça planlı olarak hareket ederler.
- *Yedekçi fail türü*: Bu türe giren failerde çocuklara yönelik cinsel ilgi yetişkinlik döneminde başlar. Bu davranışın nedenleri arasında alkol ve uyuşturucu kullanımı da yer alabilir. Failler tarafından çocuklara aniden ve erişkin cinsel partnerinin yedeğiymişçesine hareket edilir.
- *Sosyopatik fail türü*: Bu türdeki failler saldırgan ve sadistçe davranışlar eğiliminde olabilirler. Mağdurlara karşı herhangi bir acıma duygusu taşımazlar. Aşağılamak, hakim olmak, kullanmak ve cinsel ilgilerini acımasız şekilde gerçekleştirmek peşindedirler.
- *Maceracı fail türü*: Bu tür failler değişiklik ve yeniliğin tahrik edici etkisinden hoşlanırlar. Deneme merakıyla cinsel ilgilerini çocuklara yöneltirler.

Bütün failerde ortak özellik ise kendilerini mağdurlara karşı kibarı, dost ve yardımsever olarak göstermeleridir. Mağdurların güvenlerini kazanmak için bolca zamanları da vardır. O nedenle bu bireylerin bir komşu, bir tanıdık, bakıcı ve hatta mağdurun babası bile olması mümkündür (Şarman, 2012: 27).

Yapılan birçok araştırmanın ortak noktası, cinsel istismara maruz kalan erkek çocukların yaşamlarının ileriki dönemlerinde başkalarına yönelik cinsel istismarda bulunma ihtimalinin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Bir anlamda cinsel istismar mağdurları geleceğin potansiyel istismarcıları olmaktadır (Akdoğan, 2005: 4-5).

Çocuklara yönelik cinsel istismarı tetikleyen etkenlerden birisi de anne-baba arasındaki cinsel uyumsuzlukların olması, annenin yetersiz, bağımlı,

güçsüz veya yaşlı olması, dolayısıyla da cinsel partner olarak yetersiz olması kabul edilmektedir. Bir başka etken de baba, anne veya evde bulunan diğer fertlerin cinsel sorunlarının bulunması, bazı cinsel sapıklıklar göstermeleri sayılmaktadır. Ayrıca parçalanmış aile veya tek bir ebeveynle birlikte yaşayan bireylerin çocukların cinsel istismarı faileri arasında yer alabilecekleri düşünülmektedir (Polat, 2007: 150).

1.1.1.2.Mağdurun Profili

Her şeyden önce çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurunun çocuklar olduğu açıktır. Bu çocukların yaş ve zeka düzeyleri gereğince cinselliği tam olarak bilmedikleri ya da bilemedikleri, cinsel yönden tam anlamıyla olgunlaşmamış bireyler oldukları ve maruz kaldıkları istismar olayını bir oyun gibi algıladıkları ileri sürülmektedir. Mağdur çocuklar arasında ise kız çocukları çok daha büyük bir çoğunluğu oluşturmaktadırlar (Yılmaz, 2009: 16).

Ne var ki erkek çocuklara yönelik cinsel istismar sayılarının da azımsanmayacak kadar önemli sayıda olduğu ortaya konulmaktadır. Erkek çocuklarına yönelik cinsel istismar olaylarının çoğunluğunun rapor edilmediği ve daha az farkına varıldığı şeklinde araştırmalar bulunmaktadır (Bulut, 2007: 142).

Çocukların cinsel istismarı olaylarının önemli bir kısmının aile içerisinde veya mağdur çocuğa yakın kişiler tarafından gerçekleştirildiği, aile dışı cinsel istismar olaylarının da her şekilde olabildiği ve daha uzun sürdüğü, aile içinde gerçekleştirilen cinsel istismar türünün ise daha çok penetrasyon türünde olduğu ileri sürülmüştür. Aile-içi cinsel istismar mağduru çocuklarda yaş aralığının daha çok 5-7 olduğu, aile dışı istismar olayı mağduru çocuklarda ise bu yaş aralığının 7-10 yaş aralığındaki çocuklarda yoğunlaştığı, daha çok kız çocuklarının istismara uğradıkları, erkek çocukların kızlara göre daha erken yaşlarda istismara maruz kaldıkları belirlenmiştir (Z-Page, 2004: 106).

Türkiye’de aile içi cinsel istismarın kız çocuklarında 6 yaşından önce başladığı, 4-6 yıl sürdüğü ve mağdurlara yönelik şiddet düzeyinin yüksek olduğu öne sürülmüştür. Türkiye’deki çocuklara yönelik aile içi cinsel istismar olaylarının büyük oranda Marmara ve Karadeniz bölgelerinde yoğunlaştığı belirtilmektedir. Bunlara ilave olarak araştırmalara göre; mağdurların fiziksel, zihinsel ve gelişimsel engelleri olan bireyler oldukları, sosyal olarak yalnız,

daha kolay itaat eden, yetişkinleri etkilemeye çalışan, ilgi görme ihtiyacındaki bireyler olduğu, birçoğunun erken yaşta cinsel olgunluğa erişmiş kişiler olduğu ve fiziksel olarak da çekici çocuklar olduğu ortaya konulmaktadır (Z-Page, 2004: 106).

1.1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

Cinsel istismar kavramının, bazı benzer kavramlarla karıştırılması mümkün olduğu için bu kavramlarla benzerlik ve ilişkisini ortaya koymak yerinde olacaktır. Bu kapsamda cinsel saldırı, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, müstehcenlik ve pornografî, ensest ve pedofili kavramları kısaca değerlendirilecektir.

1.1.2.1. Cinsel Saldırı

TCK'nın 102. Maddesi ile düzenlenen cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer, bireyin cinsel özgürlüğüdür. TCK'nın 102. Madde 1. Fıkrası cinsel saldırı suçunun basit şeklini hüküm altına alırken geriye kalan fıkralarında ise suçun nitelikli halleri belirtilmiştir.

1. Fıkra, "*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindedir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği devam fıkralarda ise düzenleme şu şekildedir:

1. Fıkra "*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.*"
2. Fıkra "*Suçun; a) beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kaayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı, d) Silahla veya birden fazla*

kişi tarafından birlikte, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.”

3. Fıkra *“Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.”*
4. Fıkra *“Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”*
5. Fıkra *“Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”*

Cinsel saldırı suçunun failleri erkek ya da kadın olabilir. Ancak bu suçun mağdurunun on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Şüphesiz cinsel saldırı eyleminin suç sayılması için suç oluşturan davranışların mağdurun rızası dışında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu suçun basit halinde cinsel davranışlar ile vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi söz konusu iken, vücuda organ veya sair cisim sokmak nitelikli hali kapsamında ele alınmıştır. Bu düzenleme ile eski ceza kanunundaki ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık ayrımı ortadan kaldırılmıştır (Tezcan vd., 2008: 288-292).

Cinsel saldırı suçunda manevi unsur ise kasıttır. Suçun basit halinde cinsel arzuların tatmin edilmesi amacı aranırken, nitelikli halinde bu hususa gerek bulunmamaktadır (Tezcan vd., 2008: 298).

1.1.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

Bu suç TCK 104. Madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü bulunmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu düzenlenirken cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlık ilkeleri yanı sıra toplumsal değer yargılarının da etkili olduğu söylenebilir (Savaşçı, 2010: 109).

Bu suçla koruma altına alınan hukuki değerın çocuğun cinsel özgürlüğü ve gelişimi olduğu görülmektedir. Suçun maddi konusu on beş yaşını bitirmiş

olmasına karşın henüz on sekiz yaşını doldurmamış, maruz kaldığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını tam olarak algılayabilecek gelişimi sağlamamış çocuklardır. Mağdurların kız ya da erkek olması öndemli değildir (Savaşçı, 2010: 118).

104. maddede yer alan “cebir, tehdit ve hile olmaksızın...” ifadesi ile cinsel ilişki için çocuğun ruzasının bulunduğu anlaşılmaktadır. Normalde mağdurun ruzasının varlığı, genel olarak hukuka aykırılığın ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Ancak bu suç açısından cinsel ilişkide rızası bulunan mağdurun şikayetiyle eylem cezalandırılabilir hale gelmektedir (Savaşçı, 2010: 119).

Suçun maddi unsuru, on beş yaşını tamamlamış olmasına rağmen henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan ve maruz kaldığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını tam olarak algılayabilecek fiziksel ve ruhsan gelişimini sağlayamamış durumdaki çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girilmesidir. Burada dikkat çekici husus, bir kadının bir erkeğe karşı ya da bir erkeğin bir kadına karşı bu suçu işleyebilmesi mümkün iken, bir kadının bir başka kadına karşı bu suçu işlemesi 104. Madde kapsamında mümkün bulunmamaktadır. Çünkü suçun oluşması için maddi unsuru oluşturan davranış olarak “cinsel ilişki”nin gerçekleşmesi gerekmektedir ve bir kadının bir başka kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir. Cinsel ilişki ile hukuken kastedilen erkek cinsel organının vajinal veya anal yoldan duhulüdür. Dolayısıyla bir kadın tarafından bu suç işlenemez (Savaşçı, 2010: 119).

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu genel kasıt ile işlenmesi mümkün olan bir suç olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu suç bizzat işlenebilmektedir ve dolayısıyla “birlikte faillik” söz konusu değildir. Fakat suça azmettirmek ve suça yardım etmek mümkün olabilir. Birden fazla sayıdaki kişi mağdur çocuk ile ardı sıra cinsel ilişkiye girmişler ise bu durumda her birisi ayrı ayrı suçun doğrudan faili olacaklardır (tezcan vd., 2008: 329).

1.1.2.3. Cinsel Taciz

TCK 105. Maddesi cinsel taciz suçunu hüküm altına almaktadır. Bu maddenin gerekçesi “Kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan

cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” şeklindedir. TCK 105. Madde 1. Fıkra’da “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.”, TCK’da 5377 sayılı kanun ile değişen 2. Fıkra’da ise “Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim-öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı iş yerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği taktirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeneysel mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.” Denilmektedir (Savaşçı, 2010: 113).

Bu suçun 765 Sayılı Eski TCK’daki karşılığı söz atmak ve sarkıntılık olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla cinsel taciz suçunun ani gerçekleşebilmesi yanı sıra devamlılık arz etmesi de mümkündür. Ne var ki yeni TCK’da düzenlenen cinsel taciz suçunda sarkıntılık eyleminde olduğu gibi vücuda temas bulunmamalıdır. Aksi halde bu suç cinsel istismar ya da cinsel saldırı suçu kapsamına girecektir (Savaşçı, 2010: 113).

Cinsel taciz suçunda da korunan hukuki değer kişinin cinsel özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçla saldırı boyutuna gelmemiş olmasına rağmen bireyi rahatsız edecek davranışlar da cezalandırılmaktadır ve böylece kişinin cinsel özgürlüğünün korunması daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir (Savaşçı, 2010: 114).

TCK 105. Madde’de failin cinsiyetine ilişkin bir hüküm yer almadığı için failin erkek ya da kadın olması mümkündür. Mağdur ise herkes olabilir. Hem aynı hem de karşı cinsteki kişilere karşı bu suç işlenebilir. Ayrıca mağdurun evli veya bekar olmasının suç bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Cinsel taciz suçunda maddi unsur, mağdurun vücuduna temas olmaksızın rahatsız edilmesidir. Kanun hangi cinsel davranışların cinsel taciz sayılacağını açıkça düzenlemiş değildir. Bu nedenle fail tarafından gerçekleştirilen ne tür cinsel davranışların mağdur tarafından rahatsız edici bulunduğu önem kazanmaktadır. Örneğin arkadaşlık teklifinin ve bu teklifte ısrarcı davranışların cinsel taciz sayılamayacağı yönünde doktrinde oluşan genel bir uzlaşma -bazı karşıt görüşlerde olanlar bulursa bile- dikkat çekicidir (Malkoç, 2008: 162). Manevi unsur ise kasıttır. Kasıt ile; failin cinsel amaçla bir kişiyi taciz edici, bir başka

deyişle tedirgin edici ve rahatsız edici şekilde davranışlar içinde bulunma bilgi ve iradaye sahip olması ifade edilebilir. Dolayısıyla failin bir kasıtlı hareket ettiğinin kabulü için suç türünün nesnel nitelikteki bütün öğelerine yönelmesi gerekmektedir (Savaşçı, 2010: 115).

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 21.01.2008 tarih 11461/124 sayılı kararında, yüksek mahkeme vücuda temas içermeyen davranışları cinsel istismar kapsamında değil, cinsel taciz şeklinde kabul etmiştir. Malkoç da 2008 tarihli eserinde cinsel taciz suçunun cinsel istismar suçuna göre daha hafif nitelikte bir suç olduğunu öne sürmekte ve cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenemeyeceğine vurgu yapmaktadır (Malkoç, 2008: 889).

Doktrinde cinsel taciz suçu ve cinsel istismar suçları konusunda farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Ünver 2008 tarihli eserinde cinsel istismarın, cinsel tacizi de kapsadığı görüşündedir. Öyle ki cinsel istismar suçu TCK 103. Madde ile düzenlenmiştir ve TCK 105. Madde'nin çocuklar için uygulanabilmesi mümkün değildir. Fakat bu durum sakıncalı olarak görülmektedir. Çünkü cinsel taciz suçu, cinsel istismar suçunun basit ya da nitelikli hallerinden değildir. Sadece mağdur çocuk olduğu için suç cinsel istismar olarak kabul edilirse hukuksal değer-cezai yaptırım arasındaki denge bozulacaktır (Ünver, 2008: 313). Özbek de 2008 tarihli eserinde aynı görüşe yer vermektedir. Ona göre eylemin çocuğun vücut dokunulmazlığına yönelik bir ihlal olması gerekli değildir ve dolayısıyla da eylem cinsel istismar suçu kapsamında kabul edilmelidir (Özbek, 2008: 630).

1.1.2.4. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi

Müstehcenlik suçu ya da çocuk pornografisi TCK 226. Madde ile düzenlenmektedir (Tüysüz, 2021: 15). Bu madde,

“1-Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,”

“2-Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleten,”

“3-Bu ürünleri içeriğine sahip olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,”

“4-Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,”

“5-Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışlarının yanında ve dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,”

“6-Bu ürünlerin reklamını yapan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara

ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.”

şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere müstehcenlik ya da çocuk pornografisi suçu, görüntüsü, yazı ve sözlerin yer aldığı materyallerin üretilmesinde çocukların kendilerinin, çocukları temsil eden görüntülerin ya da çocuğa benzeyen kişilerin kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Çocuğun cinsel istismarı suçundan farkının ise, çocukların vücuduna yönelik bir temasın bulunmamasıdır. Fakat hemen belirtilmelidir ki çocukların cinsel istismarı eylemlerinin kayda alınarak pornografik görüntülerin üretilmesi ve bunların TCK 226. Maddede belirtilen şekillerde kullanılması durumunda hem çocuğun cinsel istismarı hem de müstehcenlik suçunun birlikte oluşması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla da her iki suç kapsamında cezalandırılmaları gerekecektir (Aydın, 2018: 95-97).

1.1.2.5. Ensest

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) istismar kavramını; fiziksel, duygusal, psikososyal, cinsel ve ekonomik istismar ve ihmal kavramlarını kapsadığını öne sürmektedir. Aile içinde çocuğa yönelik gerçekleştirilen her türden cinsel istismar eylemleri literatürde “ensest” olarak, aile dışından ya da çocuğun tanımadığı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi ise “pedofili” olarak tanımlanmaktadır (İbilioglu vd., 2020: 99). Ensest ilişki; biyolojik anne-baba ve çocuk, erkek ve kız kardeşler, üvey anne ve oğul, üvey baba-kız çocuk ve anne-baba ve evlat edinilmiş çocuklar arasında gerçekleşebilir (Sümer, 2019: 21).

Ensest olaylarının yaşandığı ailelerin ortak özelliği ebeveynlerin çocuklardan duygusal anlamda uzak bireyler oldukları, ancak aile içerisinde cinsel içerikteki bazı davranışların bulunduğu şeklindedir. Aile içinde yaşanan cinsel istismar olgularında babanın madde bağımlısı olduğu ve antisosyal özelliklere sahip olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca alkol kullanımının yaygın olduğu ve alkolün aile içi cinsel istismarda zemin oluşturan faktörler arasında yer aldığı belirtilmektedir (Topçu, 1997: 101).

Türk Hukuk Sisteminde ensest ilişki, Türk Medeni Kanunu (TMK) 129. Maddesinde belirlenen evlenme yasağı kapsamında kabul edilirken ceza hukukunda ise ayrıca bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Ancak TCK 103/3

gereğince çocuğa yönelik cinsel istismar suçunun ağırlaştırılmış halleri arasında yer almıştır (Ataç, 2013: 877).

1.1.2.6. Pedofili

Kavram olarak pedofili, yetişkin bir kişinin küçük çocukları cinsel yönden çekici bularak onlara karşı cinsel eğilimler duyması şeklinde tanımlanabilen psikolojik bir terimdir. Bir tür sapkınlık olarak da kabul edilebilen pedofili hastalarının, çocuklara karşı işlenen cinsel suçların %30 oranında müsebbibi olarak görülmektedir (Erbaşı, 2007: 1614).

Pedofili, psikiyatrik sınıflandırmada “parafililer” grubunda, yani cinsel sapkınlık olarak sınıflandırılmaktadır. Parafilia kavramı ise, sapkınlık düzeyinde sevgi, anormal bir objeye yönelik duyulan aşk ya da cinsel yönelim olarak tanımlanmaktadır. Bu grupta en yaygın olan ise pedofilidir. Amerikan Psikoloji Derneği pedofili için bazı öne çıkan özellikleri şöyle sıralamıştır (Erbaşı, 2007: 1614):

“En az altı aylık bir süre zarfında, ergenlik çağına henüz girmemiş çocuk ya da çocuklara (genellikle 13 yaş ve altı) karşı, cinsel fantazi duyma, cinsel eylemde veya zorlamada bulunma; kişinin psikolojik sorunları nedeniyle bu tür bir eylemde bulunması; eylemi gerçekleştiren kişinin en az 16 yaşında olması ve çocuktan en az beş yaş küçük olması”

Pedofili için Türk Ceza Hukuku ayrı bir düzenlemeye gitmemiş ve TCK 103. Maddesi ile çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında ele almıştır.

1.2. Uluslararası Sözleşmelerde ve Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı

1.2.1. Uluslararası Sözleşmelerde Çocukların Cinsel İstismarı

Bu başlık altında çocukların cinsel istismarı konusunda Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi ve Avrupa Konseyi Lanzarote Sözleşmesi ayrı ayrı incelenmiştir.

1.2.1.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi

26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti'nin kabul ettiği ve Türkiye'nin imzalayarak taraf olduğu Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, bu

alandan atılan belki ilk önemli adım olmuştur. Bu bildiri ile dünyadaki bütün çocuklar fiziksel ve ruhsal gelişimi sağlanması gereken bireyler olarak görülmüştür. Bu bağlamda aç çocuklar beslenmeli, hasta olanlar tedavi edilmeli, suçlu olanların ıslahı sağlanmalı, yetim ve kimsesiz olanları koruma altına alınmalı, afetlerde ilk olarak çocuklara yardım edilmeli ve çocuklar her türden sömürüden uzak tutularak kardeşlik duygusu çerçevesinde eğitimleri sağlanmalıdır (Seçgin, 2018: 32).

Ne var ki bu metin çocukların korunması ve bazı temel haklar bakımından gözetilmesi noktasında temel ilkelere yer verse de ilgili ülkelere yönelik bir yaptırım içermemektedir. Dolayısıyla sadece bir yazılı metin olmaktan öteye geçememiştir.

1.2.1.2. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 1959, 1989 ve 2000 yıllarında üç ayrı sözleşmeyi kabul ederek üye ülkelerin uygulamaya almasını talep etmiştir. 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirgesi istismarla mücadele noktasında aktif roller üstlenmelerini, yeterli ve etkili düzenlemeler yapmalarını taraf ülkelerden istemiştir. Türkiye bu sözleşmeye 1990 yılında taraf olmuş ve 1995 yılında da TBMM’de onaylayarak iç hukuk normu haline getirmiştir (Herkesecan, 2021: 16-17).

Sözleşmeye ek olarak 2000 yılında kabul edilen ek metinle de sözleşmenin ilk halindeki eksiklikleri ortadan kaldırmaya odaklanmaktadır. Özellikle internetin yaygınlaşması beraber çocuk pronografisi konusunda çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsüne karşı önemli bir metin olarak dikkat çekmektedir (Herkesecan, 2021: 17).

Sözleşmenin 34. Maddesi konuya ilişkin şu hükümleri ihtiva etmektedir (Herkesecan, 2021: 17-18): *“Taraf devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler.”* Ayrıca maddenin devamında;

“1-Çocuğun yasa dışı bir faaliyete girişmek için zorlanmasını, 2-Çocukların fuhuş ve diğer yasa dışı cinsel faaliyette bulundurulurak sömürülmesini, 3-Çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve

malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.” şeklinde hükümler getirmek suretiyle taraf devletleri yükümlü kılmıştır (Herkesecan, 2021: 18).

1.2.1.3. Avrupa Konseyi Lanzarote Sözleşmesi

Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Lanzarote’de 25.10.2007 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşmenin 1. Maddesi ile ortaya konulan amaçlar şöyledir (Lanzarote Sözleşmesi, 2007: 3):

“a-çocukların cinsel suistimalini ve çocuğa yönelik cinsel istismarı önlemek ve bunlarla mücadele etmek, b-cinsel suistimal ve cinsel istismar mağduru çocukların haklarını korumak, c-çocukların cinsel suistimaline ve cinsel istismarına karşı ulusal ve uluslararası iş birliğini yaygınlaştırmak”

Sözleşme Madde 4 ile de ilkeleri ortaya koymakta ve taraf ülkelere yükümlülükleri belirtilmektedir. Buna göre, *“Tarafların her biri çocukların her türlü cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önleyecek ve çocukları koruyacak gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaktır.”* denilmektedir.

Lanzarote Sözleşmesi’nin Türk Ceza Hukuku ile büyük oranda benzerliklerinin olduğu dikkat çekicidir. Ancak TCK ile farklılaşan bazı hususlar da bulunmaktadır. Sözleşmeye göre, iki küçük arasında gerçekleşen rızaya dayanan cinsel ilişki kapsam dışında bırakılırken, TCK 103. Maddede bu husus hüküm altına alınmış değildir. Aynı şekilde aile içi yaşanan cinsel istismar yani enest olayları TCK’da ayrı bir hüküm içinde ele alınmamış, bunun yerine cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı sebepleri arasında sayılmıştır (Herkesecan, 2021: 23-24).

1.2.2. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı

Bu başlık altına çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun çeşitli ülkelerdeki durumu kısaca incelenmiştir.

1.2.2.1. Fransa Ceza Hukuku

Fransız Ceza Kanunu, ırza geçme ve benzeri suçları “Vücut Bütünlüğüne ve Psikolojik Bütünlüğe Karşı Suçlar” şeklinde bir alt bölüm olarak düzenlemektedir. Bu ırza geçme ve benzer eylemlerin çocuklara yönelik

gerçekleştirilmesi durumunda ise fail/failler için ağırlaştırılmış iekilde cezalandırılmaktadır (Seçgin, 2018: 37).

Ancak Fransız sistemi çocuklara yönelik hiçbir şekilde şiddet, zorlama, tehdit veya hile olmadan gerçekleşen cinsel içerikli eylemleri, “aileye ve küçüklere karşı suçlar” bağılığı ile ve “küçükleri tehlikeye koyma” bağılığı ile hüküm altına almaktadır. Düzenlemede yaş yönüyle ikili bir ayırım bulunmaktadır. 15 yaş ve altındaki mağdurlar ve 15-18 yaş arasındaki mağdurların durumu ayrı ayrı ele alınmaktadır. Küçüklerle yönelik cinsel istismar içeren eylemlere ilişkin ağırlaştırıcı sebepler olarak da; mağdur üstünde otorite gücünün varlığı, birden çok sayıda kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması, dijital ortamlara taşınmış olması ve sarhoşluk halleri sayılmıştır (Kartal, 2014: 94).

1.2.2.2. İngiliz Ceza Hukuku

İngiliz ceza sistemi, cinsel suçları ceza kanunu içinde değil, ayrı bir düzenlemeye tabi tutmaktadır. Özellikle geçmişte çok yaygın bir suç olarak öne çıkan cinsel suçlar konusuna ayrı bir önem atfedilmesinin sebebi söz konusu yaygın bir suç oluşudur. 2003 tarihli en son İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu, çocuklara yönelik cinsel suçları ilk bölümde 5-29. Maddeleri ile hüküm altına almaktadır. Bu kapsamdaki eylemler; tecavüz ve cinsel saldırı yanı sıra, çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu, müstehcenlik, teşhircilik olarak sayılmaktadır (Seçgin, 2018: 38).

İngiliz ceza sisteminde çocuklara yönelik cinsel suçlarda mağdur çocuğun yaşı önem taşımaktadır. Örnek olarak 13 yaşına kadar olan çocuklara yönelik cinsel saldırılarda fail/failler genel olarak ömür boyu hapis cezasına çarptırılmaktadır. 18 yaş ve üstündeki fail ya da failler tarafından 16 yaş ve altındaki çocuklara yönelik cinsel suçlarda 14 yıllık bir hapis cezası öngörülmektedir. 16 yaş ve üstü çocuklara yönelik cinsel suçlarda cinsel eyleme çocuğun rızası bulunması durumunda ise bu eylem suç olarak kabul edilmemektedir (Seçgin, 2018: 39).

TCK 103. Maddenin cinsel istismarın nitelikli halinin eşdeğeri olarak kabul edilebilecek İngiliz Cinsel Suçlar Kanunu'nun 6. Maddesine göre

mağdurun 13 yaş ve altında olması halinde ve mağdurun vajina ve anüsüne bir cisim ya da organın sokularak eylemin gerçekleştirilmesinde verilecek hapis cezası ömür boyu olarak belirlenmiştir (Seçgin, 2018: 39).

1.2.2.3. Alman Ceza Hukuku

Çocuğa yönelik cinsel istismar suçu, Alman Ceza Kanunu'nun 13. Bölümünde yer alan “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlığında ele alınmaktadır. Alman Ceza Kanunu 176. Maddesi (Şarman, 2012: 15-16);

“(1) Her kim on dört yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerine cinsel davranışlarda bulunulur veya bu çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışlar yaptırursa, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, bir çocuğu başka biri üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya veya başka birinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmeye sevk ederse, aynı ceza ile cezalandırılır. (3) Çok ağır hallerde bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilir. (4) Her kim, 1. bir çocuk önünde cinsel davranışlarda bulunursa, 2. bir çocuğu, fail veya üçüncü bir kişi üzerinde veya önünde cinsel davranışlarda bulunması veya failin veya bir üçüncü kişinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmesi için, yazılar (m.11 fıkra 3) vasıtası ile etkilerse veya 3. bir çocuğu, ona pornografik resim veya tasvir göstermek, pornografik ses kaydı dinletmek suretiyle veya benzer konuşmalarla etkilerse, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (5) Her kim 1 ila 4'üncü fıkraya giren bir fiil için bir çocuğu sunar veya bulmayı vaat ederse veya başka bir kişi ile, bu yönde bir fiil işlemek üzere anlaşır, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (6) 4'üncü fıkranın 3 ve 4 numaralı bentlerine 5'inci fıkraya giren fiiller dışında bu suça teşebbüs ile cezalandırılır.”

şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmünden anlaşılacağı gibi çocuğa yönelik cinsel eylemlerin çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturması, çocuğun 14 yaşını tamamlamamış olması şartına bağlanmıştır. Çocuğun rızasının olup olmasının bir önemi yoktur (Şarman, 2012: 16).

Kanun'un 176/a maddesiyle suçun nitelikli halleri sıralanmıştır. Buna göre; suç, 19 yaşını tamamlayan kimseler tarafından ve iştirak halinde işlenmiş ise, failce işlenen suç sonrası mağdurun bedensel ve ruhsal olarak zarar görmesi söz konusu olmuş ise ya da mağdurun sağlığı ağır derecede zarar görmüş ise veya mağdurun ölüm tehlikesi oluşmuş ise ceza artırımı hüküm altına alınmıştır (Şarman, 2012: 16-17).

176/b maddesine göre de, failin 176 ve 176/a maddelerinde sayılan eylemlerinin sonucunda, en az ağır dikkatsizlik ve ilgisizlikten kaynaklı mağdurun ölümü söz konusu olmuşsa, müebbet hapis ya da en az 10 yıl hapis cezası verileceği düzenlenmiştir (Şarman, 2012: 17).

1.2.2.4. İsviçre Ceza Hukuku

Çocuğun cinsel istismarı suçu, İsviçre Ceza Kanunu'nun "Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar" başlıklı bölümde 187-189. maddeleriyle düzenlenmiştir ve korunması hedeflenen hukuki değer de "çocuğun cinsel gelişimi" olarak ortaya konulmuştur. 187. Madde'ye göre, 16 yaş altı çocuklara yönelik cinsel davranışlarda bulunan ya da çocukları bu davranışlara yönlendiren veya dahil eden kişi/kişiler beş yıla kadar hapis cezası ile ya da para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, fail ile mağdur arasında 3 yaştan daha fazla bir fark bulunmuyor ise cinsel istismar suçu söz konusu olmamaktadır. Ayrıca fail eylemi gerçekleştirdiğinde yirmi yaşını tamamlamamış ise ve bazı istisna durumlar söz konusuysa ya da mağdur ile evli ise veya buna benzer bir birliktelik içindeyse mahkemece bir ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır (Seçgin, 2018: 42).

İsviçre Ceza Kanunu 187. Madde 3. Fıkrasıyla bir başka önemli düzenleme daha getirilmiştir. "Çocuk aşıklar" şeklinde de ifade edilen bu düzenlemeyle mağdur fail tarafından evlilik vaadiyle kandırılarak bu eylem gerçekleştirilmişse, evlilik yapılmış olması durumunda dahi cezai yaptırım gündeme gelebilecektir (Memiş Kartal, 2014: 96). Bununla birlikte fail ve mağdur bir başka ülke hukukuna uygun şekilde cinsel ilişki öncesi evlilik gerçekleştirmişlerse, İsviçre tarafından bu evlilik kabul edilerek bir cezai yaptırım uygunmayacaktır (Memiş Kartal, 2014: 96).

İsviçre Ceza Kanunu 188. Maddesi'ne göre de, 16-18 yaş aralığındaki çocuğun bakımı, büyütülmesi ve çalıştırılması ve benzeri bir bağı olan kişi tarafından bu bağın araç kılınması suretiyle cinsel istismar eylemi gerçekleştirilmişse ya da çocuk cinsel ilişkiye teşvik edilmişse fail/failler üç yıla kadar hapis ya da para cezası ile cezalandırılabilir. Ancak bu tür durumlarda fail ile mağdur evliyse ya da benzer bir birliktelik içindelerse bir ceza verilmeyeceği de hüküm altına alınmıştır (Seçgin, 2018: 43).

189. maddeye göre de; mağdurun cebir, şiddet, tehdit veya psikolojik baskı gibi direnmesini engelleyecek şekilde cinsel ilişkiye zorlayan kişinin 10 yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılması düzenlenmiştir. Ayrıca fail bu suçu işkence yaparak, silah ya da başka bir tehlikeli cisim kullanmak suretiyle gerçekleştirmişse verilecek hapis cezasının üç yıldan az olmayacağı belirlenmiştir (Şarman, 2012: 22).

1.2.2.5. İtalyan Ceza Hukuku

Cinsel suçlar İtalyan Ceza Kanunu'nda altı madde halinde düzenlenmiştir. 609 bis maddesi cinsel saldırı suçunu belirlemiş ancak özel olarak çocuklara ilişkin bir hususa yer vermemiştir. Çocuklarla ilgili husus söz konusu maddenin devamı olan 609ter maddesinde ele alınmıştır ve ağırlaştırıcı nedenler çocuğun yaşı dikkate alınarak düzenlenmiştir: *“1-On dört yaşını bitirmemiş kişilere karşı, 2-16 yaşını bitirmemiş kişilere karşı olup da üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya vasi tarafından işlendiğinde, 3-fiil ağır şiddetle veya eylemlerin tekrarlanması nedeniyle fiilden dolayı küçükte ağır bir zarar meydana gelmişse hapis cezası altı yıldan on iki yıla kadardır. 4-Fiil, on yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlenmişse ceza yedi yıldan 14 yıla kadardır.”*

İtalyan Ceza Kanunu'nun 609ter maddesi ile TCK 103. Maddedeki ağırlaştırıcı nedenlerin olduğu fıkra benzerlik göstermektedir. Ayrıca İtalyan Ceza Kanunu 609quarter maddesiyle de bazı önemli hususlara yer verilmiştir:

“Her kim, 609bis maddesinde öngörülen hâller dışında, 1) Fiil anında 14 yaşını bitirmemiş kişiyle, 2) Üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya onunla birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi olup da, 16 yaşını bitirmemiş kişiyle cinsel

davranışlarda bulunursa 609bis maddesinde belirlenen cezayla cezalandırılır. 609bis maddesinde öngörülen hâller dışında üstsoy, ebeveyn, evlat edinen, onunla birlikte yaşayan, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi pozisyonuna ilişkin yetkilerini kötüye kullanarak 16 yaşını bitirmiş küçükle cinsel davranışlarda bulursa 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 609bis maddesinde öngörülen hâller dışında 13 yaşını bitirmiş bir küçükle cinsel davranışlarda bulunan küçük; aralarındaki yaş farkı üçü aşmıyorsa cezalandırılmaz. Fiilin hafifliği hâllerinde ceza üçte ikiye kadar indirilir. Mağdur, 10 yaşını bitirmemişse 600ter maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ceza uygulanır.”

Görüldüğü gibi 609quarter maddesi mağdur iradesini sakatlayan bir unsur olmaksızın gerçekleşmiş cinsel eylemleri düzenlemektedir. TCK ile karşılaştırıldığında çocuk üzerinde bakım ve gözetim gibi yükümlülükleri bulunan aile bireyleri ve benzeri kişiler tarafından bu suçun işlenmesinin ağırlaştırıcı nedenler olarak sayıldığı görülmektedir. Maddenin öne çıkan bir yönü de, fail ve mağdur çocuklar arasındaki yaş farkı üçü geçmezse bir ceza öngörülmemesidir (Seçgin, 2018: 46).

1.2.2.6. Rusya Ceza Hukuku

Çocukların cinsel istismarı suçu Rusya Ceza Kanunu'nun 18. Bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa ve Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlığı altındaki 131-135. Maddeleriyle düzenlenmiştir. Rusya Ceza Kanunu 131. Maddesine göre çocuğa tecavüz suçunu işleyen fail, dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu eylem sonucunda mağdurun ölümü, ağır yaralanması ya da mağdura HİV bulaşması söz konusu olmuşsa ya da mağdur on dört yaşından küçük ise öngörülen hapis cezası sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis şeklinde artırılmaktadır (Şarman, 2012: 23).

Rusya Ceza Kanunu 132. Madde ise sübyancılık, lezbiyenlik veya diğer cinsel davranışların çocuğa yönelik olarak cebir ya da şiddet kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde hapis cezasının dört yıldan on yıla kadar olacağını

öngörmektedir. Suçun mağdurunun on dört yaşından küçük çocuklara yönelik işlenmesi durumunda hapis cezasının sekiz yıldan on beş yıla kadar olacağını düzenlemektedir. Kanun'un 134. Maddesine göre; yasaya aykırılık teşkil eden cinsel ilişki, sübyancılık ve lezbiyenlik on sekiz yaşına ulaşan fail tarafından on altı yaşından daha küçük çocuğa karşı işlenmişse, faile üç ila dört yıl süreyle özgürlüğünden yoksun kılınması cezası uygulanması söz konusudur. 135. Maddeye göre ise suç, 18 yaşını tamamlamış fail tarafından bir şiddet uygulanmaksızın on altı yaş altı çocuğa yönelik işlenmişse faile ya 300.000 Rus Rublesi para cezası, ya falinin maaşından bir miktar para cezasının kesilmesi ya bir başka gelirinden iki yıllık süreyle para cezasının kesilmesi ya da iki yıldan üç yıla kadar özgürlüğünden yoksun kılınması cezası verilebileceği hüküm altına alınmıştır (Şarman, 2012: 23).

1.2.2.7. İspanya Ceza Hukuku

İspanyol Ceza Kanunu 1995 yılında yürürlüğe girmiştir ve cinsel suçları “Cinsel Özgürlüğe ve Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığında düzenlemiştir. İspanyol Ceza Kanunu cinsel istismar suçunda bir yaş ayırımına gitmemektedir. Dolayısıyla cinsel istismar suçu hem çocuklar için hem de yetişkinler için söz konusudur. Kanun'un 182. Maddesine göre on üç ila on altı yaş aralığında olan çocuklara yönelik hile ile gerçekleşen cinsel eylemler cinsel istismar olarak ayrıca düzenlenmiştir. On üç yaş altı çocuklara karşı gerçekleşen eylemlerin cebir veya şiddet içerip içermemesi hususunda ise ikili bir ayırım söz konusudur. Cebir veya şiddet varsa Kanun'un 183/1. Maddesi uygulanmak durumundadır. Cebir ve şiddet varsa da 183/2. Madde uygulanacaktır. Ayrıca Kanun oral, anal ya da vajinal yollardan cinsel ilişki olması halini ağırlaştırıcı sebepler olarak düzenlemiştir (Tüysüz, 2021: 20).

2.TÜRK HUKUKU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

2.1.Tarihçe

1858 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunname-i Hümayun öncesi süreçte cinsel suçlara ilişkin çocuklar yönüyle bir özel düzenleme bulunmuyordu. Ceza Kanunname-i Hümayun'le birlikte çocuklara yönelik ırza geçme suçu ağırlaştırıcı sebep olarak sayılmıştır. Kanun'un 197. Maddesi;

“Her kim onbeş yaşını ikmal etmemiş bir çocuğa veya mecnun veya irade ve temyizi salib maluliyeti akliye ile malul olduğunu veyahut şuari infisahı marazi halinde bulunduğunu bildiği bir kimseye fiili şeni icra eylerse beş seneden az olmamak üzere küreğe konulur. İşbu fiil cebir ve şiddet veya tehdit icrasiyle veya mukavemeti salib diğer bir vasıta ile veya mukavemete gayri muktedit bir halde bulunan şahsa vaki olursa kürek cezası yedi seneden akal olamaz.”

şeklinde düzenlenmiştir (Dönmezer, 1961: 32). Maddenin suça ilişkin basit şekline göre, suç 15 yaş altındaki çocuğa yönelik gerçekleşmişse beş yıldan az olmayacak kürek cezasının verileceği öngörülmektedir. Eylemin cebir, şiddet ve tehdit yoluyla işlenmesi durumunda suça verilecek cezanın yedi yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır (Dönmezer, 1961: 33).

Ceza Kanunname-i Hümayun'un devam eden maddelerinde suça ilişkin nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre; suç, birden fazla kimse tarafından gerçekleştirilmesi, failin usulden birisi ya da veli, vasi, mürebbi ve öğretmenleri tarafından ya da hizmetkarlarınca işlenmişse ceza artırılır. Mağdurun sıhhatinin bozulması veya zarar görmesi halinde de cezanın artırılacağı öngörülmektedir (Dönmezer, 1961: 33).

765 sayılı ve 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, cinsel suçlara ilişkin hükümleri Ceza Kanunname-i Hümayun'dan almıştır. 765 sayılı TCK'da çocuğun cinsel istismarına yönelik hükümler, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında 414-418.maddeler ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'ya göre cinsel suçlarla korunan hukuki değer, vücut

dokunulmazlığı yerine genel ahlak ve aile düzeni olarak ortaya konulmuştur (Aydın, 2012: 17). Kanun'un 414. Maddesi,

“(1) Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. (2) Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.”

şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddenin 1. Fıkrası'nda suçun basit şekline yer verilmiştir. Buna göre basit şeklinde beş yıllık bir hapis cezası öngörülmüştür. 2. Fıkroda düzenlenen suçun nitelikli biçiminde ise öngörülen hapis cezası on yıldır (Aydın, 2012: 17).

Kanun'un 415. Maddesi ise;

“Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.”

şeklinde dir. 415. Madde cinsel istismar suçunun “ırza tasaddi¹” boyutunu ve bunun nitelikli halini düzenlemiştir. Irza tasaddi boyutundaki bir cinsel istismar suçunda öngörülen hapis cezası iki ila dört yıl arası, nitelikli olarak gerçekleştirilmiş bir ırza tasaddi söz konusu ise de ceza üç ila beş yıldır.

765 sayılı TCK'nın 417. Maddesi ise cinsel istismar suçunun nitelikli halini belirlemiştir ve madde hükmü,

“Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya

¹ Irza Tasaddi kavramının günümüz Türkçe karşılığı olarak “cinsel arzuları tatmin amacıyla bir kişiyi okşamak, sağını solunu ellemek, cinsel arzuların cinsel ilişki boyutuna vardiirmeden kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmek” ifade edilebilir.

buna dışar olanların izerlerine hıkım ve nıfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.”

şeklinededir. Buna gıre suç eğer birden çok sayıda fail tarafından işlenmiş ise, ya da fail veli, vasi, ığretmen ve benzeri çocuğa bakım ve gızetimle yükümlü kişiler tarafından işlenmiş ise ceza yarı oranında artırılacaktır. 418. Maddeyle de suçun ağırlaştırılmış şekli hıkım altına alınmıştır. Madde,

*“(1) Yukarki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.
(2) Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hıkımlunur.”*

şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle 418. Madde cinsel istismar suçunun sonuçları itibarı ile ağırlaştırılmış şeklini belirlemiştir. Eylem sonrasında; mağdur ölmüşse fail müebbet hapis cezasıyla, mağdura hastalık bulaşmış veya mağdurun sağlığı önemli düzeyde zarar görmüş, mağdur uzvunu kısmen ya da tam olarak kaybetmiş, beden ve ruh sağlığı bozulmuş ise failin cezasının kanunda öngörülen cezasının yarısı oranında artırılarak uygulanacağı hıkım altına alınmıştır (Küçükosmanoğlu, 2014: 17-18).

2.2. 5237 Sayılı TCK’da ocukların Cinsel İstismarı Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 12.10.2004 tarih 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kişiye karşı suçlar olması nedeniyle 2. Kitabı’nın “Kişiye Karşı Suçlar” başlığındaki ikinci kısımda düzenlenmiştir. Çocuğun cinsel istismarı suçu ise “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” bölümünde 103. Madde kapsamında ele alınmıştır. 5237 sayılı TCK’da çocuğun cinsel istismarı suçunda korunan hukuki değerin eski TCK’dan farklı olarak “genel ahlak ve aile düzeni” yerine “vücut dokunulmazlığı” şeklinededir. Yine eski TCK’dan farklı olarak bu suç tek madde altında ele alınmıştır (Küçükosmanoğlu, 2014: 18). 103. Madde,

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden; a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır . (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

Şeklinde yedi fıkradan oluşmaktadır.

2.2.1. Korunan Hukuki Değer

Yukarıda da değinildiği üzere 5237 sayılı yeni TCK, çocuğun cinsel istismarı suçunu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığında ele almıştır. Korunan hukuki değer de çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi

şeklindedir. Cinsel dokunulmazlıktan ise çocuğun cinsel tercih, hak ve özgürlükleri anlaşılacaktır (Artuç, 2008: 639).

Bu suçla aslında çocukların cinsel açıdan istismar edilmelerinin önlenmesi, cinsel özgürlüklerinin korunması hedeflenmektedir. Bir bakıma çocukların erken yaşlarda cinsel deneyim yaşamasının önlenerek cinsel gelişiminin korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu nedenle de Kanun “istismar” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Çok açıktır ki çocuklar yaş ve buldukları durumdan kaynaklı olarak kendilerine yönelik gerçekleşen davranışların cinsel içerikli olduğunu anlayabilecek yetkinlikte değildirler (Şarman, 2012: 45).

Ayrıca Kanun, çocukların cinsel istismarı suçunu cinsel saldırı suçundan ayrı düzenleyerek daha ağır yaptırımlar da öngörmektedir. Dolayısıyla genel anlamda vücut dokunulmazlığının korunmasından öteye bu suçla çocuklar için ruhsal ve bedensel bütünlüğü de kapsama alarak daha etkin bir korumayı benimsemiştir (Malkoç, 2005: 122).

2.2.2. Suçun Unsurları

Çocuğun cinsel istismarı suçu açısından suçun konusunu, cinsel istismara maruz kalan çocuğun vücudu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suçta maddi konu bir insan olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle insan dışındaki diğer canlılar ile ölmüş kişiler açısından bu suçun oluşması söz konusu değildir. Aynı zamanda her insan için de bu suçun konusu olamayacağı açıktır. Çünkü TCK 103. Maddeye göre çocuklar yani on sekiz yaşını tamamlamamış bireyler bu suçun konusu olarak belirtilmektedir. Bir anlamda bu suç tipinin konusu ve mağduru aynı kişi, yani çocuklardır (Herkesecan, 2021: 36-37).

Çocukların cinsel istismarı suçunun unsurları olarak genelde üç başlıkta değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmada da benzer şekilde maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru şeklindeki üçlü bir ayırım ile çocuğun cinsel istismarı suçunun unsurlarının değerlendirilmesi yapılmıştır.

2.2.2.1. Maddi Unsur

Çocuklara yönelik cinsel istismar suçunda maddi unsurlar incelenirken fiil, fail ve mağdur boyutları ayrı başlıklar dikkate alınarak hareket edilecektir.

2.2.2.1.1. Fiil

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te istismar kavramı, bir kimsenin iyi niyetinin kötüye kullanılması ya da sömürmek şeklinde tanımlanmaktadır (www.sozluk.gov.tr). Çocuk istismarı ise, en geniş anlamıyla, “belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğa, o kültürde kabul edilmeyen bir davranış uygulanmasıdır” (Horozgil, 2011: 111). Mülga 765 sayılı TCK'ya göre çocuğun cinsel istismarı suçu, fiili irza geçmek ve on beş yaşını tamamlamamış çocuğun ırz ve namusuna tasaddi şeklinde düzenlenmiştir. Yeni 5237 sayılı TCK'da 6763 sayılı Kanun ile yapılan değişik ile birlikte çocuğun cinsel istismarı suçunun üç değişik şekli ortaya konulmuştur. Buna göre çocuğun cinsel istismarı suçunun temel hali, sarkıntılık şeklinde gerçekleşmesi suretiyle daha az cezayı gerektiren hali ve vücuda organ ya da sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşmesi halinde daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir (Demir, 2020: 14-15).

Çocuğun cinsel istismarı suçunda fiil, sarkıntılık düzeyinde kalmışsa fail daha az bir cezaya tabi tutulmuştur. TCK 103. Madde 1. Fıkra a ve b bendlerinde ise basit şekli düzenlenmiştir. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinin maddi unsuru olan fiil, henüz on beş yaşını tamamlamayan veya on beş yaşını tamamlamakla beraber fiilin hukuki anlam ve neticesini tam olarak algılayabilecek yeteneği gelişmeyen çocuklara yönelik gerçekleştirilmiş olan “her türlü cinsel davranış”; on beş yaşını tamamlayan ve fiilin anlam ve neticesini algılayabilme yeteneğine sahip durumdaki çocuklarsa cebir, hile, tehdit ya da iradeyi etkileyen başkaca bir sebebe bağlı olarak gerçekleştirilen “cinsel davranışlar” TCK 103/1 a-b'de düzenlenen suçun basit şeklindeki fiiller olarak sayılmaktadır (Horozgil, 2011: 120).

Kanun metninden anlaşılacağı gibi, kanun koyucu mağdurun yaşını ve fiilin anlam ve neticelerini algılayabilme yeteneğine göre cinsel istismar suçunu farklı şekilde düzenlemiştir. Eylemin düzenlenişinde on beş yaşını henüz tamamlamamış olan ya da on beş yaşını tamamlamış olsa da fiilin anlamını ve olası neticelerini algılayabilecek yeteneğe sahip olmayan çocuklar açısından

her türlü cinsel davranışı cinsel istismar olarak ifade etmektedir. Bu durumda “her türlü cinsel davranış” kavramının içinde ne tür fiillerin yer aldığına ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim öğretilerde bu durum çeşitli tartışmalara neden olmaktadır (Demir, 2020: 15).

TCK 103. Madde gereğince göre, on sekiz yaşından büyük yetişkin sayılan kimselere yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel saldırı olarak, on sekiz yaşın altındaki çocuklara yönelik cinsel nitelikli eylemler ise cinsel istismar şeklinde tanımlanmıştır. Buradan hareketle hem cinsel saldırı suçunun hem de cinsel istismar suçunun fiilleri aynıdır. Farklı suç kapsamında olması sadece mağdurun yaşının on sekizin altında ya da üstünde olmasına göre değişiklik göstermektedir. Bu görüşe göre fiilin mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekmektedir. Oysa cinsel istismar suçunda mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edecek boyutlara ulaşmayan fiiller de yer almaktadır. Örnek olarak çocuklara yönelik cinsel motivasyon ile sözlü sataşma, mastürbasyon yapma, çocuğa dokunmaksızın sözle soyulması şeklindeki fiillerle işlenen suçlar cinsel taciz suçunun konusunu oluşturmaktadır. Cinsel taciz suçunda ise mağdurun yaşının bir önemi yoktur ve her yaştan kimselere yönelik olarak da gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu görüşe göre cinsel istismar suçundan söz edebilmek için mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal edecek boyutta gerçekleşmesi gerekmektedir (Demir, 2020: 15).

Başka bir görüş ise, cinsel istismar suçunda vücut dokunulmazlığını ihlal eden eylemlerin olmasının aranmayacağına yöneliktir. Buna göre vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin mağdur fiziksel ve ruhsal yönden cinsel gelişimini olumsuz etkileyecek eylemlere maruz kalırsa cinsel istismar suçu oluşabilecektir. Çünkü TCK'nın ilgili maddesiyle korunan hukuki değer, çocukların fiziksel ve psikolojik olarak cinsel gelişiminin sağlanmasıdır (Demir, 2020: 15-16).

Nitekim Yargıtay tarafından verilen kararlarda da çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin gerekli olduğu görülmektedir. 5237 sayılı TCK'da 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile çocuğun cinsel istismarı suçunda

fiilin mağdura karşı bedensel teması da içermesinin gerekli olduğu, bedensel temas içermeyen cinsel içerikli davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir. Böylece Yargıtay kararları ile Kanun arasında uyum sağlanmıştır. Aynı değişiklik ile cinsel taciz suçunun on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak öngörülerek ceza artırımına gidilmiş ve bu konudaki tartışmalar bir anlamda sonlandırılmıştır (Demir, 2020: 16).

Bir diğer görüşe göre, TCK 103. Madde 1. Fıkra a bendinde belirtilen “her türlü cinsel davranış” ve TCK 103. Madde 1 Fıkra b bendinde belirtilen “cinsel davranış” kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmuştur. Bu bağlamda fiil, on beş yaşını henüz tamamlamayan ya da on beş yaşını tamamlasa bile eylemin hukuksal anlamını ve sonuçlarını tam olarak algılayabilecek yeterliliğe sahip olmayan çocuklara yönelik gerçekleştirilirse mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesine bakılmaksızın her türlü cinsel davranışların cezalandırılacağı anlaşılmaktadır. Ancak eylem on beş yaşını tamamlayan ve eylemin hukusal anlamını ve sonuçlarını algılayabilecek yeterliliğe sahip çocuklara yönelik gerçekleşirse cinsel istismar suçunun oluşması için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi şartı aranmaktadır (horozgil, 2011: 122).

Kanun metninde cinsel davranış ile kastedilen tam olarak ne olduğunun açıklanmamış olması öğretide büyük oranda eleştirilen bir husustur. Genel anlamda cinsel davranışlardan kastedilen cinsel amaçlı ya da cinsel tatmine ilişkin hareketler olmaktadır. Davranışların cinsel olması, aynı zamanda failin de cinsel saiklerle hareket ettiği anlamına gelmektedir. Bu durumda davranışların cinsel olmasına karar vermek için fail tarafından mağdura yönelik gerçekleştirmiş olduğu somut eylemlerin niteliği incelenmelidir. Bir anlamda davranışların somut olarak cinsel nitelik taşıyor olması yeterli kabul edilmektedir. Ayrıca cinsel isteklerin tatmin olması ya da tatmine ilişkin olması gerekli değildir. TCK 103. Madde 1. Fıkroda belirtilen “her türlü cinsel davranış” ile kastedilen, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali olarak kabul edilen elleme, öpme, sürtme, okşama gibi fiziksel nitelikteki davranışlardır. Bunlara ek olarak laf atılması, cinsel ilişki teklif edilmesi, cinsel organın gösterilmesi, çocuğa pornografik içerikli yayınların gösterilmesi, izletilmesi ya da bu eylemleri yapmaya zorlanması gibi vücut dokunulmazlığının ihlali olarak

sayılmayan cinsel eylemler de 103. Madde 1. Fıkırada belirtilen “her türlü cinsel davranış” kapsamında yer alır (Gündel, 2009: 13).

5237 sayılı TCK 103. Madde 2. Fıkrasıyla cinsel istismar suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre cinsel istismar vücuda bir organ ya da sair bir cisim sokularak gerçekleştirilmişse, söz konusu suçun basit haline kıyasla daha ağır bir cezayla cezalandırmayı gerektirir. Bu durumda yaptırımı tabi olan eylem “vücuda organ ya da sair bir cisim” sokulmasıdır (Ersözöğlü, 2010: 44).

Ancak “vücuda organ ya da cisim sokmak” çok net olmayan ve dolayısıyla da yanlış yorumlanabilecek bir ifade olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle TCK 103. Madde gerekçesi 102 maddeye atıf yapmıştır. Buna göre; “Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine bu fıkrada tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.” Şeklindeki madde gerekçesi işlevsel olabilir. Kanun metninde “cinsel organ” yerine sadece “organ” ifadesi kullanılmış olmasıyla sadece “cinsel organlar” değil, vücuda girebilecek nitelikteki parmak, el, kol gibi tüm vücut parçalarının kastedildiği anlaşılmalıdır (Ersözöğlü, 2010: 44).

2.2.2.1.2. Fail

TCK 103. Maddeye göre cinsel istismar suçu herkes tarafından işlenebilir. Dolayısıyla bu suçun faili çocuklar da olabilir. Öte yandan TCK 31. Maddeye göre on iki yaşından daha küçük çocukların cezai sorumlulukları yoktur ve haklarında bir cezai kovuşturma yapılamaz. Bu durumdaki çocuklar için işledikleri suçlar bağlamında sadece güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusudur. On iki yaşından büyük ancak on beş yaşından küçük olan küçüklerin işlemiş oldukları suçlar bakımından söz konusu suçun hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin olup olmasına göre ya ceza ya da güvenlik tedbiri uygulanması yoluna gidilmektedir. Eğer fail, işlemiş olduğu suçun hukuksal anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip bir çocuksa,

hakkında verilecek cezanın indirimli olarak hükmolunacağı düzenlenmiştir. Ancak fail işlemiş olduğu suçun hukuksal anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip değil ise, bu kez hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması yoluna gidilecektir (Demir, 2020: 9-10).

Fail on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte henüz on sekiz yaşını geçmemiş ise, suçun anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Sadece TCK 31. Madde 3. Fıkra uyarınca ceza indirimi uygulanmaktadır. Tam da bu noktada dikkat çeken bir sorun bulunmaktadır. Hem faili hem de mağdurun çocuk olduğu ve karşılıklı rızai bir ilişkinin gerçekleştiği durumlarda failin saptanmasında karşılaşılan zorluklar söz konusudur (Demir, 2020: 10).

Yukarıda anılan zorluklardan ilki hem failin hem de mağdur çocuğun da on beş yaşını tamamlamamış olduğu ya da her ikisinin de on beş yaşını tamamlamış olmalarına rağmen eylemin hukusal anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip olmayan çocuklar arasında rızaya dayanan cinsel davranışlardaki durumdur. Çünkü TCK çocuğun cinsel istismarı suçunda bu iki durumda çocukların rızasına bir değer yüklemiş değildir. Dolayısıyla da bu durumlarda kimin suçun faili, kimin de mağduru olduğu sorunu çözüme kavuşturulamamıştır. Bu noktada da farklı görüşler ileri sürülmüştür (Demir, 2020: 10).

Bu görüşlerden birincisine göre çocuğun cinsel istismarı suçunda fail, mağduru ikna eden ve ilk hareketi gerçekleştiren taraftır. Yaştan bağımsız olarak bu suçun oluşumunda failin mağduru suça teşvik ve ikna etmesi, ilk hareketi gerçekleştirmesi nedeniyle suçun faili olması için yeterli kabul edilmektedir. İkinci görüş ise, cinsel istismar suçu açısından çocukların her ikisinin de hem mağdur hem de fail olarak kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla da her ikisinin de yargılanmasının yerinde olacağını ileri sürmektedir. Ancak karşılıklı olarak taraflar şikayetlerini geri çekerse yargılama yapılamayacaktır (Demir, 2020: 10). Bu iki görüşe de aykırı şekilde ileri sürülen üçüncü görüş ise, mağdur ve failin kim olduğunun tam olarak belirlenemediği bir suçun oluşması da olası değildir. Buradan hareketle de çocuğun cinsel istismarı suçu ancak on sekiz yaşını tamamlamış durumundaki kişiler tarafından işlenebilir (Özgenç, 2021: 806).

Nihayetinde ortaya konan bütün bu görüşlere rağmen sorun tam anlamıyla çözülemediği için kanun koyucu 2014 yılında TCK'da 6545 sayılı Kanun ile bir değişikliğe gitmiştir. TCK 103. Maddeye yapılan bir eklemeyele cinsel istismar suçunun sarkıntılık halinde fail çocuksa, suçun soruşturması ve kovuşturması için mağdur, mağdurun velisi ya da vasisinin şikayetine tabi kılınmıştır. Ne var ki bu değişiklik, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından mağdurun çocuk olduğu diğer suçlar ile çocuğun cinsel istismarı suçunun soruşturma ve kovuşturmasında çelişkili bir durum oluşturmuştur. Şöyle ki TCK'nın mağdurunun çocuklar olduğu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda soruşturması ve kovuşturması için mağdura şikayet hakkı tanınmış iken, çocuğun cinsel istismarı suçunda fail çocuksa şikayet hakkı mağdur yanı sıra veli veya vasiye de tanınmıştır (Özgenç, 2021: 806).

5237 sayılı TCK'ya göre çocukların cinsel istismarı suçunun faili kadın ya da erkek herkesin olması mümkündür. Fail ya da mağdur çocuk da aynı cinsten olabileceği gibi farklı cinsten de olabilir. Yani bir kadın da bir kız ya da erkek çocuğu istismar edebilir (Göral, 2014: 15).

Bu suçta fail bir kamu görevlisi de olabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Zira 4483 sayılı Kanun kamu görevlilerinin görevleriyle ilişkili işlemiş oldukları suçlarda uygulanmaktadır. Oysa çocuğun cinsel istismarı suçunun kamu göreviyle ilişkili bir suç değildir ve dolayısıyla da genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma yapılmak durumundadır (Göral, 2014: 15-16).

TCK ile tüzel kişilerin çocuğun cinsel istismarı suçunun faili olabileceğine yönelik bir düzenleme olmamasına rağmen Lanzarote Sözleşmesi'nde tüzel kişilerin de sorumlu olabileceği öngörülmüştür. Buna göre tüzel kişiyi temsil ve karar alma yetkisi olan ya da tüzel kişiliğin üzerinde kontrol yeteneği bulunan lider durumundaki kişinin, tüzel kişiliğin bir organı olarak tüzel kişiliğin çıkarlarına uygun hareket etmesi ve suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir rolü üstlenmesi durumunda çocuğun cinsel istismarı suçunun sorumlusu olabileceği ve cezalandırılabilceği belirtilmiştir (Göral, 2014: 16-17).

2.2.2.1.3. Mağdur

Genellikle suçtan zarar gören kişiler mağdur olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun çocuk olduğu açıktır. Mağdurunun çocuklar olması nedeniyle ilk aşamada çocuk kavramının ortaya konulması yerinde olacaktır. Nitekim Türk hukuku da birçok düzenlemesiyle çocuk kavramına açıklık getirmiştir. Türk Medeni Kanunu (TMK) 11. Madde'ye göre "erginlik, 18 yaşını doldurmasıyla başlar." Dolayısıyla on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk sayılmaktadır. Ancak bazı durumlarda on sekiz yaşını doldurmuş kişilerin de ergin kılınabileceğine ilişkin hükümler içermektedir. TMK 12. Madde, "On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir." Şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca TMK 124. Madde 1. Fıkra, "Erkek ya da kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez." hükmüne şamildir. TMK 124. Madde 2. Fıkra ise "Ancak hakim, olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının kadının evlenmesine izin verebilir." şeklinde düzenlenmiştir (Tüysüz, 2021: 25-26).

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) 3. Madde 1. Fıkra a bendine göre evlilik ya da mahkeme kararı ile daha erken yaşta reşit olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış durumdaki kişiler çocuk kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 1. Maddesi "çocuk için geçerli olan kanuna göre herhangi bir erken yaşta reşit olma durumu söz konusu değilse on sekiz yaştan küçük her birey çocuk sayılır." Hükmündedir (Cengiz, 2021: 45).

TCK 6. Madde 1. Fıkra b bendine göre çocuk, "henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Görüleceği üzere TMK çocuk için daha erken yaşlarda ergin olabileceği (evlilik ve kazai rüşt) bazı özel hükümler taşımaktaysa da TCK açısından böyle bir ayırım söz konusu değildir. Ancak TCK'da cinsel suçlar bakımından bu anlamda özel bir düzenleme yer almaktadır. Hatta cinsel suçlar bakımından cezalandırma sistemi mağdurun yaşı doğrultusunda kurulmuştur (Sümer, 2019: 26).

TCK 103. Madde 1. Fıkra a bendi on beş yaş altı ve on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış olmasına rağmen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş durumda olmayan çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamında

düzenlemiştir. Kanuna göre on beş yaşını doldurmamış bütün çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlarda rızalarının olamayacağını ve bu suçun “mefruz cebir” ile işlendiği şeklinde bir bakış açısı söz konusudur. Bir başka anlatımla çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşmasında çocuğun rızasının olup olmamasını hiçbir şekilde dikkate almayarak söz konusu suçun cebir kullanılarak işlendiğini düzenlemiştir. Fakat suçun maddi cebir kullanmak suretiyle işlenmiş ise ya da gerçek bir cebir bulunmaktaysa suçun cezasında artırım yapılmaktadır (Şarman, 2012: 48).

On beş yaşını tamamlayan ancak cinsel istismar eyleminin hukusal anlam ve neticelerini algılayabilme yeteneğine sahip dudumda olmayan çocuklar bakımından da çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için de çocuğun rızası aranmamaktadır. “Algılama yeteneğinin gelişmemiş olması” ile kastedilen, çocuğun kendi vücudu üzerinde gerçekleşen eylemlerin cinsel olarak anlamını algılayamayacak durumda olmasıdır. Dolayısıyla kendi vücuduna yönelik cinsel davranışların anlamını tam olarak algıyamayacak durumdaki çocukların söz konusu eylemlere yönelik rızasının olup olmamasının bir önemi yoktur. Çünkü çocuk zaten maruz kaldığı eylemlerin hukusal anlam ve neticelerini algılama yeteneğinden yoksundur. Ancak kanunda sadece “vücut üzerinde gerçekleşen hareketlerden” bahsedilmiş olmasına rağmen vücuda temas içermeyen cinsel davranışların durumu düzenlenmemiştir. Kanunda bu yönüyle bir eksiklik olduğu ileri sürülebilir (Şarman, 2012: 48-49).

Eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmeyen çocuklar arasında sağır, dilsiz ve akıl hastası çocuklar sayılabilir. Algılama yeteneğiyle çocukların bilme ve isteme yeteği, idrak kabiliyeti doğrultusunda hareket edip etmedikleri kabul edilmelidir. On beş yaşını tamamlayan çocuğun algılama yeteneğine ilişkin bir iddia olması halinde ya da savcılık ve mahkemece resen inceleme yapılması istenirse adli tıp kurumunun raporu talep edilir. Bu durumdaki çocuklar on beş yaşını tamamlamış olsalar bile algılama yetenekleri gelişmemiştir ve dolayısıyla da kendilerini savunma ya da koruma imkanları bulunmamaktadır. Faillerin bu tür çocuklara yönelik cinsel istismar suçunu işlemeleri kolay olmaktadır (Şarman, 2012: 49).

On beş yaşını tamamlamış on sekiz yaşından küçük olan ve eylemin hukusal anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip durumdaki çocuklara yönelik cinsel davranışların cinsel istismar olarak kabul edilebilmesi için cebir, hile, tehdit ve diğer iradeyi etkileyen bir sebebe bağlı şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu durumdaki çocuklarda rızalarının olup olmaması hali kısmen kabul görmektedir. Bir anlamda cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel fiiller, rızaya dayalıysa ve çocuk fiilin hukusal anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip durumdaysa ceza hukukunun konusu dışında kalmaktadır. Bu durumdaki çocuklarda cinsel ilişki boyutuna ulaşan bir fiil varsa yani vücuda bir organ ya da sair cisim sokma söz konusuysa ve ayrıca rıza da bulunmaktaysa eylemin konusu TCK'nın 104. Maddeyle hüküm altına aldığı “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu” oluşmaktadır. Ne var ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikayete bağlı kılınmıştır (Göral, 2014: 17).

ÇKK 3. Madde 1. Fıkra a bendine göre “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” çocuk sayılmaktadır. Buradan hareketle evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış çocuklara yönelik gerçekleştirilmiş olan eylemler, cinsel istismar suçunun konusunu oluşturacaktır. Dolayısıyla ergin kılınmış mağdur çocuklara yönelik eşleri tarafından yukarıda sayılan eylemlerin gerçekleştirilmiş olması durumunda öğretide farklı görüşlere yer verilmektedir. İlkine göre, TMK ve ÇKK dikkate alındığında çocuk eşler arasında da bu suç işlenebilecektir. Çünkü ceza hukuku açısından bu tür bir erginlik önemli değildir. Farklı görüşe göre ise, ergin çocuklar arasındaki suç TCK 102. Madde 2. Fıkra ile düzenlenmiştir ve ayrıca bir düzenlemeye gidilmeye gerek duyulmamıştır (Göral, 2014: 21).

Evlilik yoluyla ergin kılınmış bir çocuğa yönelik eşi dışında başka bir kişi tarafından cinsel davranışlarda bulunulması ya da reşit kılınmış çocuğa yönelik failin eylemi rızaya dayalı bir cinsel ilişki söz konusu olduğu durumlarda eylemin suç olup olmadığı konusunda bir uzlaşma yoktur. Bu noktada evlilik yoluyla reşit kılınan kişinin sadece eşi yönüyle evlenmemin bütün sonuçları bakımından hak ve yükümlülükleri sahiptir. Eş dışındaki diğer kişiler açısından yasada sadece yaş ayrımının yapılmış olması ve evlilik hukuka uygunluk nedeninin sadece eşle yaşanan cinsel ilişki yönüyle geçerli olması nedeniyle eylemin suç olma özelliği devam etmektedir. Farklı görüşte ise

evlilik yoluyla reşit kılınan kişi açısından artık TCK 103. Madde hükümleri geçerli değildir (Göral, 2014: 21).

2.2.2.2. Manevi Unsur

Ceza hukuku açısından bir suçun oluşumu sürecinde sadece maddi unsurların varlığı yeterli değildir. Ayrıca manevi unsurların da bulunması gerekli kabul edilmektedir. Kişiyile gerçekleştirilmiş eylem arasında manevi bir bağlantı söz konusu değilse bir suçtan da bahsedilemeyecektir. Yani eylemin subjektif olarak bir kişiye isnat edilebilmesi için manevi unsurların da var olması gerekmektedir. Bu bağlamda manevi unsur olarak kasıt ve taksir ile kastı engelleyen hata başlıkları incelenmiştir.

2.2.2.2.1. Kasıt ve Taksir

Çocuğun cinsel istismarı suçundan bahsedebilmek için fail, suçu işlemek kastı ile hareket etmelidir. Bir diğer ifadeyle bu suç kasten işlenebilen suçlar arasındadır. Örnek olarak sonucu nedeniyle ağırlaşmış durumlarda daha ağır ve diğer sonuçlardan sorumlu tutulabilmek için failin bu sonuçlar açısından en azından taksirle hareket etmiş olması gereklidir. Bunun yanı sıra failin eylemleri neticesinde daha ağır sonuçların ortaya çıkacağını öngörmesine rağmen bunları umursamaksızın kabullenerek hareket etmişse, fail açısından artık bir kasıt söz konusudur ve oluşan ağır sonuçtan da ilaveten sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durumda çocuğun cinsel istismarı suçunun kasıt dışında taksir ile işlenebilmesi olası değildir. Bu noktada failin kastında cinsel istismara ilişkin gerçekleştirmiş olduğu eylemleri önem kazanacaktır. Örneğin failin cinsel arzularının tatmini için gerçekleştirmiş olduğu davranışlar kastını ortaya koyar. Suçun oluşması noktasında bundan başka bir motivasyonu veya amacının olması aranmayacaktır. Buna ek olarak suçun tamamlanmasında cinsel hazların tamamlanmış olmasının bir önemi yoktur (Tüysüz, 2021: 58).

Kasıt kapsamına çocuğun cinsel istismarı suçunda sayılan bütün maddi unsurlar yer alır. Bir bakıma kasıttan bahsedebilmek için fail tarafından mağdurun çocuk olduğunun biliniyor olması ve eylemlerinin de cinsel amaçlarına ilişkin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Öte yandan failin nitelikli hallerden sorumlu olabilmesi için bütün bu unsurların fail tarafından bilinerek

ve suç işleme kastı ile hareket edilmiş olması da gerekmektedir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun objektif unsurları açısından failin ne tür bir motivasyon ile davranmış olduğunun bir önemi yoktur. Dolayısıyla da failin hangi motivasyon ve hangi amaçla davrandığını araştırmaya da gerek bulunmamaktadır. Burada önemli olan husus, failin kastı sonucunda meydana gelen eylemlerin var olmasıdır (Tüysüz, 2021: 59).

2.2.2.2. Kastı Engelleyen Hata

TCK 30. Maddesinde hata hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre:

“(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

Herhangi bir suçun oluşabilmesi, failin kastının bütün maddi unsurları kapsamına bağlıdır. Fakat fail suçun maddi unsurları noktasında hataya düşebilir. Böyle bir durumda failin kastından söz etmek mümkün olmayacaktır. Buna rağmen tam anlamıyla suç işleme kastının olmadığından söz edebilmek için esaslı bir hatanın bulunması gerekmektedir. Örnek olarak on dört yaşındaki bir çocuk kendisinin on beş yaşındaymış gibi tanıtmış olabilir. Failin de çocuğun on beş yaşında olduğuna inanmış ve eylemini bu doğrultuda gerçekleştirmiş olması mümkündür. Dolayısıyla failin mağdurun yaşına ilişkin olarak bir hataya düşmüş olması söz konusudur. Benzer şekilde fail mağdurun eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olduğuna yönelik de bir hataya düşebilir. Bu örneklerdeki gibi durumlarda fail çocuğun cinsel istismarı suçu açısından maddi unsurlar noktasında esaslı ve kaçınılmaz bir hataya düşmüş olacağı için bir suç işleme kastının varlığından söz edilemeyecektir (Tüysüz, 2021: 59-60).

Hemen belirtmek gerekir ki hata mağdurun rızasının olup olmamasına ilişkin değildir. Çünkü kanunda cinsel saldırı yerine cinsel istismar kavramına

yer verilmiş olması nedeniyle mağdurun rızası aranmaz. Şöyle ki mağdur rıza göstermiş olsa bile suç oluşmuş kabul edilecektir (Tüysüz, 2021: 60). Hataya düşülmesi sadece mağdurun yaşı ve eylemin hukusal anlam ve neticeleri algılama yeteneğine sahip olması boyutunda söz konusudur.

2.2.2.3. Hukuka Aykırılık İlkesi

Hukuka aykırılık, gerçekleştirilmiş bir eylemin hukusal zeminde kabul görmediğini ifade eden bir kavramdır. Bir anlamda suçu oluşturan fiilin sıfatıdır (Seçgin, 2018:91). Çocuğun cinsel istismarı suçu açısından hukuka aykırılık ilgili kişinin rızası konusunda ortaya çıkmaktadır. Rıza kavramı ise, rıza ehliyetine sahip bireyin mutlak şekilde kullanabileceği bir hakkı üzerinde, başka birisi tarafından bu hakkın kullanılması ya da bu haktan yararlanabilmesine ilişkin örtülü veya açık biçimde icazet vermesi şeklinde tanımlanabilir. Bu çerçevede ilgili kişinin rızasından söz edebilmek ancak kişilere ait hukuksal değeri koruyan suçlar açısından geçerli olabilir. Çünkü rızanın geçerli olması ilgili kişinin rıza gösterdiği hakkın mutlak surette üzerinde tasarrufuna sahip olduğu bir hak olması gerekir (Demir, 2020: 22).

Günümüze kadar incelendiğinde rızanın iki türünün olduğu görülmektedir. İlki hukuka aykırılığı engelleyen rıza ve ikincisi de tipikliğin oluşmasını engelleyen rıza olarak kabul edilmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından rızanın türü tipikliğin oluşmasını engelleyen rızadır. Ancak mağdurun rızası on beş yaşını tamamlamış ve eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş durumdaki çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlarda bu rıza anlam taşır. On beş yaşından küçük ya da on beş yaşını tamamlamış olsa dahi eylemin hukusal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş durumdaki çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış açısından rıza söz konusu değildir. Fail bu durumlarda da cinsel istismar suçundan yargılanmaktadır. Sadece on beş yaşını tamamlamış ve eylemin hukusal anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmiş durumdaki çocuklara yönelik cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlarda rıza olup olmaması dikkate alınabilir. Bu durumlarda rıza söz konusu ise tipikliğin oluşmasını engelleyen bir rızanın varlığı kabul edilmektedir (Demir, 2020: 23).

2.2.3. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

2.2.3.1. Teşebbüs

TCK 35. Madde ile düzenlenen teşebbüs, failin işlemeyi kararlaştırdığı bir suçun icrasına başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerden kaynaklı söz konusu suçu tamamlayamamış olmasıdır. Çocuğun istismarı suçu, gerçekleştirilmiş olan cinsel davranış ile vücut dokunulmazlığının ihlali anında, nitelikli hali ise vücuda organ ya da sair cisimin sokulması ile birlikte tamamlanır. Bu yönüyle çocuğunu cinsel istismarı suçu, “sırf hareket suçu”dur (Sümer, 2019: 56).

Çocuğun cinsel istismarı suçunun basit halinde bazı durumlarda eylemin icra hareketleri bölünebileceğinden dolayı teşebbüse uygun bir suç türüdür. Örnek olarak fail elinde silah olduğu bir şekilde mağduru cinsel organına dokunmak kastıyla tehdit ettiği bir anda herhangi bir nedenle eylemine engel olunmuşsa ve suçu tamamlanması söz konusu olmamışsa çocuğun cinsel istismarı suçunun basit haline teşebbüs oluşmaktadır. Ancak çocuğun cinsel istismarı suçunun icrası öncesinde gerçekleşen hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. İcrai eylemlere başlandığı anda cezalandırılabilirlik şartı da gerçekleşmiş olacaktır. Hazırlık eylemlerinin süresinin bir önemi yoktur (Sümer, 2019: 56).

Ayrıca çocuğun cinsel istismarı suçu failin icrasına başlamış olduğu eylemine kendi iradesiyle son vererek vazgeçmesinden dolayı gerçekleşmemişse, failin vazgeçme anına kadar gerçekleştirmiş olduğu icrai eylemlerinden dolayı çocuğa cinsel istismar suçunun basit haline teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir (Sümer, 2019: 60).

2.2.3.2. İştirak

TCK 37-40. Maddeler ile iştirake ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kural olarak suç kapsamındaki eylemi gerçekleştiren kişi söz konusu suçtan fail sıfatıyla sorumludur. Çocuğun cinsel istismarı suçunda özel iştirak hükümlerine yer verilmemişse de suça iştirak mümkündür. Bu anlamda çocuğun cinsel istismarı suçunda iştirake ilişkin TCK'nın genel hükümleri uygulanır. Tipik fiilin birden çok kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde asli fiailik durumundan söz edilebileceği gibi koşullar bulunmaktaysa

azmettirme veya yardım edilmesi sureti ile iştirak de söz konusu olabilir (Sümer, 2019: 63).

Çocuğun cinsel istismarı suçu birden çok sayıdaki kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmişse TCK 103/3 gereğince ceza artırımına gidilmektedir. Örneğin çocuğun dini nikah ile evlenmesine ve dolayısıyla da cinsel ilişkiye girmesine neden olan anne-baba TCK 103. Madde 2. Fıkra gereğince ayrıca cezalandırılırlar (Sümer, 2019: 63).

Bir kimsenin bir başka kimseyi araç olarak kullanarak suç işlemesi haline dolaylı faillik denilmektedir ve bu husus TCK'da yer alan faillik türleri arasında sayılmıştır. Dolaylı fail suçun icrasında doğrudan yer almadığı halde suçun icrasını gerçekleştiren fail üzerinde hakimeyeti bulunmaktadır. Bu nedenle ceza sorumluluğu açısından suçtan dolayı asıl fail gibi cezalandırılır. Kusur yeteneği olmayan kişileri suçun icrasında aracı olarak kullanmışsa, cezası arttırılacaktır (Sümer, 2019: 63).

Azmettirmeyse, bir suçun işlenmesinde suçu işleme düşüncesinde olmayan kişide suç işleme kararının oluşmasının sağlanması olarak tanımlanabilir. Ancak bu kişide daha önce suç işleme kararı oluşmussa TCK 39/2 hükmü uyarınca manevi yardım gündeme gelecektir. Azmettiricinin fail üzerinde bir suçun işlenmesi konusunda karar oluşturma noktasında kastının bulunması gerekmektedir. Azmettiren de gerçekleştirilen suçun cezasına tabidir (Sümer, 2019: 63).

2.2.3.3. İçtima

TCK 43. Maddeye göre suçun aynı mağdura yönelik belli aralıklarla tekraren gerçekleştirilmesi zincirleme suç olarak ifade edilmektedir. Aynı kişiye yönelik arka arkaya işlenen cinsel ilişki farklı biçimlerde gerçekleşmişse zincirleme suçtan bahsedilecektir. Örneğin fail mağdurun hem vajinasına hem de anüsüne organ ya da sair bir cisim sokarak eylemi gerçekleştirmişse zincirleme suç işlemiş kabul edilir. Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar almıştır. Fakat cinsel istismar suçu farklı mağdurlara yönelik gerçekleştirilmişse fail her bir mağdur açısından ayrı ayrı cezalandırılacaktır (Göral, 2014: 40).

Hem cinsel istismar hem de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu birlikte işlenmişse, fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır. Suçun cinsel amaçlarla gerçekleştirilmesi, kişinin özgürlüğünden yoksun kılınması suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmasına karşın, bu maddede (TCK 103) cinsel istismar ve kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu birleşik suç olarak kabul edilmektedir. TCK 109. Madde 9. Fıkıradaki failin cinsel amacı saik olarak dikkate alınmış ve cinsel davranışın gerçekleştirilmesi nitelikli hal kapsamında görülmemiştir. Dolayısıyla da iki ayrı suçun oluştuğu kabul edilmiştir (Göral, 2014: 41).

İşkence suçunun cinsel tacizle beraber işlenmesi durumunda failin cezası işkencenin nitelikli hali kapsamında cezalandırılır. Ancak çocuğun cinsel istismarı suçunda Kanun böyle bir hali düzenlemediği için suçların içtimaı göz önünde bulundurulur failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilecektir (Göral, 2014: 41).

2.2.4. Yaptırım

Sözcük karşılığı olarak yaptırım, kanun ya da ahlak gibi kurumlarca öngörülen emirlerin icrasının sağlanması şeklinde tanımlanmaktadır. Ceza hukuku da suç kabul edilen davranışları ele alarak bu davranışlara karşılık birtakım yaptırımları benimsemiştir. Ceza huku yaptırımları diğer yaptırımlara göre farklılıklar taşımaktadır. En önemlisi de bu yaptırımların devlet tarafından özel infaz rejimine tabi tutulmuş olmasıdır. Kanunilik ilkesine uygun şekilde yerine getirilen ceza hukuku yaptırımlarının devlet tarafından infazı yapılırken uygulanacak ilke ve temel esaslar gerek uygulamacılar gerekse muhataplarca açık ve net olarak belirtilir (Demir, 2020: 41-42).

Ceza hukukunun öngördüğü yaptırımlar cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklinde iki grup olarak sınıflandırılmaktadır. Birinci grupta yer alan ceza yaptırımları; işlenen suçların karşılığında verilen, infazını bizzat devletin yerine getirdiği, arzudan bağımsız şekilde verilen, objektif bir sonucu bulunan, bir nedeninin bulunmasından dolayı da hüküm altına alınan olumsuz maddi yaptırımlar şeklinde tanımlanabilir. Cezalar 5237 sayılı TCK'nın 45/1'de ifade edildiği üzere hapis cezası ve adli para cezası şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca yönedikleri değerler uyarınca cezaları; yaşama, şeref, özgürlüğe ve mal varlığına yönelik cezalar olarak da sınıflandırmak mümkündür. Ölüm ya

da idam cezası yaşama yönelik, hapis cezası özgürlüğe yönelik ve adli para cezası ise mal varlığına yönelik cezalar sınıfındadır.

TCK 103. Madde 1. Fıkroda düzenlenen basit cinsel istismar suçunda öngörülen yaptırım, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Kanununun 103. Madde 2. Fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel istismarın yaptırımıysa sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası şeklindedir. Cinsel istismar suçu 103. Madde 3. Fıkroda düzenlendiği şekilde işlenmişse falin cezasında yarı oranında artırıma gidilir. Yapılacak artırımda bir önceki fıkra esas alınarak hareket edilir. Fiil çocuğun nitelikli cinsel istismarıysa temel ceza doğrudan TCK 103. Madde 2. Fıkra uyarınca yapılmalıdır (Ersözoğlu, 2010: 152-153).

Gerçekleştirilen cinsel istismar eylemi nedeniyle mağdurun beden ya da ruh sağlığı bozulmuşsa, bu durum suçun neticesi itibarıyla ağırlaşmış hali olarak kabul edilir ve failin on beş yıldan az olmayacak şekilde hapis cezası ile cezalandırılması gerekir. Burada hapis cezası için bir üst sınır belirlenmediği için TCK 49. Madde² gereğince TCK 103. Madde 6. Fıkroda belirlenen suçun hapis cezası on beş yıldan yirmi yıla kadar olacaktır. Ancak 103/6 gereğince cezalandırmaya hükmedilirken temel cezanın bu fıkradan değil de, alt fıkradan hareket edilmesi uygun olacaktır. Zira doğrudan 103/6 temel ceza belirlenirken esas alınırsa hapis cezasının yirmi yılı geçmesi mümkün olmayacaktır. Oysa 103/6 yerine alt fıkradan temel ceza belirlenirse artırımlar ile toplam cezanın otuz yıla kadar olması mümkün hale gelecektir. Zaten TCK 61. Madde 7. Fıkraya göre de sonuç ceza otuz yılı geçemez (Ersözoğlu, 2010: 153).

Çocuğa yönelik cinsel istismar eylemi neticesinde mağdur bitkisel hayata girmiş ya da ölmüşse failin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması gerekecektir. Burada temel cezanın belirlenmesinde TCK 103 madde 7. Fıkra hükmünün esas alınması doğru olacaktır (Ersözoğlu, 2010: 153).

TCK 103 uyarınca verilecek cezalarda TCK 50. Madde gereğince cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve yine TCK 51. Madde gereğince cezanın ertelenmesi de mümkün olmayacaktır. Buna ilaveten verilecek cezanın

² TCK 49. Madde “sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.” Hükmündedir.

yasal sonucu olarak failin TCK 53. Madde ile belirlenen haklardan yoksun bırakılmase da gerekir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun velayet ya da vesayet yetkilerinin kötüye kullanılmasından kaynaklanmış ise TCK 53. Madde 5. Fıkra gereğince infaz sonrasında da bu yetkilerin kullanılmasında yasaklama getirilmelidir (Ersözoğlu, 2010: 153).

Çocuklara yönelik cinsel istismarı suçlarında ceza yaptırımları yanı sıra toplumun korunması ve failin tehlikeliliğinin ortadan kaldırılması amacıyla birtakım güvenlik tedbirlerine de yer verilmiştir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda öngörülen güvenlik tedbirlerini; sicile kayıt ve teşhir, elektronik denetleme ve tedavi olarak sıralamak mümkündür (Demir, 2020: 60).

ABD’de 1996 yılında uygulanmaya başlanan ve Megan Kanunu olarak adlandırılan düzenleme ile cinsel dokunulmazlığın ihlali suçlarının faillerine ait bilgilerin bir sicilde kayıt altına alınması ve toplum ile paylaşılması esası benimsenmiştir. Bu kanun ile hedeflenen, cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlarda toplum tarafından failerin bilinmesi ve buna göre davranılması, çocukların korunması ve failerin özel bilgilerinin teşhir edilerek baskı altına alınması yoluyla gelecekte başka benzer suçları işlemekten alıkonulmasıdır (Demir, 2020: 60).

Elektronik denetleme ile de cinsel dokunulmazlığa yönelik suç işlemiş failerin bu denetim mekanizmaları ile belli mekanlara ve ortamlara girmeleri, belli meslekleri yapmaları yasaklanmaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlemiş failerin tedavi edilmesi de güvenlik tedbirleri arasındadır. Bu tedavi yöntemlerini; bilişsel ve davranışsal, yeniden suç işlenmesinin önlenmesi, iyi yaşamlar modeli, risk-ihtiyaç-tepkisellik modeli, cinsel bağımlılık ve ilaç tedavisi şeklinde sıralamak mümkündür (Demir, 2020: 65).

2.2.5. Davada Zamanaşımı

Kavram olarak zamanaşımı, devletin belirli bir sürenin geçmiş olması nedeniyle faili cezalandırma yetkisinin sona ermesi şeklinde tanımlanabilir. TCK 66. Madde ile dava zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Bu süreler;

“TCK md. 66- (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet

hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer.”

Şeklindedir (Küçükosmanoğlu, 2014: 63).

Ancak TCK 66. Madde 6. Fıkra ile de çocukların mağdur olduğu haller için özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre;

“Zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”

Açıkça görüldüğü üzere bu düzenlemede çocukların yararına yönelik bir yaklaşım bulunmaktadır. Nedeni, çocuk üzerinde kontrol ve söz hakkı bulunan kişilerce bu eylemlerin varlığı halinde çocuğun on sekiz yaşını tamamlamasıyla zamanaşımı sürecinin başlatılıyor oluşudur. Böylece çocuk açısından hem idrak kabiliyetinin gelişmiş olması dikkate alınmakta hem de çocuğun hüküm ve nüfuzu altında olduğu kişilerin denetim ve egemenliğinden kurtulmuş olacağı öngörülmektedir. Örneğin on altı yaşında olan bir çocuk maruz kaldığı cinsel istismar eyleminin hukusal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olsa bile fail ebeveynleri ise onların baskısının devam ediyor oluşu nedeniyle eylemleri yetkili mercilere iletmekten mahrum olabilecektir (Herkesecan, 2021: 85).

2.2.6. Suçun Yargılaması

2.2.6.1. Soruşturma ve Kovuşturma Aşaması

5237 sayılı TCK'nın 103. Maddesiyle düzenlenen “çocuğun cinsel istismarı” suçu resen soruşturulması ve kovuşturulması gerekli suçlar arasındadır. Dolayısıyla şikayete bağlı değildir. Ancak yasada 6545 ve 6763 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler kapsamında soruşturma ve kovuşturma usulü açısından ayrıntılı bir incelemeye ihtiyaç bulunmaktadır. TCK 103. Madde 1. Fıkrasının son şekli doğrultusunda; tasaddi düzeyindeki ya da tasaddi niteliğindeki basit cinsel istismar suçunda, sarkıntılık düzeyindeki ya da sarkıntılık niteliğindeki basit cinsel istismar suçunda soruşturma ve kovuşturma resen yapılmaktadır. Ayrıca TCK 103. Madde 2. Fıkrası ile devamı maddelerdeki suçun nitelikli hallerinde de soruşturma ve kovuşturma yine resen yapılmaktadır Sadece sarkıntılık düzeyindeki basit cinsel istismar suçunda fail eğer çocuksa soruşturma ve kovuşturma mağdur çocuğun velisi veya vasisinin şikayetine bağlı kılınmıştır (Seçgin, 2018: 148).

Çocuğun cinsel istismarı suçunda mağdur çocuğun duruşmasının kapalı yapılması mümkündür. Yasada bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) 182. Madde 2. Fıkra³ kıyasen bu sonuç çıkarılabilir. Çünkü mağdurlar açısından yaşadıkları mağduriyetlerin tekraren yaşanmasının önüne geçilmesi için özellikle cinsel istismarın nitelikli hallerinin bulunduğu durumlarda duruşmaların açık yapılmasının kısıtlanması uygun olacaktır. Üstelik kapalı duruşmalarda mağdur çocuklar mahkeme önünde kendilerini daha iyi ifade edebileceklerdir (Seçgin, 2018: 148).

Ayrıca kanun koyucu, CMK 236. Madde 2 ve 3. Fıkralar ile cinsel istismara uğramış çocukların her duruşmada ifadelerine başvurulmasından dolayı ruh sağlıklarının ciddi biçimde bozulabileceği düşüncesiyle özel düzenlemelere gitmiştir. Buna göre; maruz kaldığı eylemden ötürü psikolojik olarak olumsuz etkilenmiş mağdur çocuk soruşturma ve kovuşturmada bir kere dinlenebilecektir. Ayrıca bu esnada psikoloji, tıp ya da benzer konularda

³ CMK 182/2 “genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının ya da tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.” hükmündedir.

uzmanlığa sahip kişiler çocuğun yanında bulundurulur. CMK 52. Madde 3. Fıkra uyarınca bu durumdaki çocukların ifadeleri sesli ve görüntülü olarak da kayıt altına alınmaktadır. Bu çocuklar için CMK 234. Madde 2. Fıkra doğrultusunda kendilerinin istemi aranmaksızın bir vekil tayin edilir (Seçgin, 2018: 148-149).

Çocuğun cinsel istismarı suçunun uzlaşmaya tabi olan suçlar arasından çıkarılması 5560 sayılı Kanun ile 2006 yılında yapılan değişiklikle olmuştur. Cinsel istismar suçunun uzlaşma kapsamında olan bir başka suçla birlikte işlenmesi durumunda bu suç için de uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı 5918 sayılı kanun ile düzenlenmiştir (Seçgin, 2018: 149).

Mağdur çocuk Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'nun bakım ve gözetiminde ise Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın davaya katılma hakkı bulunmaktadır. Ne var ki bu durumlarda davaya katılma hakkının sadece söz konusu bakanlıkla sınırlı tutulması günümüz demokratik hukuk devleti anlayışına çok uygun değildir. Barolar gibi adalet mekanizmasının önemli bir paydaşının da bu hakka sahip olmasının daha yerinde olacağı belirtilmelidir (Seçgin, 2018: 149).

2.2.6.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

ÇCİ suçlarına bakmakla görevli mahkemenin tespitinde 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümleri dikkate alınmaktadır. Söz konusu Kanun'un 11. Maddesi, "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır." şeklinde düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'un 12. Maddesi ise "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir." hükmündedir. Bu hükümlerden hareketle ÇCİ suçunun basit halinin düzenlendiği TCK 103. Madde 1. Fıkradaki sarkıntılık düzeyinde kalması halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. TCK 103. Madde 1. Fıkroda sayılan basit hali ile 2., 6. ve 7. Maddeler ile düzenlenen

ÇCİ suçunun nitelikli hallerinde ise davaya bakmakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleri olacaktır (Küçükosmanoğlu, 2014: 60).

Yetkili mahkemenin neresi olacağına ise CMK 12. Madde uyarınca karar vermek gerekecektir. CMK 12. Madde 1. Fıkra'ya göre “yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.” CMK 12. Madde 2. Fıkraya göre de “Suç teşebbüs aşamasında kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer, temadi halinde işlenmiş ise temadinin sona erdiği yer, zincirleme olarak işlenmiş ise son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkemedir. Eğer ÇCİ suçu hürriyeti yoksun kılma suçuyla birlikte işlenmişse mütemadi suç kapsamına gireceği için temadinin bittiği yer mahkemesi yetkili olacaktır (Küçükosmanoğlu, 2014: 60).

2.2.7. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İspat

2.2.7.1. Genel Olarak İspat

Dünya genelinde olduğu gibi hatta daha yüksek oranda Türkiye’de cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda toplumsal duyarlılık üst seviyededir. Bu nedenle kimi zaman suçun sabit olduğu kararlaştırılmadan kişilerin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Haliyle temel hukuk ilkelerinden olan masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının ihlal edilmesi gibi çok ağır hukuksal sonuçların oluşması gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla ÇCİ suçunda yargılamanın olabildiğince titiz şekilde yapılması önem taşımaktadır. Toplumsal duyarlılığın yüksek olduğu bu tür olaylarda medyanın da oynadığı belirleyici rol nedeniyle toplumsal infialler meydana gelmekte, bundan kaynaklı baskı sonucunda da mahkemelerin kararlarının yanlış şekilde yönlendirilmesi söz konusu olabilmektedir.

Bütün bu sayılanlar doğrultusunda ÇCİ suçunda ispat hususu çok daha önemli hale gelmektedir.

2.2.7.2. İspat Araçları

Ceza muhakemesinde temel amaç, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşıldığı takdirde adaletin sağlanması mümkündür. Ceza yagılması açısından maddi gerçeğe ulaşılması için her türlü kanıt kullanılabilir. Bu duruma da “delil serbestisi ilkesi” adı verilmektedir. CMK 217 maddesi, “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda

tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” şeklindedir. Buradan da nelerin delil olabileceği ve hangi delillerin de hukuka uygun olduğu kararını somut olaya bakmakla görevli hakim vereceğini anlamak gerekir. Ne var ki Türk Ceza Muhakemesi sisteminin benimsediği “takdir yetkisi”, “vicdani kanaat sistemi” ve “delil serbestisi ilkesi” dikkate alınarak her türlü bulgunun delil olarak kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Delil olarak kabul görmesi için bulgularda bazı özelliklerin olması gereklidir. Bunlar bulgunun olay ile ilgili, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gibi özelliklerdir. Dolayısıyla suçun ispatında sanığın yargılama süreci boyunca ısrarlı ve birbiri ile tutarlılık gösteren savunmaları, tarafsız tanık/tanıklara ait beyanlar, mağdur ile kişisel ilişkileri, beyanlardaki hayatın olağan akışı ve ihbar ile uyum ve bulunması halinde bilimsel deliller gerekmektedir (Tüysüz, 2021: 84).

1982 Anayasası'nın 38. Maddesinin 4. Fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi 2. Fıkrası ile benimsenen “masumiyet karinesi” gereğince yargılama sürecinde maddi gerçeğe tam anlamıyla ulaşamıyorsa “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine uygun olarak cezalandırma yoluna gidilemeyecektir (Tüysüz, 2021: 84).

ÇCI suçunun sübutu araştırılırken; olay yakalama tutanakları, doktor raporları, varsa tanıklara ait beyanlar, failin ya da failerin beyanları, kriminal raporlar, failin yakalanma şekli, failin yakalandığı yer, failin yakalandığı yerin konumu, mağdurun yaşam biçiminin bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu arada olayın meydana geliş şekline göre failin savunmasının hayatın olağan akışına uygunluğunun da irdelenmesi gereklidir. Maddi gerçeğe ulaşmak açısından varsa tıbbi raporların öncelikle dikkate alınmasının gerektiği Yargıtay kararlarıyla da benimsenmiş durumdadır. Örnek olarak genital bölgelerde ve vücudun diğer yerlerinde ekimozlar, erkeğin fail olduğu olaylarda spermeler gibi tıbbi bulguların değerlendirilmesi önceliklidir (Seçgin, 2018: 158).

Suçla ilişkin yeterli düzeyde tıbbi deliller bulunmuyor ise tanık beyanlarına başvurularak olayın aydınlığa kavuşturulması yoluna gidilmelidir.

Tıbbi delilin bulunmadığı kimi durumlarda mağdurun iddiası da göz önünde bulundurulmalıdır. Burada mağdurun iftira atmasını gerektirecek bir durumun olmaması, bütün aşamalarda ortaya koyduğu samimi ve tutarsızlık göstermeyen beyanlarından da yararlanılabilir. Fakat mağdur ve fail arasında söz konusu olan bir husumetin varlığı, mağdurun çelişkili ifadeleri gibi durumlarda mağdur beyanlarına itibar edilemeyeceği de açıktır (Seçgin, 2018: 158).

Bu noktada yapılması gerekli işlemlerden birisi de ÇCİ eyleminin gerçekleştirildiği iddia edilen yer, konumu, buranın eylemin gerçekleştirilmesine uygun olup olmadığı gibi hususlar da yapılacak keşifler yoluyla tespit edilmeli ve ulaşılan sonuçlara göre de bir kanaate varılmalıdır.

2.2.7.2.1. Mağdur ve Sanık Beyanları

Herhangi bir suça ilişkin olarak olaydaki eylemi gerçekleştirmiş olması hasebiyle genelde sanık ya da sanıklar olayı en iyi bilenler kişilerdir. Öyle ki birçok suçta mağdurların meydana gelen olay hakkında doğrudan bilgi sahibi olmadıkları için olayın aydınlığa kavuşturulmasında şüpheli ya da sanıkların beyanları önem taşır. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından bu husus çok daha önemli hale gelmektedir. Ancak sanık beyanlarında olaya yönelik kendileri lehine yorum yapmaları ve olayı aktarma olasılıklarının da yüksek olacağı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla sanık beyanlarına ihtiyatlı bir yaklaşımın gerekli olacağı nettir. Benzer bir durumun mağdur beyanları açısından da geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. İntikam duygusu ile hareket etmeleri, kendi hayal dünyasında kurguladığı bir olayı gerçekmişçesine anlatabileceği gibi hususlar göz önünde bulundurularak mağdur beyanlarındaki tutarsızlık ve çelişkili durumlar irdelenmelidir (Seçgin, 2018: 159).

Nitekim Y.5. CD'nin 15.03.2010 Tarih ve 2006/2668 E. ve 2010/ 2093 K. sayılı kararı ile mağdurun daha önceki dönemlere ilişkin iftira atmasına neden olabilecek bir husumet ya da sebep söz konusu değilse ve samimi ve tutarlı beyanlarda bulunduğu belirlenmiş ise mağdurun beyanlarına itibar edilebileceği ortaya konulmuştur. Öte yandan mağdur beyanları çelişkili ve tutarsız ise, mağdurun olayı çevresine kendisini mazur göstermek kastıyla davranıyorsa veya mağdur olayı haklı bir nedene dayanmaksızın uzunca bir süre gizleme yoluna gitmişse bu beyanlara itibar edilemeyeceği de yine Yargıtay kararlarında belirtilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki olaya ilişkin

başkaca bir delil yoksa ve sanık tarafından da iddialar reddediliyorsa yalnızca mağdur beyanlarından hareketle bir hüküm kurulması yanlış olacaktır. Böyle durumlarda “şüpheden sanık yararlanır” ve “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” ilkeleri doğrultusunda beraat yönündeki bir karar yerinde olacaktır (Seçgin, 2018: 159).

2.2.7.2.2. Tanık Beyanları

Tanıklar mahkemede beş duyu organından en az birisi aracılığıyla sahip olduğu olaya ilişkin bilgilerini anlatan kişilerdir. Şüphesiz cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar nitelikleri itibarıyla mahremiyet taşıyan suçlardır. Dolayısıyla çoğu zaman bu suçlarda tanıklığa uygun koşullar bulunmayabilir. Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların kamusal alanlarda ya da suçüstü halleri olarak kabul edilen fiilin henüz gerçekleşme aşamasındayken ya da işlenmesinden hemen sonra kolluk, görgü tanıkları veya zarar görenler ya da başka kişilerce yakalanmış oldukları durumlarda tanıklık mümkündür (Kocaoğlu, 2016: 527).

Tanıkların beyanları arasında farklılıklar olması durumunda üstünlük kimlere verileceği önem kazanır. Sayısal üstünlüğün kararda etkili olması söz konusu olabilir mi? Böylesi durumlarda yine “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince hareket edilmesi mi uygun düşecektir? “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin delil değerlendirmesi yöntemi olmadığı, daha çok karar verme kuralı olduğu dikkate alınarak yapılması gereken hakim tarafından tanık beyanları arasındaki farklılığın ve tutarsızlığın giderilmesine çalışmak olacaktır. Tanıklara yeni sorular yöneltilerek ya da diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hareket edilmelidir. Pek tabii ki hakim tarafından tanıkların sanıkla olan ilişkisi, tanığın kim olduğu, tanıklık sırasındaki psikolojik durumu, tepkileri, beyanlarının mantıksal örtüşümü ve benzeri hususlar dikkate alınabilir. Bütün bunlara rağmen söz konusu tanık beyanları arasındaki üstünlük tam olarak ortaya konulamıyorsa ve bu beyanlardaki tutarsızlık ortadan kaldırılamıyorsa “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca hüküm verileceği Yargıtay kararları ile de benimsenmiştir (Kocaoğlu, 2016: 527).

2.2.7.2.3. Belge ve Belirtiler

Bir olayın ispat edilmesinde dolaylı şekilde yardımcı olabilecek nitelikteki vak'a ve birtakım izlere belirti denilmektedir. Ya da ispata muhtaç olaydan geriye kalan bütün iz ve eserlerdir. Örneğin olay yerinde ele geçirilen ayak izi, kan, saç teli, kıl, tükürük, meni, kıyafet parçası, mermi kovani, fren izi ve benzeri materyaller belirti olarak kabul edilmektedir. Bu materyaller uzmanlar ya da teknolojik imkanlar sayesinde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ya da spesifik olarak ÇCİ suçunda ispat aracı olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında büyük önem taşırlar (Seçgin, 2018: 163-164).

Vicdani delil sistemi açısından delillerin akıl ve mantığa, hukuka uygunluğu gerekir. Ayrıca deliller arasında hiyerarşik bir ilişki söz konusu değildir. Bir anlamda bütün deliller eş değerdedir. Burada önemli husus delilin akıl ve mantığa, hukuka uygun olması yanı sıra olayın aydınlığa kavuşturulmasındaki etkisi ve sağlamlık düzeyidir. Belirtilerin kriminoloji bilimin sunduğu imkanlar yoluyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında etkin şekilde kullanılması mümkündür ve ispat gücü de bu nedenle yüksektir (Seçgin, 2018: 164).

2.2.8. Delillerin Değerlendirilmesi ve Cezanın Belirlenmesi

Yargılama konusu olan olaya ilişkin tüm delillerin toplanarak duruşmalarda ortaya konulmasının ve tartışılmasının ardından hakim tarafından tüm bu delillerin göz önünde bulundurularak bir sonuç çıkarılmaya çalışılması için yaptığı zihinsel faaliyetlere delillerin değerlendirilmesi denmektedir. Bu süreçte uyulması gerekli temel ilkeleri Yargıtay'ın çeşitli kararlarından hareketle şöyle sıralama imkanı vardır: doğrudan doğrualık, yüz yüzelik, sözlülük. Hem iddia tarafının hem de savunma tarafının olaya yönelik beyanları ayrıntılı olarak değerlendirilmeli ve varsa çelişkilerin giderilmesi sağlanmalıdır (Seçgin, 2018: 167).

Bu aşamada üzerinde durulması gereken bir nokta da mağdur ya da tanık/tanıkların beyanlarının yargılama sürecinde değiştirilmesinin sanığın aleyhinde yorumlanması meselesidir. Olması gereken somut olaya tarafsız ve önyargısız biçimde hareket edilmesidir. Mağdur ya da tanığın ifadelerinde soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki uyumsuzluk nedenleri iyi araştırılmalıdır. Örneğin bu değişimin sanık ya da sanık yakınlarınca

gerçekleştirilen tehdit nedeniyle olup olmadığının tespiti önemlidir. Bütün çabalara rağmen söz konusu çelişki mantıksal bağlamda ortadan kaldırılamamışsa izlenecek yol, sanığın cezalandırılması yerine beraati yönünde hüküm verilmesi şeklinde olacaktır. Çünkü mahkemenin kararının “her türlü şüpheden uzak” tesis edilmesi gerekmektedir (Seçgin, 2018: 167).

3.ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA İNFAZ REJİMİ

3.1. Genel Olarak İnfaz Kavramı

Arapça kökenli bir sözcük olarak dilimize geçen infaz, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te “Bir kararı, bir yargıyı yerine getirme, uygulama, yürütüm,” şeklinde açıklanmaktadır⁴. Ceza hukuku açısından ise infaz, kesinleşen bir yargı kararının icra edilmesi olarak kabul edilebilir. Bu yönüyle infaz kavramının literatürde dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlandığı dikkat çekmektedir. Dar anlamdaki karşılığı olarak infaz, “hükmesilen hürriyeti bağlayıcı cezanın uygun cezaevinde yerine getirilmesi” iken; geniş anlamdaki karşılığı ise, “düzenlenen kötü eylemin karşılığı olan ceza hukuku yaptırımının uygulanması” biçiminde ortaya konulmaktadır (Demir, 2020: 85; Ölmez vd., 2019: 15; Akkaya, 2018: 1).

Ceza hukukuna ilişkin yaptırımların infazı sürecinde nasıl ve ne şekilde yerine getirildiğine yönelik düzenlemeleri kapsayan kurallar bütünü de infaz hukuku olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla infaz hukuku ceza hukuku yaptırımlarının gerçekleştirilmesiyle ilgilenir ve kesinleşen cezaların tatbikine yönelik usul ve esasları düzenler. Bir bakıma salt cezaların uygulanışıyla değil, aynı zamanda güvenlik tedbirlerini de içermektedir (Demir, 2020: 85-86).

İnfazın konusunu yetkili ve görevli mahkemenin vermiş olduğu mahkumiyet hükmü oluşturmaktadır. İnfazın koşulu ise, yine yetkili ve görevli mahkemece verilen kesinleşmiş bir hükümdür. Yetkili ve görevli mahkemece verilen kararın kesinleşmiş olması için taraflarca kanun yoluna başvuru hakkı kullanılmazsa ya da başvurmaları halinde kanun yolu (istinaf ve temyiz) sonucunda ortaya çıkan durumla mümkündür (Demir, 2020: 87).

Literatürde infazın amaçları “toplumu suçludan korumak”, “suçlunun işlediği suçun bedelinin ödetilmesi” ve “suçlunun ıslah edilmesi suretiyle yeniden suç işlemesini önlemek” şeklinde üç başlıkta toplanmaktadır (Akkaya, 2018: 2). Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04.10.2022

Kanun 3. Madde hükmü “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.” şeklindedir. CGTİHK 3. Maddesi iki temel amaca vurgu yapmaktadır (Maden, 2012: 56): *Önleme amacı ve yeniden sosyalleştirme amacı.*

- **Önleme Amacı:** Burada özel önlemeyle mahkumiyet cezası verilen hükümlünün infaz yoluyla ıslah edilmesi ve yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Genel önlemeyle ise infaz sayesinde toplum düzeninin korunması esas alınmaktadır. Toplumdaki diğer bireylerin suç işlemekten kaçınmaları ve toplumsal kuralların ihlal edilmesinin genel olarak önlenmesi infazın toplum için bir ders niteliği taşımasıyla sağlanmaktadır. Dolayısıyla infazın önleme amacıyla gelecekte başka suçların önlenmesine yönelik bir motivasyon vardır.
- **Yeniden Sosyalleşme Amacı:** İnfazın bu amacıyla hükümlünün cezası infaz edilerek topluma yeniden katılımı ve uyumlu hale gelmesi söz konusudur. Hükümlünün infaz sonrası süreçteki hayatında yasalara saygı gösteren, topluma ve kurallara uyumlu davranan bir birey olması hedeflenmektedir. Buradan hareketle yeniden sosyalleştirme amacının, hükümlülerin cezalarının infaz edildiği bir nesne olmaktan öteye onları yeniden sosyalleşebilecek ve infaz sonrasında tekrar suç işlemekten uzak kalabilecek bireyler olarak görmekte olduğu ifade edilebilir.

Genel olarak infaz hukuku; hukuk devleti ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesini benimsemektedir (Sözüer, 2022: 205-206; Özbek, 2019: 13-15).

- **Hukuk devleti ilkesi**, devletin amacının hukukun üstünlüğünü sağlamak olduğu bir anlayışı ifade eder. Devlet iktidarını hukuktan alır ve ona uygun şekilde bu iktidarını kullanır. Hukuk devletinin esasında ise özgürlük ve insan kişiliği bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğü anlayışının temelindeyse insan kişiliğinin haysiyeti yatar. Dolayısıyla hukuk devletinden beklenen insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve hukuksal güvenliğin tesis edilmesidir. Dolayısıyla infaz hukukunun da insan haklarına uygun, saygılı ve adil olması gerekmektedir. Nitekim infaz işlemiyle ulaşılmak istenen menfaat ve verilmesi mümkün olan zarar arasındaki oran makul bir seviyede olmalı, makul bir oranın bulunmaması halindeyse infaz işlemi yapılmamalıdır.
- **İnsan onurunun dokunulmazlığı ilkesi** ise, insanın bir nesne değil, hakları ve yükümlülükleri olan bir özne olduğunu kabul eder. Hukuk düzeni birey için yalnızca kendisinin egemenliğinde olan, dış müdahalelere karşı korunan özgür bir alan sağlayarak insan onurunun gerçekleşmesine fırsat sunar. Yani devlet sadece kendisi insan onuruna dokunmadığı pasif bir konumda kalarak değil, aynı zamanda başka kişi ya da güçlerin insan onuruna müdahalelerinden de bireyleri korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda 1982 Anayasası çeşitli maddeleri ile insan onuruna aykırı işkence ve hakeret gibi eylemleri yasaklamış, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayacak bir cezaya ya da muameleye tabi tutulamayacağını hüküm altına almıştır. Aynı şekilde CGTİHK 2. Maddesi 2. Fıkrası da “ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunamaz.” Hükmü gereğince insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine vurgu yapmaktadır.
- **Eşitlik ilkesi** ile hiçbir ayırım yapılmaksızın herkeसे eşit işlemlerin yapılması kastedilmektedir. Herkeसे eşit olanın verilmesiyle de denkleştirici adalet sağlanır. 1982 Anayasası 10. Madde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım

gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar .” hükmü gereğince eşitlik ilkesini ortaya koymuştur. CGTİHK 2. Maddesi 1. Fıkrası’nda da “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır.” Eşitlik ilkesi net olarak düzenlenmiştir.

- **Sosyal devlet ilkesi**, devlete sosyal adalet ve sosyal güvenliğin sağlanması gibi birtakım görev ve yükümlülükler vermektedir. Bireylerin insanca yaşamaları ya da insanlık onuruna yaraşır bir hayat seviyesinin sağlanması devlete ait bir sorumluluktur. Anayasa’nın temel hükümleri arasındaki bu ilkenin infaz hukukunda da karşılığı bulunmaktadır. Bu bağlamda devlet, cezası infaz edilmekte olan hükümlünün kendi kişisel bakımını yapabileceği şekilde yardım, sosyal bakımını ve özeni temin etmek durumundadır. Dolayısıyla sosyal hukuk devleti gücü nispetinde hükümlü için insan onuruna yaraşır imkanları sağlamakla görevlidir.

İnfaz hukukunun temel ilkeleri yanı sıra infaza ilişkin de bazı ilkeler bulunmaktadır. Bunlar (Özbek, 2019: 17-19):

- **İnfazın Kanuniliği İlkesi**: Bu ilkenin en kısa ve açık ifadesi “kanunsuz suç ve ceza olmaz.” Yaklaşımıdır. 1982 Anayasası’nın 38/1 maddesi’ne göre “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. İnfaz da cezanın bir sonucu olduğundan yola çıkılarak infazın da

kanunsuz olamayacağı kabul edilmelidir. Yani infaz düzenlemelerinin de kanun ile yapılması gereklidir. CGTİHK 4. Madde de “Mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.” Hükümü uyarınca infazın kanuniliği ilkesini ortaya koymaktadır. İnfazın kanuniliği ilkesinin bir diğer sonucunu da hükümlüye hükümde yer alan dışında bir cezanın uygulanamayacağı, çektirilemeyeceği anlayışında görmek gerekir.

- **İnfazın Kesintisizliği İlkesi:** bu ilkenin temel hareket noktasını mahkemece verilen kesinleşmiş hükmün infazının derhal başlatılması ve infaza ara verilmeksizin devam edilmesi oluşturur. CGTİHK 5. Maddesi de bu ilkeye dayanak oluşturmaktadır. “Mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hüküm Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Bu hükme göre cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.” Bunun yanı sıra bu ilkeye istisna teşkil edecek uygulamalar da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak infazda erteleme, gece veya haftasonu infazın yerine getirilmesi gibi uygulamalar gösterilebilir.
- **Gizlilikten Kaçınma İlkesi:** Bu ilkeye göre cezaların infazı bilinmeyen bir yerde ve yöntemle yapılamaz. Bu anlamda cezanın infazına dair kurallarda infazın yeri, ne zaman yapılacağı, ne şekilde ve hangi yöntemle yapılacağını açıkça düzenlenmesi ve herkesin bilebileceği şekilde olması gerekmektedir.
- **İnsanca İnfaz İlkesi:** Bu ilkenin esası hükümlülerin de birer insan oldukları ve cezalarının infazı süresince kendilerine insan onuruna yaraşır bir şekilde ve adil davranılmasının gerekli olduğu düşüncesidir. Nitekim Anayasa 17. Maddesi ile yaşam hakkı, eziyet ve işkence yasağı bu ilkeye vurgu yapmaktadır. Hükümlü kişi ile özgür bir kişi arasında insan onurunu olumsuz etkileyebilecek fark olmamalıdır. Bu noktada uyulması gereken hususlar olarak; “1-Tutuklu ve hükümlüye, sahip oldukları haklar yazılı olarak derhâl bildirilmelidir. Bu kişiler okur-yazar olmasa dahi söz konusu

haklar sözlü olarak bildirilmelidir. 2- Hakların kullanımında işlenen suçun niteliği ve türü dikkate alınmaz. Tutuklu veya hükümlü olmak yeterlidir. 3- Eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak hakların kullanımında ırk, dil, din, cinsiyet, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler ayırım nedeni olamaz. 4- Hakların çiğnenmesi durumunda yargı yolu açık olmalıdır (Anayasa m.125/1).”

- **İnfazın Bireyselleştirilmesi İlkesi:** Bu ilkeye göre hükümlünün cezasının infazına yönelik olarak bir iyileştirme planı hazırlanmalıdır. Bu plan hükümlünün meslek eğitimini, infazın hafifletilmesi yöntemini, salıverilme şartları gibi konuları içermelidir. Hükümlünün haklarının ve yükümlülüklerinin kendisinin anlayabileceği bir dil ve şekille anlatılması da gerekmektedir.

3.2.Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İnfaz

TCK 103. Maddesi ile çocukların cinsel istismarı suçunun yaptırımının hürriyeti bağlayıcı bir ceza olacağını düzenlemiştir. Bu madde kapsamında verilen hüküm kesinleştikten sonra hükümlüye yönelik infaz süreci başlatılmaktadır. TCK 49. Madde’ye göre, aksi belirtilmemişse, bir aydan az ve yirmi yıldan çok olmayan hapis cezaları süreli hapis cezaları olarak kabul edilmektedir. Müebbet hapis cezaları ise TCK 48. Maddesi’nde düzenlenmiş ve hükümlünün yaşamı boyunca sürecek ceza şeklinde izah edilmiştir. Müebbet hapis cezalarında da infaz rejiminin süreli hapis cezalarındaki gibi öngörülmüştür. Çocuğun cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK 103. Madde ile suçun temel hali, sarkıntılık şeklinde gerçekleşen daha az cezayı gerekli kılan hali ve daha çok cezayı gerekli kılan nitelikli hallerinin vuku bulması durumlarında belirlenen cezai yaptırımlar süreli hapis cezası olarak belirlenmiştir (Demir, 2020: 101).

ÇCİ suçu kapsamındaki hükümlülerin doğrudan açık ceza infaz kurumlarına ayrılacak hükümlüler arasında yer almadıkları için bu hükümlülerin infazları kapalı ceza infaz kurumlarında yapılmaktadır. Bu bağlamda ÇCİ suçundan hükümlü kişilerin çocuk ya da kadın olmaları

durumunda da infaz, kapalı ceza infaz kurumlarının kadın ve çocuklar için teşekkül ettirilen birimlerinde gerçekleştirilmektedir (Demir, 2020: 101). Bununla birlikte ÇCİ suçundan müebbet hapis cezası alan hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları da mümkündür. Bu suç hükümlülerinin kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği (ACİKAY)'nin 6 ve 10. Maddelerine göre karar verilebilmektedir. Buradaki önemli husus, ÇCİ suçunda açık ceza infaz kurumlarına ayrılma işlemlerinin diğer suçlarla farklılık gösteriyor olmasıdır. Şöyle ki ACİKAY 6. Madde 2. Fıkra b bendine göre, TCK 103. Madde kapsamındaki hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumlarından açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilmesi için koşullu salıverilme tarihine üç yıldan az süre kalması şartı bulunmaktadır.

TCK 103. Maddesi'nin "Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur." hükmü ile suçun ağırlaştırılmış hali düzenlenmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları, suçlunun ıslah edilmesi amacının dışındaki bir cezai yaptırımdır ve TCK 45. Maddesi ile düzenlenmiştir. İnfaz rejimi ise CGTİHK 25. Maddesi'nde yer almaktadır. Bu madde hükmü;

"a) Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır. b) Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır. c) Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitelerde kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir. d) Hükümlü, yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir. e) Hükümlü, kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve onbeş günde bir kez olmak üzere (f) bendinde gösterilen kişilere, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir. f) Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde onbeş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilirler. g) Hükümlü hiçbir suretle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez. h) Hükümlü, kurum iç yönetmeliğinde belirtilenlerin dışında herhangi bir spor ve

iyileştirme faaliyetine katılamaz. ı) Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbî tetkik ve zorunluluklar hariç ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü Devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenlikli mahkûm koğuşlarında uygulanır.”

şeklinde hükümlüler açısından daha ağır şartlar barındırmaktadır. Çünkü müebbet hapis cezası hükümlüleri Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik (CİK YCGTHY) 64. Maddesi ile belirtilen “tehlikeli hükümlüler” sınıfında kabul edilmiştir. Söz konusu maddeye göre tehlikeli suçlular, “Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlâl edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlü sayılır.” Şeklinde tarif edilmiştir. Tehlikeli hükümlüler göreceli olarak çok sıkı bir infaz rejimine tabidirler. Mahkumiyetleri boyunca yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında kalmaktadırlar ve CGTİHK 93. Maddesi’ndeki mazeret izni, özel izin ve iş arama izni haklarından yoksun bırakılmaktadırlar (Demir, 2020: 100).

TCK 103. Madde kapsamında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılmasına da imkan bulunmamaktadır. ACİKAY’nin 8. Maddesi, açık ceza infaz kurumuna ayırlamayacak hükümlüler arasında TCK 103. Madde 6. fıkrası kapsamında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan hükümlüleri de saymaktadır (Demir, 2020: 100).

3.3. Koşullu Salıverilme

Koşullu salıverilme genel olarak hükümlünün kendi kendini denetleyerek suça meyilli bir birey olma bilincini ortaya çıkarmak ve hükümlünün cezasının bir kısmının sosyal hayat içerisinde infazının sağlanarak topluma yeniden uyumlu hale getirilmesidir. Burada hükümlünün cezasının tamamını ceza infaz kurumunda tamamlamasına gerek kalmadan yasalarda öngörülen kısmının iyi hal içinde tamamlanmasının ardından salıverilmesi ve

cezasının geriye kalan kısmını toplumda geçirmesi ve normal yaşama dönmesi söz konusudur (Gür, 2019: 1446).

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 107. Maddesi koşullu salıverilmeye ilişkin şartları hüküm altına almıştır. Buna göre koşullu salıverilme için; cezanın belli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması, infaz süresinin iyi halli olarak geçirilmiş olması, koşullu salıverilmeye karar verilmiş olması ve koşullu salıverilmeye karar verilecek suçun CGTİHK'da sayılan koşullu salıverilmenin uygulanamayacağı suçlar arasında yer almaması gerekmektedir. Bu bağlamda ÇCİ suçu koşullu salıverilmenin uygulanamayacağı suçlar arasında yer almadığı için diğer şartlar doğrultusunda koşullu salıverilme kararı verilebilir (Demir, 2020: 106).

CGTİHK 108. Maddeye göre ÇCİ suçunu ilk kez işlemiş kişiler bakımından mükerrer suçlular ve terör suçlarını işlemiş kişiler için kabul edilen koşullu salıverilme rejiminin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda oluşturulan “tehlikeli özel suçlu” kategorisine dahil edilen ÇCİ suçunun hükümlüleri için -suçun mükerrerliği dikkate alınmaksızın- koşullu salıverilme süresi, süreli hapis cezasının dörtte üçü olarak belirlenmiştir (Tüysüz, 2021: 83).

3.4. Denetimli Serbestlik

10.11.2021 tarihli Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği denetimli serbestlik kavramını “Şüpheli, sanık veya hükümlünün toplum içinde denetim ve takibinin yapıldığı, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için ihtiyaç duyulan her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı bir infaz sistemi” şeklinde tanımlamıştır. Faillerin ıslahı, cezaların ve tedbirlerin kiteselleşmesi yerine bireyselleştirilmesi bağlamında önemli uygulamalardan birisi de denetimli serbestlik olarak görülmektedir. Öncelikle sanığın ya da hükümlünün sosyal çevresiyle bağlarını koparmaksızın cezasını çekmesine imkan sağlayan denetimli serbestlik, toplumu da ıslah etme sürecinin etkin bir parçası konumuna taşınmaktadır. Bu uygulama ile denetim yükümlüsünün denetimi ve yakın takibi yapılırken aynı zamanda kendisine ıslah sürecinde rehberlik ihtiyacına yönelik destek sağlanmaktadır (Apaydın ve Kaplan, 2019: 204).

Nitekim ÇCİ suçlarından hükümlü olanlar açısından da denetimli serbestlik uygulaması mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda hükümlüye hapis cezasının infazı sürecinde ve koşullu salıverilme hakkı kazanmasından sonra denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanabilmesi, bu doğrultuda kendisine birtakım tedaviler ve yükümlülüklerin getirilebilmesi söz konusudur. Bu tedbir ve yükümlükler arasında tıbbi tedaviye tabi tutulmak, tedavi amaçlı programlara katılmak, cinsel istismar mağduru çocuğun oturduğu ve/veya çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, çocuklar ile bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, çocuklara yönelik bakım ve gözetim yükümlülüğü gerektiren faaliyetleri icra etmekten yasaklanmak yer almaktadır. İnfaz hakimi tarafından belirtilen tedbir ve yükümlülükler konusunda karar verilmektedir (Demir, 2020: 109).

SONUÇ

ÇCİ suçu, 5237 sayılı yeni TCK ile büyük oranda Türkiye'nin taraf olduğu birtakım uluslararası sözleşmelerle uyumlu ve çağdaş hukuk anlayışına uygun şekilde düzenlenmiştir. Mülga 765 sayılı TCK konuyu “genel ahlak ve aile nizamı” bağlamında ele alırken 5237 sayılı yeni TCK ise “vücut dokunulmazlığı ve cinsel özgürlük” temelinde düzenlemiştir. Bu yönüyle bile günümüz çağdaş hukuk yaklaşımına uygun olduğu ifade edilebilir.

Ne var ki yeni TCK ile ÇCİ suçu açısından çağdaş yaklaşımlara uygun bir bakış açısı benimsenmiş olsa da bazı eksiklik ve yetersizlikler de dikkat çekmektedir. TCK 103. Madde metninin yer verdiği kavramlardaki muğlaklıklar, birçok ifadesinde göze çarpan özensizlik, özellikle cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlar bölümünün kendi içerisindeki çelişkili yönleri suça ilişkin eylemin ya da manevi unsurun tespitinde büyük güçlükler yol açmakta ve ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan “kanunilik” ilkesinin anlamsız hale gelmesine neden olabilecek yorum ve uygulamalara neden olabilmektedir.

Örneğin madde metninde yer alan “her türlü cinsel davranış” kavramı büyük bir belirsizliğin doğmasına yol açmakta, boşluğun doldurulmasında Yargıtay kararlarının önem kazandığı görülmektedir. Yine failin de çocuk olduğu durumlarda maddedeki genel yaklaşıma aykırı olarak “şikayete bağlı” tutulması tartışmalara neden olmaktadır. Evli çocukların eşleriyle olan cinselliklerindeki durum da tartışmalı konular arasında yer almaktadır.

Nitekim maddenin ilk düzenlenişinde zaman içinde görülen eksiklik ve yetersizliklerden ötürü değişiklikler yapılarak karşılaşılan sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Ancak tartışmaların tam olarak noktalandığını da ileri sürmek mümkün değildir.

ÇCİ suçu niteliği itibarıyla bütün toplumlar açısından yüksek hassasiyet gösterilen bir konudur. Mağdurun çocuk olması, gelecek yaşamını dahi etkileyebilecek bir eyleme maruz kalması, ensest gibi durumlarda çok daha ağır bir toplumsal baskıya konu olması, internet çağının sunduğu teknolojik imkanlar nedeniyle suçun dijital boyutlarda da ortaya çıkıyor olması gibi giderek yaygın hale gelişi nedenleriyle bu suçun toplumun adalet algısını tatmin edecek bir soruşturma ve kovuşturmayı gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla ÇCİ

suçuna ilişkin yasal düzenlemelerde bu çalışma boyunca dikkate çekilen tartışmalı hususların çözüme kavuşturulması büyük önem taşımaktadır.

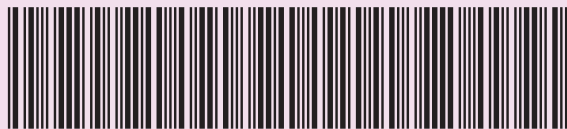
KAYNAKÇA

- Akçe, İ., Doğan, H. (2020). Cinsel İstismara Maruz Kalmış Çocuklar Üzerine Bir Değerlendirme, *Sosyal Çalışma Dergisi*, 4(1), 12-20.
- Akdoğan, H.(2005). Çocuğun Cinsel İstismarı ve Türkiye’de Çocuk Cinsel İstismarını Önlemeye Yönelik Politikalar, *Polis Bilimleri Dergisi*, 7(1), 1-15.
- Akkaya, Ç. (2018). *Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Altaş, E. (2009). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Apaydın, C., Kaplan, H. (2019). Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 185-207.
- Artuç, M. (2008). *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Asil, H., Özdemir, Ç. (2020). *Çocuk İstismarına Kapsamlı Bir Bakış: Durum Analizi ve Uygun Stratejilerin Modellenmesi*, AB Projesi Raporu.
- Ataç, A. S. (2013). Ceza Hukuku ve Enstest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 870-884
- Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi-201 (2007). *Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, Lanzarote.
- Aydın, A. (2016). Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Umut Vakfı Araştırma Merkezi 7. Hukukun Gençleri Sempozyumu, İstanbul, 24-25 Kasım 2016.
- Bulut, S. (2007). Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Değerlendirme, *Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi*, III(28), 139-156.
- Cengiz, M. S. (2021). *Türk Ceza Kanununa Göre Aile İçinde Küçüğü Terbiye Yetki Sınırlarının Aşılmasının Müeyyideleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Demir, H. K. (2020). *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna Özgü Yaptırımlar ve İnfaz Rejimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi.
- Demirbaş, T. (2010). *Kriminoloji*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Doğanay, A. P., Hilal, A. (2019). Çocukların Cinsel İstismarı ile İlgili Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemelerin Almanya, İtalya ve İsveç Ceza Yasaları ile Karşılaştırılması, *Türkiye Klinikleri*, 16(2), 145-154.
- Dönmezer, S. (1961). *Ceza Hukuku Hususi Kısım*, 3. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Erbaşı, A. A. (2007). Çocuk Prnografisi, *İstanbul Barosu Dergisi*, 81(4), 1611-1628.
- Ersözöğlü, H. (2010). *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi.
- Göral, C. M. (2014). *Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Gören, Z. (1998). Çocuğun Temel Hakları, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 15, 110-123
- Gündel, A. (2009). *Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Gür, G. (2019). Koşullu Salıverilme, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel Sayı), 1443-1489.
- Herkesecan, G. (2021). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m.103*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Horozgil, D. (2011). Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m.103/1), *TBB Dergisi*, 93, 108-146.
- <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 11.05.2022
- İbiliöğlü, A. O., Atlı, A., Oto, R., Özkan, M. (2020). *Enest ve Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı*, İstanbul: Akademisyen Yayınevi.
- İşten, İ. (2017). Anayasa Mahkemesi İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 139-165.
- Kocaoğlu, S. S. (2016). *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK.m.102-105)*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kök, A. N. (2006). Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X(3-4), 3-14.

- Küçükosmanoğlu, N. (2014). *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Lanzarote Sözleşmesi (2007). *Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*. <https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18> E. T: 22.10.2022
- Maden, M. (2012). *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Malkoç, İ. (2005). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları*, Ankara: Malkoç Kitabevi.
- Memiş Kartal, P. (2014). *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları.
- Okan İbiloğlu, A., Atlı, A., Oto, R., Özkan, M. (2020). “Ensest ve Çocukluk Çağı Cinsel İstismarı”, *Şiddet ve Travmaya Psikiyatrik Bakış* içinde, ss.99-117.
- Ölmez, G., Ünal, O. G., Karabulut, E. C., Kaya, F. (2019). *İnfaz Hukuku*. (Editörler: İzzet Ögenç ve Cumhur Şahin), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbek, V. Ö. (2008). *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanunu Anlamı Cilt II*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17.Bası, İstanbul: Seçkin Yayıncılık.
- Polat, O. (2007). *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I: Tanımlar*, İstanbul: Seçkin Yayınları.
- Savaşçı, B., (2013). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Seçgin, D. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.
- Sümer, Z. (2019). *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Şarman, C. (2012). *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.

- Taşkın, Ş. C. (2010). Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, 67-68, 77-110.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2008). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Turhan, E. (2021). *Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık.
- Tüysüz, D. (2021). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya Bilim Üniversitesi, Antalya.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2016). 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), 35-52.
- Yılmaz, G. (2009). *Cinsel İstismara Uğramış ve Uğramamış 6-12 Yaş Grubundaki Çocukların Aile Resmi Çizimleri, Davranış Sorunları ve Ailelerin İşlevsel Özelliklerinin İncelenmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara.
- Z-Page, A. (2004). Çocuk Cinsel İstismarı: Cinsel İstismara Neden Olan Etkenler ve Cinsel İstismarın Çocuklar Üzerindeki Etkileri, *Türk Psikoloji Yazıları*, 7(13), 103-113.



ISBN: 978-625-6955-39-4