

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*

Sexual Abuse of Children in Light of Annulment Decisions of Turkish Constitutional Court and Amendments to Law

İnanç İŞTEN**

Öz:

Bu makalede, önce çocukların cinsel istismarı suçu ile ilgili temel açıklamalara yer verilmiş, bu kapsamda suçu düzenleyen maddedeki yasal değişiklikler çerçevesinde kaldırılan ve getirilen hükümler incelenmiştir. Bunu müteakip, suçu düzenleyen maddeye yönelik Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının gerekçeleri ile bu kararların gereği olarak 24 Kasım 2016 tarihinde yapılan yasal değişikliğin kapsamı ve iptal kararlarının gerekçelerini karşılayıp karşılamadığı tartışılmıştır. Bu çerçevede, madde ile ilgili tartışmalı ve problemleri hususlar ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Cinsel İstismar, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Cinsel Davranış, Anayasa Mahkemesi, Failin Mağdurla Evlenmesi.

ABSTRACT:

In this article, after addressing fundamental concepts on crime of sexual abuse of children, we analyze the amendments to law repealing old and introducing new provisions to the respective article of the Turkish Criminal Code, where the crime of sexual abuse of children is determined. Thereafter, we evaluate the reasoning of annulment decisions of the Turkish Constitutional Court and the scope of amendments made on 24th of November 2016 which were required by such decisions. In addition, we try to determine whether these amendments fulfil the requirements of the reasoning provided in the decisions. In this context, we attempt to illustrate the disputable issues that relate to the respective article of the Code.

Keywords:

Sexual Abuse, Sexual Abuse of Children, Sexual Behavior, Turkish Constitutional Court, Marriage between Victim and Perpetrator.

* Gönderilme Tarihi: 30.04.2017, Kabul Tarihi: 26.05.2017.

Makale, TÜBİTAK ULAKBİM kriterlerine uygun olarak iki hakem denetiminden geçmiştir.

Makale, 07.04.2017 tarihinde Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi işbirliği ile Antalya'da gerçekleştirilen Cinsel Suçlar Ceza Hukuku Paneli'nde sunulan tebliğ metninden türetilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD (inanc.isten@antalya.edu.tr).

Giriş

Çocukların cinsel yönden istismarı kapsamına giren eylemler, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, niteliklerine göre farklı suçlar olarak "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bölümünde, 414, 415, 416, 417 ve 418. maddelerde dağınık bir şekilde düzenlenmiş iken,¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan kişisel değerlerle bağlantılı görülerek,² "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde tek bir maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu, 5237 sayılı Kanun kapsamında bu suçları düzenlerken, 765 sayılı Kanun'da geçen "ırza geçme ve ırza tasaddi" kavramları yerine, mağdurun yaşını esas almak suretiyle, ergin kişiler için "cinsel saldırı", çocuklar için "cinsel istismar" terimlerini kullanmış; 103. maddeyle "çocukların cinsel istismarı" suçunu yaptırıma bağlamıştır. Öncelikle tercih edilen düzenleme şekli bize göre yerinde olup, çocukların cinsel dokunulmazlığını korumaya yönelik çağdaş bir yaklaşımı ifade etmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. madde, kabul edildiği 26 Haziran 2004 tarihinden bu yana üç kez değişikliğe uğramış, maddenin bazı hükümleri, Anayasa Mahkemesince 12 Kasım 2015 ve 26 Mayıs 2016 tarihlerinde verilen iki ayrı karar ile iptal edilmiş, sonrasında maddede bu kararların yürürlüğe girmesine kısa bir süre kala 24 Kasım 2016 tarihinde tekrar düzenleme yapılmış, ancak maddede yer alan düzenlemelerle ilgili tartışmalar sona ermemiştir. Makalenin amacı, suç tipini tanıtarak belirtilen süreci özetlemek, tartışmalı hususları ortaya koymaktır.

I. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, çocuklara karşı yapılan cinsel saldırılarla ilgili olarak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, "çocuğun cinsel istismarı" kavramını getirmiştir. Suça saldırı değil de istismar adı verilmesinin sebebi, saldırının aksine istismar teriminin rıza ve rıza dışı davranışları kapsayan bir terim olmasıdır.³ Çocuk deyimi, Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesindeki tanım çerçevesinde, 18 yaşını bitirmemiş kişileri ifade etmektedir.

Cinsel özgürlüğü korumak ve özellikle de çocukların sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilmelerini sağlamak amacıyla, çocukların cinsel yönden istismarına yönelik fiiller, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesiyle yaptırım altına alınmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında, cinsel saldırının yanı sıra çocukların cinsel istismarı şeklinde bir suç tipine özel olarak yer verilmesinin nedeni, çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlayabilmek yanında, çocukları daha etkin bir şe-

¹ 414. madde, onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçme suçunu; 415. madde, onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddi suçunu; 416. madde, onbeş yaşını bitiren bir kimsenin ırzına geçme ve ırz ve namusuna tasaddi suçlarını; 417. madde, nitelikli halleri; 418. madde ise, bu suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenlemektedir.

² **Üzülmez, İlhan**: "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 4, S.: 2, 2009, s. 26.

³ **Kocaoğlu, S. Sinan**: *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Ankara 2016, s. 253.

kilde koruyabilmektir.⁴ Kanun koyucu, 102. maddede cinsel saldırı suçu⁵ ile yetişkinlerin cinsel özgürlüğünü koruma altına almış, çocukların fizyolojik ve psikolojik özelliklerini göz önünde tutarak, cinsel yönden istismar edilmelerini engellemek maksadıyla, daha sıkı koruma rejimi içeren 103. maddedeki suçu düzenlemiştir.

II. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suç teşkil eden her fiil, aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliğini taşımaktadır.⁶ Bu nedenle, bir hukuki değerle ilişkilendirilemeyen bir suçtan ve daha genel bir ifadeyle, haksızlıktan bahsedilemez.⁷ Hukuki değerler, hukuk toplumundaki sosyal düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal, manevi değerlerdir. Sosyal düzen açısından bu değerlerin korunması gerekir.⁸ Suç oluşturan fiilin işlenmesiyle, hukuki değer veya değerler ihlal edilmektedir. Bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmasıyla, bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmış olmakta,⁹ kanun koyucu vazettiği hukuk normu ile, hukuki değeri ihlal etmek isteyenleri ceza ile tehdit ederek, muhtemel ihlallerden korumaktadır.¹⁰

⁴ Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 26, 41.

⁵ 102. maddedeki düzenleme;

"Cinsel saldırı

Madde 102- (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

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

⁶ Ünver, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 147; Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 225; Zafer, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 148; Demirbaş, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 546.

⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 614, 789.

⁸ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 149, 474; Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 112.

⁹ Özgenc, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Ankara 2016, s. 160, 199; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 285.

¹⁰ Soyaslan, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 250.

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer konusunda öğretilde farklı düşünceler bulunmakla birlikte, kanaatimizce suçun koruduğu birden fazla değer bulunmaktadır ve öne çıkan görüşler doğrultusunda suçla; çocukların cinsel özgürlükleri,¹¹ cinsel dokunulmazlıkları,¹² düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimleri¹³ korunmaktadır. Kanun koyucu, bu suçta, mağdur çocukları hem başkalarına hem de kendilerine karşı korumuş, cinsel davranışlara muhatap olmamaları için (15 yaşından küçüklerle 15-18 yaş aralığında olup algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların) rızalarına itibar etmemiştir.¹⁴ Başka bir deyişle, mağdur çocukların belirtilen hukuki değerleri, kendilerine rağmen korunmaktadır.¹⁵

III. Suçun Maddi Unsurları

A. Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun işlenmesiyle zarar verilen veya tehlikeye maruz bırakılan eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır, bünyesidir.¹⁶ Başka bir deyişle suçun konusunu, suçu oluşturan hareketin üzerinde icra edildiği ya da gerçekleştiği kişi veya şey teşkil eder.¹⁷

Cinsel istismar suçunun konusu, saldırıya uğrayan çocuğun vücudu, cinsel dokunulmazlığı ve cinsel bütünlüğüdür.¹⁸

B. Fail - Mağdur

Suç, fail bakımından bir özellik taşımamaktadır. Başka bir deyişle herkes, cinsiyeti önem taşımaksızın bu suçun faili olabilir. Yani hem erkek hem de kadın ta-

¹¹ **Ünver, Yener**: "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", (Ed. Yener Ünver), *Özyeğin Üniversitesi II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku"*, 16/17.05.2013, İstanbul 2014, s. 40; **Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin**: "Sarkıntılık Fikri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 65, S.: 4, 2016, s. 3252; **Taner, Fahri Gökçen**: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 289; **Yokuş Sevük, Handan**: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 2, S.: 57, 2005, s. 246.

¹² **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2016, s. 346; **Üzülmez**, "Cinsel İstismar", s. 26; **Artuk/Alşahin**, "Sarkıntılık Fikri", s. 3252; **Kocaoğlu**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 264.

¹³ **Yenerer Çakmut, Özlem**: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.: 22, S.: 1, 2016, s. 44; **Üzülmez**, "Cinsel İstismar", s. 27; **Taner**, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 289.

¹⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, *Özel Hükümler*, s. 230; **Taner**, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 321.

¹⁵ **Ünver**, "Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", s. 40.

¹⁶ **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 198; **Akbulut, Berrin**: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2016, s. 339.

¹⁷ **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 112; **Zafer**, *Genel Hükümler*, s. 155; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2016, s. 221; **Demirbaş**, *Genel Hükümler*, s. 547; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, *Özel Hükümler*, s. 284.

¹⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, *Özel Hükümler*, s. 232; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, *Özel Hükümler*, s. 346; **Üzülmez**, "Cinsel İstismar", s. 30.

rafından işlenebilir.¹⁹ Fail ve mağdur, aynı cinsten olabilecekleri gibi, farklı cinsten de olabilir.²⁰ Failin yaşı, genel hükümler dışında önem taşımaz. Failin, 3. fıkranın (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen sıfatları taşıması, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.²¹

Suçun mağduru ise, adından da anlaşıldığı üzere sadece çocuklardır. Mağdur bakımından da cinsiyetin bir önemi bulunmamakta, hem erkek hem de kız çocuklarına karşı bu suç işlenebilmektedir. Çocuk terimi henüz 18 yaşını doldurmuş kişileri kapsamakla birlikte, her 18 yaşından küçüğe yönelik cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Zira Kanun koyucu suçun oluşması bakımından çocuğun yaşına göre ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, henüz 15 yaşını doldurmamış her çocuk ile 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. 15-18 yaş grubunda yer alan çocuklara karşı ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismarı oluşturacaktır. Buna göre, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışlar madde kapsamında cezalandırılan suçu oluşturmamaktadır.²²

C. Fiil

103. maddenin 1. fıkrasında cinsel istismar suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Fıkradaki düzenleme; *"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

- a) *On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*
- b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır." şeklinde.*

¹⁹ Arslantürk, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara 2016, s. 215; Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiil", s. 3262; Üzülmmez, "Cinsel İstismar", s. 29; Kocaoğlu, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 264.

²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 346; Kocaoğlu, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 264.

²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 347; Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiil", s. 3262.

²² Üzülmmez, "Cinsel İstismar", s. 29.

Bu suç tipini, "basit cinsel istismar" olarak da adlandırmak mümkündür. Buna göre; çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Maddede cinsel istismar deyiminin ne anlama geldiği şu şekilde tanımlanmıştır:

- a) 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
- b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar.

Şu halde;

- 15 yaşını tamamlamamış, başka bir deyişle 0-15 yaş grubu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak değerlendirilir.²³
- 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış da bu kapsamdadır.
- 15 yaşını tamamlamış, algılama yeteneği gelişmiş ve fakat 18 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene²⁴ dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismarı oluşturmaktadır.

Buna göre, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızası ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturmamaktadır. Bu gruptaki çocuklara yönelik olarak, rızaları ile gerçekleştirilen cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel içerikli davranışlar, esasen herhangi bir suç vücut vermemektedir. Başka bir deyişle, 15-18 yaş aralığında olup algılama yeteneği gelişmiş çocukların, yaşlarıyla ya da yetişkinlerle rızaları dahilinde yaşadıkları cinsel ilişki dışındaki cinsel deneyimler, ceza hukuku alanına girmemektedir. Bu yaş grubu bakımından suç teşkil eden tek eylem, algılama yetenekleri gelişmiş ve rızaları bulunmak kaydıyla, 104. maddede tanımlanmış olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur.²⁵

²³ Yurtcan, Erdener: *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 2. Bası, Ankara 2015, s. 71.

²⁴ İradeyi etkileyen başka nedenlere örnek olarak; mağdurun çaresizliğinden yararlanma, uyku hali, uyarıcı veya uyuşturucu madde ya da ilaç verme durumları gösterilebilir. Bkz., Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 33; Arslantürk, *Cinsel Suçlar*, s. 262-264.

²⁵ 104. maddedeki düzenleme;

"Reşit olmayanla cinsel ilişki

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur." şeklindedir.

Cinsel istismar suçu düzenlenirken, 102. maddeden farklı olarak, cinsel saldırıdan değil, cinsel davranıştan söz edilmiştir. Ancak istismar niteliğindeki davranışlardan ne anlaşılacağı hususu madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtilmiş değildir. Çocuk üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışların istismar olduğu söylenebilir.²⁶ Başka bir deyişle cinsel davranış, cinsel amaçla veya cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen her türlü davranışı ifade etmektedir. Bunun sebebi, cinsel istismarın mağduru olarak gösterilen çocukların, kendilerine yönelik cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın geçerli olmayacağını belirtmek ihtiyacıdır. Kanun koyucu, 15 yaşından küçüklerin ve 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların eyleme rızalarına bir değer atfetmemiştir.²⁷ Başka bir deyişle, bu yaş grubundaki çocukların rızaları, fiili suç olmaktan çıkartacak yeterlikte görülmemiş,²⁸ geçersiz kabul edilmiştir.²⁹

Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır: *“Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.”*³⁰

²⁶ Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 31.

²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 231; Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 33.

²⁸ Gündel, Ahmet: 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar, Ankara 2009, s. 71.

²⁹ Dursun, Selman: "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.: 9, S.: 24, 2014, s. 64.

³⁰ Açıkgöz, Ali Nevzat: *Gerekçeli - Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Erişim: 23.04.2017, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc), 2005, s. 218-219.

18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'la³¹ birinci fıkraya iki hüküm daha eklenmiştir.³² İlki; cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verileceği hükmüdür. Madde gerekçesinde sarkıntılıktan, "*ani hareketlerle yapılan cinsel davranışların*" anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.³³ 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen "her türlü cinsel davranış" cinsel istismar kabul edildiğinden, bu yaş grubundaki mağdurlara karşı vücuda temas içermeyen fiillerin sarkıntılık mı yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı konusu önem kazanmaktadır.

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde Yargıtay, vücuda temas içermeyen davranışların cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermektedir. Öğretide ise; maddedeki "*her türlü cinsel davranış*" tabiri dikkate alınarak, davranışın niteliği bakımından bir sınırlama getirilmediği, bu nedenle vücuda temas içermeyen sözle, işaretle, resim gösterilmek ya da görüntü seyrettirilmek suretiyle gerçekleştirilen ve cinsel içerik taşıyan sair davranışların da cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekteydi.³⁴ 6545 sayılı Kanun'la cinsel taciz suçunu düzenleyen 105. maddede yapılan değişikliğin ardından, cinsel taciz suçunun mağdurunun çocuk olması hali daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği için, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen vücuda temas içermeyen

³¹ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., T.: 28 Haziran 2014, S.: 29044.

³² Yurtcan'a göre; 6545 sayılı Kanun'un temel niteliği, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ilgili olarak uygulamada karşılaşılan sorunlara çözümler üretme amacını taşımasıdır. Bunun dışında, kanun koyucu yine aynı dönemde ülkemizde işlenen bu tür suçları dikkate alarak, bu suçların cezalarını artırmak suretiyle ceza hukukunun önleme amacını öne çıkarmaktadır. Suçları düzenleyen normlarda bu husus dikkati çekmektedir. Bkz., Yurtcan, *Cinsel Suçlar*, s. 7.

³³ Değişiklik tasarısında, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla "sarkıntılık" ibaresinin yerine "suçun ani hareketle işlenmesi" ibaresi tercih edilmiş, ancak verilen önergeyle tekrar "sarkıntılık" ibaresi kabul edilerek, madde bu şekilde yasalaşmıştır. Gerekçeye göre; "*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır... Türk Ceza Kanununun 102 ve 103'üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105'inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105'inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücutuna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik olarak mağdurun vücutuna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103'üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şekllinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şekllinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır.*" 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 21-22 (Erişim: 23.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem24/yil01/ss592.pdf>).

³⁴ Dülger, İbrahim: "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül Dergisi*, C.: 2, S.: 6, 2010, s. 41.

davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağı konusundaki tereddütler ortadan kalkmıştır.³⁵

Buna göre;

- Mağdurun vücuduna temas içeren ve ani hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar sarkıntılık,
- Mağdurun vücuduna temas içeren ve sırnaşık hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar basit cinsel istismar,
- Mağdurun vücuduna temas içermeyen yazılı, sözlü ya da işaretlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmektedir.³⁶

Sarkıntılıktan söz edilebilmesi için, failin hareketinin mutlaka mağdurun vücuduna temas içermesi gerekir. Mağdurun vücudunda temas edilen bölgenin önemi bulunmamaktadır. Önemli olan failin cinsel amaçlı mağdurun vücuduna dokunmasıdır.³⁷ Buna karşılık, failin vücuda temas içeren davranışlarının ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden, şehvi hisleri tatmine yönelik olacak şekilde yoğunluk taşıması halinde, eylem sarkıntılık değil, basit cinsel istismar suçunu oluşturur. Cinsel ilişki dışında cinsel tatmine yönelik yoğun cinsel davranışların tümü bu kapsamdadır.³⁸

Basit cinsel istismarda eylem, mağdur üzerinde cinsel ilişkiye varmayan, ancak vücuda temasın devamlılık arz ettiği, yahut doğrudan cinsel organları hedef alan davranışlardır. Örneğin, mağdurun aniden öpülmesi ve mağdurun vücuduna bir anlık dokunma, sarılma, tutma, basit okşama gibi davranışlar sarkıntılık iken, mağdurun defalarca veya uzun süreli öpülmesi, mağdurun vücudunun sürekli okşanması basit cinsel istismar teşkil eder.³⁹

18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'la 1. fıkraya eklenen ikinci hüküm ise; sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı olduğu düzenlemesidir. Değişiklik gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte; çocuk failer için bir atıfet olarak nitelenebilecek⁴⁰ bu hükümle, özellikle ergenlik çağına giren çocuklar arasında sıkça görülen, başka bir deyiş-

³⁵ Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiili", s. 3253-3254; Yenerer Çakmut, "Genel Bakış", s. 45; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 230; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 308.

³⁶ Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiili", s. 3254; Yokuş Sevük, "Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", s. 274; Yenerer Çakmut, "Genel Bakış", s. 48; Artuk, Mehmet Emin: "Cinsel Taciz Suçu", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.: 11, İstanbul 2006, s. 36.

³⁷ Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiili", s. 3254-3255.

³⁸ Artuk/Alşahin, "Sarkıntılık Fiili", s. 3259; Arslantürk, *Cinsel Suçlar*, s. 200.

³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 233; Arslantürk, *Cinsel Suçlar*, s. 200.

⁴⁰ Yurtcan, *Cinsel Suçlar*, s. 73.

le faili ve mağduru çocuk olan, sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışların resen soruşturulmasının yaratabileceği sakıncaların giderilmek istendiği söylenebilir.

Maddenin 1. fıkrasına, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la⁴¹ da, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı hükmü eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinde; "*Madde ile, 5237 sayılı Kanunun "Çocukların cinsel istismarı" kenar başlıklı 103. maddesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen birinci ve ikinci fıkrası yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ceza belirlenirken, bir kademe belirlenmektedir. Mağdurun oniki yaşından küçük olması durumunda verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir. Suçun farklı yaş gruplarındaki mağdurlara karşı işlenmesinde bir ayırım gözetmeyen mevcut hüküm yeniden düzenlenmektedir.*" denilmektedir.⁴²

D. Suçun Nitelikli Halleri

1. Cinsel İstismarın Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle Gerçekleştirilmesi

103. maddenin 2. fıkrasında, suçun ilk nitelikli hali düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Kasım 2015 tarihli iptal kararı⁴³ sebebiyle, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen "nitelikli cinsel istismar" suç maddede; "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolünür. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin cinsel saldırı suçundan daha ağır bir yaptırıma bağlanması, çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirilmeye yöneliktir. Kanun koyucu, çocukların yetişkinlere oranla daha fazla korumaya muhtaç olmasını ve aynı eylemin çocuklarda daha büyük bir zarara yol açmasını dikkate almıştır.

Bu nitelikli halin tatbiki için, vücuda cinsel amaçlarla vajinal, anal ya da oral yoldan cinsel organ ya da herhangi bir şey sokulması gerekli ve yeterlidir. Fıkranın gerekçesinde, suçun bu nitelikli haline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine yollama yapılmıştır. Cinsel saldırı suçunun aynı yöndeki nitelikli hali ile ilgili olarak gerekçede, "*Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal*

⁴¹ 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., T.: 2 Aralık 2016, S.: 29906.

⁴² 6763 sayılı Kanun gerekçesi, s. 17, (Erişim: 23.04.2017, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf>).

⁴³ 103. maddenin 2. fıkrası; Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015 tarihli ve E.: 2015/26, K.: 2015/100 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 11.12.2015 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

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 fıkra da tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.”⁴⁴ açıklamasına yer verilmiştir.⁴⁵

2. fıkradaki nitelikli halle ilgili dikkat çekilmesi gereken husus; 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızaları ile gerçekleştirilen bu tür eylemlerin madde kapsamında olmadığı, bu durumda diğer şartların da mevcudiyeti halinde 104. maddedeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağıdır. Ancak faille mağdur evli ise, evlilik hali bir nevi hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğinden, bu suç da oluşmamaktadır.⁴⁶

Evlilik hukukunun cinsel istismar suçuna etkisi, belirtilen hususla sınırlı değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesine göre; “Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir.” Bu düzenleme çerçevesinde, 16-18 yaş aralığındaki iki çocuğun evlenmesi hukuken mümkündür. Bu durumda, rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlarda cinsel istismar suçunun oluşmadığı açıktır. Ancak eşlerden birinin diğerine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel davranışlarda cinsel istismar suçunun oluşup oluşmayacağı ve nitelikli cinsel istismar suçunun hangi madde kapsamına gireceği hususları tartışmalıdır.

Buradaki temel sorun; 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş, ancak 18 yaşından küçük olmakla birlikte yargı kararlarıyla evlenen çocuğa karşı, eşin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel saldırı eyleminin, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesi kapsamında mı, yoksa 103. madde kapsamında mı kaldığıdır. Bir taraftan mağdurun eş olması, diğer yandan ise eylemin rıza dışı ve mağdurun yaşının 18'den küçük olması hususları, uygulanacak maddeyi belirsiz hale getirmektedir.⁴⁷

Öğretide konuyla ilgili çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; evlilik kişiyi reşit kılsa da yaşını değiştirmeyeceğinden, cinsel istismar suçu oluşacaktır. Kanun koyucu, cinsel istismar suçunda mağdurun yaşını kıstas olarak bazı hukuki

⁴⁴ **Açıkğöz, Gereğçeli - Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 217, 219.

⁴⁵ “Vücuda” teriminin, ırza geçme suçunun anlamını oldukça genişlettiği ve kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir. Kanunilik ilkesinin gereği olarak, vücudun hangi bölgesine organ ya da cisim sokulması gerektiğinin belirtilmesinin uygun olacağı, maddenin gerekçesinde yazmak suretiyle kanunilik ilkesinin yerine getirildiğinden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz., **Yokuş Sevük, "Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları"**, s. 257.

⁴⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler**, s. 349.

⁴⁷ **Ünver, "Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi"**, s. 41.

sonuçlara varmayı amaçladığından, belirtilen fiil bu suç kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda, çocuk yaşta yapılan evlilikler sırasında gerçekleştirilen istismar eylemleri de (basit veya nitelikli), çocukların cinsel istismarını oluşturur.⁴⁸ Bizim de katıldığımız diğer bir yaklaşım ise; 102. maddede eşlerle ilgili özel bir düzenleme bulunması⁴⁹ ve fail ile mağdur arasında resmi evlilik ilişkisi olması nedenleriyle, eylemin 102. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir.⁵⁰ Zira, evlenme ile çocuğun ergin sayılacağı ve ergin çocuklar açısından suçun 102. madde kapsamında değerlendirileceği düşünülerek, 103. maddede ayrıca düzenleme yapılmamış olabilir.⁵¹ Ancak madde gerekçelerinde bu hususa ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, konuyla ilgili olarak önüne getirilen bir itiraz başvurusunda; evli çocuklar bakımından cinsel istismar suçunun oluşmayacağı, evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesinin, 102. maddede ayrı bir suç olarak öngörülmüş olduğu yönünde hükme varmıştır. Mahkeme'nin söz konusu kararında belirttiği gerekçe; *"Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen ve henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak tanımlanması yolundaki yaklaşımın bir benzerinin kabul edildiği ve onsekiz yaşını dolduran her kişinin ergin sayıldığı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına hükme bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür."* şeklindedir.⁵²

⁴⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, *Özel Hükümler*, s. 349; **Kocaoğlu**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 284-285; **Dursun**, "Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", s. 66; **Yenerer Çakmut**, "Genel Bakış", s. 44.

⁴⁹ 102. maddenin 2. fıkrası; *"Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır."* şeklindedir.

⁵⁰ **Ünver**, "Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", s. 41; **Taner**, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 293.

⁵¹ **Malkoç, İsmail**: *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara 2009, s. 167.

⁵² Anayasa Mahkemesi, T.: 12.11.2015, E.: 2015/43, K.: 2015/101; RG., T.: 11 Aralık 2015, S.: 29559. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4e85f763-2808-4091-bf94-643c3f2c50b5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

Tüm bu görüşlere rağmen, mevcut düzenleme çerçevesinde, öğreti ve yargı organlarının üzerinde anlaşabileceği isabetli bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmak bakımından, 103. maddede konuya ilişkin düzenleme yapılması gerektiği açıktır.

2. Cezanın Artırılmasını Gerektiren Diğer Nitelikli Haller

Maddenin 3. fıkrasında cezanın yarı oranda artırılmasını gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir. Bunlar, suçun;

- Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi,
- İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi,
- Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi,
- Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi,
- Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halleridir.

Diğer bir nitelikli hal maddenin 4. fıkrasında yer almaktadır. Fıkra göre; cinsel istismarın, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ise silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. 0-15 yaş grubu içindeki çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak kabul edildiğinden, failin fiilinde cebir veya tehdit söz konusu olduğunda, failin daha ağır biçimde cezalandırılması, suç ve ceza politikasına uygun bir yaklaşımdır.⁵³ Eylemin belirtilen şekilde gerçekleştirilmesinin mağdurun direnme gücünü azaltıcı etkisini ve bu şekilde eylemin işlenmesinin kolaylaşmasını dikkate alan kanun koyucu, yerinde olarak belirtilen araçların kullanılmasını cezayı artırıcı sebep olarak kabul etmiştir.

4. fıkrada dikkat çeken husus; 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı sadece cebir veya tehdidin kullanılması ağırlatıcı neden sayılmış, 1. fıkranın (b) bendindeki hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden belirtilmemiştir. Bu nedenle, belirtilen yaş gurubuna karşı, cinsel istismarın hile ile gerçekleştirilmesi ağırlatıcı neden değildir.⁵⁴ Madde gerekçesinde bu tercihin sebebine ilişkin bir açıklama bulun-

⁵³ Yurtcan, *Cinsel Suçlar*, s. 73.

⁵⁴ Gündel, *Cinsel İstismar*, s. 74.

mamaktadır. Hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin bu yaş grubu çocuklar üzerindeki etkisinin, cebir veya tehdidin kullanılması kadar ağır haksızlık içerme-yeceği düşünülerek bu yönde düzenleme yapıldığı değerlendirilmektedir.⁵⁵

Fıkra gerekçesinde belirtildiği üzere, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı uygulanan cebrin, en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, 5. fıkraya göre ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁵⁶ Fıkranın ilk halinde bulunmayan cinsel istismarın 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hali, 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle fıkraya eklenmiştir. Silah, Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-f maddesindeki tanım kapsamındaki her türlü alettir.

IV. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, genel kastır.⁵⁷ Kastın kapsamına suçun bütün işleniş şekilleri dahildir. Bu çerçevede, failin mağdurun çocuk olduğunu bilmesi ve fiili de cinsel istismara, yani cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁵⁸ Failin suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulabilmesi, bu unsurlar bakımından da kasten hareket etmesini gerektirir. Dolayısıyla kastın kapsamına bu nitelikli haller de girmektedir. Vücuda anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokma objektif olarak cinsel istismardır. Suçun oluşumu açısından bu tür davranışların hangi saik ve amaçla gerçekleştirildiği önemli değildir. Başka bir anlatımla, bu durumda failin kastını gerçekleştiren hareketler ortaya koymaktadır. Dolayısıyla failin kastının tespit edilebilmesi bakımından davranışları hangi amaçla gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek yoktur.⁵⁹ Failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi, kastın varlığı için yeterlidir.⁶⁰

V. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Cinsel istismar suçuna teşebbüs mümkündür. Suçun temel şekli, çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın yapıldığı anda tamamlanır.⁶¹ Başka bir deyişle, suç tipinde hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, cinsel istismar suçu icra hareketlerinin bitmesiyle oluşur. Ancak,

⁵⁵ Malkoç, *Cinsel Suçlar*, s. 181.

⁵⁶ Açıkgöz, *Gerekçeli - Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 219.

⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 361.

⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 238.

⁵⁹ Üzülmöz, "*Cinsel İstismar*", s. 38; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 361.

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 238.

⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 361-362.

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında, elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri, engel bir nedenle tamamlanamazsa teşebbüs söz konusu olur.⁶²

Suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenebilen nitelikli hali bakımından, organ veya sair cismin bir kısmının ya da tamamının vücuda sokulmasıyla suç tamamlanır.⁶³ Suçun nitelikli halini işleme kastıyla ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayan failin, elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması halinde nitelikli hale teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, failin mağdurun vücuduna organ sokma girişiminde bulunması, ancak mağdurun çok küçük olması sebebiyle başaramaması ve vazgeçmesi ya da mağdurun bağırması ve etraftan gelenlerin olması üzerine failin mağduru bırakarak kaçması gibi durumlarda suçun nitelikli haline teşebbüs söz konusu olacaktır. Ancak fail icra hareketlerinden kendi isteğiyle vazgeçerse, örneğin pişmanlık duyup mağduru bırakması halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi gereğince gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak ve fail suçun nitelikli haline teşebbüsten değil, 1. fıkradaki basit cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.

B. İştirak

Cinsel istismar suçuna iştirakin her şekli mümkündür.⁶⁴ Ancak, Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesi çerçevesinde suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, yani birlikte faillik hali, maddenin 3. fıkrasında cezanın yarı oranda artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Azmettirme ve yardım etme biçiminde iştirak halinde ise, genel hükümler uygulanır.

C. İçtima

103. maddenin 5. fıkrasına göre; cinsel istismar için başvuru cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, gerçek içtima hükümlerine göre hareket edilerek, fail cinsel istismar suçu yanında, Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesi kapsamında kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırılacaktır. Kanun koyucunun mağdurun çocuk olduğunu dikkate alarak, cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında kullanılan cebir ve şiddetin, 86. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek dereceyi aşması halinde kasten yaralamanın ayrıca cezalandırılacağını belirtmesi bizce daha uygun olurdu.⁶⁵ Mevcut hükme göre, cinsel istismar sırasında gerçekleştirilen ve 86. madde kapsamında kalan kasten yaralama suçu, cinsel istismar suçunun zor unsuruna dahil bulunduğu kabul edilerek⁶⁶ ayrıca cezalandırılmaktadır.

⁶² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 239.

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 362.

⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 362; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 240.

⁶⁵ Aynı yönde bkz., Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 362.

⁶⁶ Arslantürk, *Cinsel Suçlar*, s. 224.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunun birden fazla işlenmesi durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 43/1. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nun "zincirleme suç" düzenlemesini içeren 43. maddesinin son fıkrası uyarınca; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır. Düzenlemenin ilk halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak suçlar arasında cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları da sayılmış iken, 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un⁶⁷ 6. maddesiyle, bu iki suç fıkra kapsamında çıkarılmıştır.⁶⁸

Gerekece; cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenlemenin, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olduğu, bu endişeleri gidermek amacıyla bu suçların fıkradan çıkarıldığı belirtilmiştir.⁶⁹

Değişiklik gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira ispat sorunu, ceza muhakemesi hukuku ile ilgili bir husus olup, verilecek cezanın miktarını belirleyen yasal düzenlemeler, suç teşkil eden eylemin ispatının zorluğu ya da kolaylığı dikkate alınarak yapılamaz. Gerçek içtima uygulanması halinde ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkmasının endişe yaratması da kabul edilebilir değildir. Zira zincirleme suç hükümleri uygulanamayan kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında da ciddi ceza miktarlarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Mevcut düzenlemeye göre, bir kişiye farklı zamanlarda şiddet uygulayarak kasten yaralama suçlarını işleyen ya da bir kişiden cebir ve tehditle farklı zamanlarda eşyalarını zorla alarak yağma suçlarını işleyen failerin eylemleri zincirleme suç kapsamında kabul edilmemekte, her bir eylemleri ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Ancak bir çocuğa farklı zamanlarda birçok kez cinsel istismarda bulunan ya da bir kadına farklı zamanlarda defalarca cinsel saldırı gerçekleştiren failerin eylemleri, bir suç işleme kararının icrası kapsamında kabul edilerek, tek suç işlemişler gibi cezaya hükmedilmekte, ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılmaktadır. Bu durumun, özellikle belirtilen suçlarla korunan hukuki değerler dikkate alındığında ceza adaleti bakımından yerinde olmadığı, maddenin ilk halindeki düzenlemenin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

⁶⁷ 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., T.: 8 Temmuz 2005, S.: 25869.

⁶⁸ Söz konusu düzenlemeyi içeren tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisince 27 Mayıs 2005 tarihinde 5357 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş, ancak Cumhurbaşkanınca Meclis'e iade edilmiştir. Tekrar görüşülmesi sonrasında 29.06.2005 tarihinde 5377 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 8 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBMM İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5357).

⁶⁹ TBMM İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>).

VI. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel İstismar

Maddenin 6. ve son fıkrasında, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali yer almaktadır. Buna göre, suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümlü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü niteliğindeki ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için, Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, meydana gelen netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gereklidir. Failin söz konusu ağır neticeye yönelik olarak kastının bulunması halinde, ayrıca kasten öldürme ya da kasten yaralamadan sorumlu olacağı açıktır.⁷⁰

Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü, gerçekleştirilen cinsel istismara yönelik failin sonucu olmalıdır. Bu ağır netice, bizzat cinsel davranışın icrasının sonucunda gerçekleşmiş olabileceği gibi, suçu işleyebilmek için uygulanan cebirden de kaynaklanabilir. Örneğin, failin cinsel davranışa karşı koymasını engellemek amacıyla mağdurun kafasına sert bir cisimle vurması, cinsel istismarı gerçekleştirmesi ve bu sırada darbenin sonucunda mağdurun beyin kanaması geçirerek bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde, cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmiş olur.⁷¹

6. fıkranın ilk halinde ayrıca, cinsel istismar eyleminin mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına yol açması, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeyle kastedilen, suçun işlenmesi sonucunda mağdur üzerinde kalıcı bedeni veya ruhi bozuklukların ortaya çıkmış olması halleriydi.⁷² Ancak bu hüküm, suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumu'na gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olduğu, ayrıca akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğunun kabul edildiği ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmadığı gerekçeleriyle,⁷³ 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la yerinde olarak kaldırılmış, bu şekilde konuya ilişkin tartışmalar da sonlandırılmıştır.

VII. Suçun Muhakemesi

103. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi hariç olmak üzere, cinsel istismar suçunun gerek basit şeklinin gerekse nitelikli hallerinin şikayete tabi olmayıp, re'sen kovuşturulmakta olduğunu belirtmek isteriz. Buna göre, sadece sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin de çocuk olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.

⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 361; Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 40; Malikoç, *Cinsel Suçlar*, s. 184; Kocaoğlu, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 355.

⁷¹ Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 40-41.

⁷² Üzülmöz, "Cinsel İstismar", s. 40.

⁷³ 6545 sayılı Kanun Gereçesi, s. 20-21 (Erişim: 23.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem24/yil01/ss592.pdf>).

VIII. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve 6763 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi ilk olarak; Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptaline karar verilmesini talep etmesi üzerine, 12 Kasım 2015 tarihinde, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine⁷⁴ aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, fıkranın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görmemiştir.⁷⁵ Ayrıca, fıkranın iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edecek nitelikte gördüğünden, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüştür.⁷⁶

Yüksek Mahkeme, söz konusu iptal kararın gerekçesinde özetle; "...Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir... Kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi

⁷⁴ Anayasa'nın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü bulunmaktadır.

⁷⁵ Söz konusu iptal kararı ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz., **Kocaoğlu**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 310-315.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, T.: 12.11.2015, E.: 2015/26, K.: 2015/100; RG., T.: 11 Aralık 2015, S.: 29559. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c0fd7bd3-cdce-40f0-873d-13925fb0e6c6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.” saptamasını yaparak, itiraz konusu kuralın bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ikinci olarak; Bafra Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün, 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptaline karar verilmesini talep etmesi üzerine, 26 Mayıs 2016 tarihinde, itiraz konusu 103. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan “...tamamlamamış...” sözcüğü yönünden 1. fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, diğer talepleri ise reddetmiştir. Ayrıca, söz konusu hükümlerin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edecek nitelikte gördüğünden, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüştür.⁷⁷

Anayasa Mahkemesi, bu kararın gerekçesinde ise özetle; “*İtiraz konusu kurala onbeş yaşını tamamlamamış çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğuna şüphe yoktur. Ancak cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi eylemi hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı gerekçelerinin itiraz konusu kural bakımından da geçerli bulunması ve Anayasa'nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef alınması gerekliliği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahiptir.”* tespiti ile, itiraz konusu kuralı ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, T.: 26.05.2016, E.: 2015/108, K.: 2016/46; RG., T.: 13 Temmuz 2016, S.: 29769. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8295ece8-40f9-4c3a-835f-8bf338189759?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

Yüksek Mahkeme her iki kararında da özetle üç gerekçeye dayanmıştır:

- 1- Mağdurun yaşına göre kademeli ceza sistemi öngörülmesi gerektiği,
- 2- Failin de küçük olması halinin ceza indirimine konu edilmesi gerektiği,
- 3- Fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılması gerektiği.

Aşağıda ayrıntılı olarak aktaracağımız üzere, Anayasa Mahkemesi'nin her iki kararına da esas teşkil eden bu üç gerekçeden ilk ikisinin yerinde olduğunu, son gerekçeye ise katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bu çerçevede, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe⁷⁸ bakıldığında;

İlk olarak; 6763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, esasen iptal edilen hükümlerin olduğu gibi tekrar yasalaştırılmasından ibarettir. Getirilen tek yenilik; 103. maddenin 1. ve 2. fıkralarına eklenen cümlelerle, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın; istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ise, on sekiz yıldan az olamayacağına ilişkindir. Başka bir deyişle, suçun üç farklı işleniş şeklinde mağdurun 12 yaşından küçük olması, daha fazla ceza verilmesini gerektiren hal olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde yer alan hususlardan sadece, failin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlenmesine farklı ceza öngörülmesi gerektiğine ilişkin bölümünü kısmen karşılar niteliktedir.

İkinci olarak; 6763 sayılı Kanun'la 103. maddede, iptal kararında belirtilen failin de küçük olması durumunda farklı ve daha düşük ceza öngörülmesi hususunu karşılayan bir düzenleme yapılmamıştır. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin son derece yerinde olarak belirttiği gibi, 103. maddede 18 yaşından küçük failler bakımından kademeli ve daha düşük cezalar içeren bir değişiklik yapılması gerektiği açıktır.

12 Kasım 2015 tarihli ilk iptal kararına katılan bir üyenin, konuyla ilgili olarak farklı gerekçe olarak belirttiği üzere; *"18 yaşını bitirmemiş olan fail ile 15 yaşını bitirmemiş olan mağdur arasında cinsel ilişki yaşanması halinde, verilecek olan ve alt sınırı 16 yıldan başlayan cezadan ancak Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine göre, yaş küçüklüğü indirimi yapılabilecek ve suça sürüklenen çocuğa verilecek ceza, Türk Ceza Kanunu'nun 31/3. maddesi gereğince üçte bir oranında indirilerek, neticede 10 yıl hapis cezasından az olmayacaktır. Hayatın olağan de-*

⁷⁸ İlk iptal kararı 11 Aralık 2016 tarihinde, ikinci iptal kararı ise 13 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girecek iken, 6763 sayılı Kanun bu tarihlerin dolmasına kısa bir süre kala, 24 Kasım 2016 tarihinde kabul edilerek 2 Aralık 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir.

neyimlerinin ve her türlü bilimsel verinin ortaya koyduğu gibi, ergenlikten yetiştirilme çağına geçiş yaşlarında çocuklarda cinsellik aşırı derecede önem kazanmakta, bu alanda deneyimler yaşamak için yoğun bir biyolojik ve psikolojik ortam, çocuğa egemen olmaktadır. Bu yaşlardaki gençler karşılıklı rıza ile cinsel bir deneyim yaşamak isteyebilirler. Kaldı ki iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. Farklı özellikleri olan bir suça tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu suç yönünden, yasa koyucu, sadece çocuklar için genel bir ceza indirimini ceza kanununa koymak suretiyle adaleti sağlamış sayılamaz. Rıza ile iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin, yaralama sonucu ölüme sebebiyetten, nitelikli hırsızlık ve yağmadan, uyuşturucu ticaretinden, hatta terör eylemlerine katılmaktan daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının çağdaş bir toplumda mantığa ve vicdana sığdırılması güçtür. Bu nedenle kural, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemez. Yasa koyucunun, failin yaşını, biyolojik ve psikolojik gerçeklikleri gözetmeksizin, fail-mağdur arasındaki yaş farkının azlığını öngören bir yasal düzenleme yapmaması, aşırı ve ölçsüz sonuçlara yol açabilmektedir. Temel amacı yetişkinlerin çocukları cinsel yönden istismar etmesini önlemek olan ağır bir ceza yaptırımını, suça sürüklenen çocuğun biyolojik, psikolojik özelliklerini ve fiilin kendine özgü niteliğini gözetmeden, her yaştaki failer yönünden aynı düzenlemelere tabi tutan kural, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük gereklerine aykırıdır. Bu konuda yasa koyucunun takdir alanına ilişkin genel kuraldan ayrılarak, suça sürüklenen çocuk yönünden Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırı olan, cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere de ters düşen kuralın iptaline karar verilmesi gerekmektedir."⁷⁹

Bu konuyla ilgili diğer bir sorun, cinsel davranış ya da ilişkinin her ikisi de 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar arasında rıza ile yaşanması halinde, maddedeki düzenlemenin herhangi bir çözüm öngörmemiş olmasıdır. Çocuklardan her ikisi de fail ve mağdur olabilir mi? Yoksa aktif olan çocuk mu fail sayılacaktır? Her ikisi de birbirlerine karşı aktif olarak cinsel davranışlar gerçekleştirmişlerse, her iki çocuk da cezalandırılacak mıdır? Böyle bir olayda fiilin suç teşkil etmeyeceğini ifade etmek uygun olmadığı gibi⁸⁰ mümkün de bulunmadığından, mahkemenin kanunilik ilkesine aykırı davranmadan adil bir karar vermesi oldukça güç görünmektedir.⁸¹ Nitekim, çocuklar arasında rızaya dayalı olarak yaşanan cinsel

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, T.: 12.11.2015, E.: 2015/26, K.: 2015/100. Üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün farklı gerekçesi, s. 10-26.

⁸⁰ Yenerer Çakmut, "Genel Bakış", s. 46.

⁸¹ Sorunun çözümüne yönelik olarak, isnat yeteneğinden yola çıkarak çocukların isnat yeteneği olmadığının kabulüyle ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanması, yaşı daha büyük olan çocuğun

davranışlar sorunu, hukuken ciddi bir sorun olmasına karşın, çözülmesi güç olduğundan kanun koyucunun bugüne kadar çözmeye yanaşmadığı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.⁸² Kanun koyucunun sorunu tüm yönleriyle ele alarak, yeni bir iptal kararı beklemeksizin, 103. maddede çocuk faillerin durumuna ilişkin düzenleme yapmasının zaruri olduğu düşüncesindeyiz.

Üçüncü olarak; 6763 sayılı Kanun'la, iptal kararında belirtilen fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılması gerektiği hususunu karşılayan düzenleme de yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu düşüncesine aktaracağımız gerekçelerle katılmamaktayız.

Aslında Yüksek Mahkemenin düşüncesine uygun bir düzenleme teklifi, 6763 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde, geçtiğimiz 2016 yılı Kasım ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi gündemine taşınmıştır. Söz konusu yasa tasarısının Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile; tasarının geçici 1. maddesine, cinsel istismar suçunda, mağdur ile failin evlenmesi durumunda fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine imkan tanıyan bir fıkra eklenmesi gündeme getirilmiştir.⁸³

"Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nın Geçici 1. maddesine eklenen fıkra, "*Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16 Kasım 2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesindeki koşullara bakılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar*

Türk Ceza Kanunu'nun 30/4. maddesinde düzenlenen hata hükmünden faydalandırılması şeklinde öneriler ortaya konmakta, bazı yargı kararlarında hata hali uygulamalarına rastlanmaktadır. Ancak Yargıtay, yaşı daha büyük ve aktif olan çocuğu fail kabul etmekte, hata halini uygulamama yaklaşımı göstermektedir. Bu yöndeki bir kararında; "*Sanık ile mağdurenin aynı köyde ikamet ettikleri ve birbirlerini tanıdıkları, yaklaşık bir yıl süreyle de duygusal anlamda arkadaşlık yaptıkları sabit olan somut olayda, suç tarihi itibarıyla onbeş yaşın içerisinde olan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, kaldı ki sanık ya da müdafinin hiç bir aşamada mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde savunmada bulunmadıkları göz önüne alındığında, sanık yönünden TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları bulunmamaktadır. Bu nedenle, onbeş yaşından küçük olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.*" şeklinde kabulde bulunmuştur; YCGK., T.: 26.11.2013, E.: 2013/14-517, K.: 2013/514. Bkz., Yargıtay İnternet Sitesi, (Erişim: 27.04.2017, <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/>). Konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz., **Kocaoğlu**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 299-301; **Taner**, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 309-316; **Taner, Fahri Gökçen**: "Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 2, S.: 124, 2016, s. 234-238.

⁸² **Taner**, "Çözüm Önerisi", s. 234.

⁸³ TBMM Adalet Komisyonu 438'e 1'inci Ek Sıra Sayılı Raporu, (Erişim: 25.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438ek1.pdf>).

verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazın ortadan kaldırılmasına karar verilir.” hükmünü içermekteydi.⁸⁴

Düzenlemenin kamuoyunda büyük tartışma yaratması ve yoğun itirazlar yapılması üzerine, Adalet Bakanlığınca 18 Kasım 2016 tarihinde konuya ilişkin olarak basın açıklaması yapılmıştır. Basın açıklamasında özetle; “Bu düzenlemeye göre; cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan başka bir nedenle cinsel istismar suçunu işleyenler (tecavüzcüler), bu düzenlemeden yararlanamayacaktır. Düzenleme, failin mağdurla resmi nikahla evlenmesi şartıyla uygulanabilecektir. Ancak, tecavüzcüler mağdurla evlense dahi bu düzenlemeden yararlanamayacaktır. Ailelerin gayri resmi evlendirdiği, ancak Türk Medeni Kanununun öngördüğü evlilik yaşına gelmediği için resmi nikah yapamamış olanların resmi nikah ile evlenmeleri halinde; hakkında henüz hüküm verilmemişse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verme imkanı getirilmektedir. Ayrıca evliliğin zamanaşımı süresi içinde failin kusuruyla sona ermesi halinde hükmün açıklanması veya cezanın infazına kaldığı yerden devam edilmesi öngörülmektedir. En az 20 yıllık zamanaşımı süresince (davalar bakımından 20 yıl, cezalar bakımından ise 24 yıl) bu evliliğin failin kusuruyla sona ermemesi gerekmektedir. Böylelikle bu düzenlemenin istismarının önlenmesi hedeflenmiştir. Düzenleme geçici bir düzenlemedir. 16 Kasım 2016 tarihinden önce işlenmiş suçlar yönünden bir kereye mahsus olarak uygulanacaktır. Bu tarihten sonra bu suçu işleyenler, mağdurla evlenseler dahi ceza almaktan kurtulamayacaktır. Cinsel istismar suçunun vasfında değişiklik ve cezasında indirim yapılmamaktadır.” denilmiştir.⁸⁵

Kamuoyunda oluşan tepkiler üzerine, düzenleme 22 Kasım 2016 tarihinde Meclis Adalet Komisyonu'na geri çekilmiş, Komisyon'da 23 Kasım 2016 tarihinde yapılan görüşmeler sonucunda, çeşitli toplumsal kesimlerce ileri sürülen itirazlar dikkate alınarak, tartışma yaratan fıkranın metinden çıkarılmasına karar verilmiştir.⁸⁶

Tartışma yaratan düzenlemenin geri çekilmesi, son derece isabetli olmuştur. Zira, düzenleme içeriği ve anlamı itibarıyla 15 yaşını tamamlamamış ya da

⁸⁴ Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <http://www.basin.adalet.gov.tr/BasinAciklamasi/basin-aciklamasi-18112016>).

⁸⁵ Basın açıklamasının tamamı için bkz., Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <http://www.basin.adalet.gov.tr/BasinAciklamasi/basin-aciklamasi-18112016>).

⁸⁶ TBMM Adalet Komisyonu 438'e 1'inci Ek Sıra Sayılı Raporu, (Erişim: 25.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438ek1.pdf>).

tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklarla cinsel birliktelik yaşayan faileri kapsamına alacak niteliktedir. 15 yaşını tamamlamış çocuklarla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki mevcut düzenlemeye göre cinsel istismar suçunu oluşturmamakta, 104. maddedeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermekte, bu suçta ise evlilik hali bir nevi hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekte ve böyle durumlarda zaten faile ceza verilmemektedir.

Başka bir deyişle, 15 yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş mağdur çocuklarla ilgili böyle bir değişiklik yapmaya zaten gerek bulunmamaktadır. 15 yaşından küçük veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdur çocuklarla ilgili böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi ise mümkün değildir. Zira kanun koyucu 103. maddede, yukarıda da açıkladığımız gibi, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik olarak, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişmemiş olduğunu baştan kabul ederek, bu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı cinsel istismar saymıştır. Suçun nitelikli halini oluşturan cinsel ilişki sonrası evlilik halinde, fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine imkan verilmesinin, en başta 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklarla cinsel ilişkiye girmenin normal görülmesine ve önemli bir toplumsal sorun olan çocuk yaşta evliliklerin daha da artmasına yol açacağı aşikardır. Bu nedenle tasarının geri çekilmesinin yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

Sonuç

Çocukların cinsel istismarı, günümüzde karşı karşıya olduğumuz önemli toplumsal sorunlardan birisidir. Suç tipi olarak mahkemelerin önemli iş yüklerinden birisi haline gelmesi bir yana, yaşanan vakaların önemli bir kısmı ortaya çıkmakta, fail ile mağdur arasında gizli kalmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde, çocukların özellikle yetişkinler tarafından cinsel yönden istismar edilmesini önlemeye dönük mekanizmaların başında, eylemin suç sayılarak caydırıcı bir yaptırıma bağlanması gelmektedir. Türk Ceza Kanunu, 103. madde ile çocukların cinsel istismarını özel bir suç kategorisi olarak düzenlemek suretiyle belirtilen işlevi yerine getirmeyi amaçlamaktadır.

Bu noktada, 103. maddede öngörülen cezaların çok yüksek olduğu yönündeki eleştirilere, yetişkin failer bakımından katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Yetişkin bir kişinin bir çocuğu cinsel yönden istismar etmesi, özellikle son yıllarda bu suçun işlenişindeki artış da dikkate alındığında, üzerinde ciddiyetle durulması gereken önemli bir toplumsal sorun olup, suç ve ceza politikasında cezanın caydırıcılık fonksiyonunun ön plana alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesindeki düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ve yapılan değişikliklere rağmen, bazı yönleriyle ceza adaletini sağlamaktan ve toplumsal ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Öncelikle suçun 18 yaşından küçük faileri bakımından, Anayasa Mahkemesi tarafından da işaret edildiği üzere, adalet duygusuna uygun kademeli ve daha düşük cezalar içeren bir değişiklik yapılması gerektiği açıktır.

Özellikle 15 yaşından küçüklerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların ayrıca ele alınması ve maddede buna ilişkin düzenleme yapılması elzemdir. Zira mevcut düzenleme, kanunilik ilkesi çerçevesinde bu konuya çözüm olmaktan uzaktır. Bu düzenleme yapılırken, konu sadece hukuk disiplini içerisinde ele alınmamalı; çocuk gelişimi, pedagoji ve çocuk psikiyatrisi gibi konuyla ilgili diğer disiplinlerin bilgi desteği ile sonuca ulaşılmalıdır. Bu yaş grubunda karşılıklı cinsel davranışların cezalandırılmaması bir çözüm önerisi olabilir.

Son olarak, çocuk yaşta evlilikleri özendirerek yasal düzenlemeler yapılmasının çözümden çok sorun doğuracağı, suçun faillerini cezai yaptırımdan kurtararak çocuk istismarı gibi çok önemli bir suçu önemsizleştireceği düşüncesindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirttiği görüşlerin tersine, fiilden sonra failin mağdurla evlenmesi halinde failin cezasının affedilmesi anlamını taşıyan düzenlemelerin "onarıcı adalet kurumu" olarak vasıflandırılmayacağı düşüncesindeyiz.

Bir çocuğun 16 yaşında evlenmesinin yasal olarak mümkün olduğu ve bu durumda rızasıyla gerçekleştirilen cinsel eylemlerin suç teşkil etmediği, 15-18 yaş aralığındaki çocuklarla evlilik bağı olmadan ve rızayla cinsel ilişki yaşanmasının ise çocukların cinsel istismarı suçunu değil, soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu dikkate alındığında, yasal düzenlemeye konu yapılması önerilen yaş grubunun 15 yaş ve altı çocuklar olduğu açıktır. Suçun yetişkin failine, 15 yaşından küçük bir çocukla cinsel ilişkiye girdikten sonra evlenmek suretiyle cezai yaptırımdan kurtulabileceği düşüncesinin verilmesinin ne kadar doğru olacağı tartışılır. Bu nedenle, bu yönde bir yasal düzenleme yapılmasından kaçınılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Açıkgöz, Ali Nevzat:** *Gereğçeli - Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Erişim: 23.04.2017, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc), 2005.
- Akbulut, Berrin:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2016.
- Arslantürk, Mustafa:** *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara 2016.
- Artuk, Mehmet Emin /Alşahin, Mehmet Emin:** "Sarkıntılık Fiili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 65, S.: 4, 2016, s. 3243-3270.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya, Ahmet Caner:** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2014.
- Artuk, Mehmet Emin:** "Cinsel Taciz Suçu", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.: 11, İstanbul 2006.
- Demirbaş, Timur:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Dülger, İbrahim:** "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül Dergisi*, C.: 2, S.: 6, 2010, s. 41-42.
- Dursun, Selman:** "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.: 9, S.: 24, 2014, s. 57-73.
- Gündel, Ahmet:** *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar*, Ankara 2009.
- Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Kocaoğlu, S. Sinan:** *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Ankara 2016.
- Malkoç, İsmail:** *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara 2009.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2016.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2016.
- Özgenç, İzzet:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Ankara 2016.
- Soyaslan, Doğan:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Taner, Fahri Gökçen:** "Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 2, S.: 124, 2016, s. 222-246.
- Taner, Fahri Gökçen:** *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Ünver, Yener:** "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", (Ed. Yener Ünver), *Özyeğin Üniversitesi II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku"*, 16/17.05.2013, İstanbul 2014, s. 13-58.
- Ünver, Yener:** *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- Üzülmez, İlhan:** "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 4, S.: 2, 2009, s. 25-42.

- Yenerer Çakmut, Özlem:** "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.: 22, S.: 1, 2016, s. 35-51.
- Yokuş Sevük, Handan:** "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 2, S.: 57, 2005, s. 243-282.
- Yurtcan, Erdener:** *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 2. Bası, Ankara 2015.
- Zafer, Hamide:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2015.
- TBMM Adalet Komisyonu 438'e 1'inci Ek Sıra Sayılı Raporu, (Erişim: 25.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438ek1.pdf>).
- Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <http://www.basin.adalet.gov.tr/BasinAciklamasi/basin-aciklamasi-18112016>).
- 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 21-22 (Erişim: 23.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>).
- 6763 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 17 (Erişim: 23.04.2017, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4e85f763-2808-4091-bf94-643c3f2c50b5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).
- Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c0fd7bd3-cdce-40f0-873d-13925fb0e6c6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).
- Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim: 24.04.2017, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8295ece8-40f9-4c3a-835f-8bf338189759?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).
- Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <http://www.basin.adalet.gov.tr/BasinAciklamasi/basin-aciklamasi-18112016>).
- TBMM İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5357).
- TBMM İnternet Sitesi, (Erişim: 25.04.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>).
- Yargıtay İnternet Sitesi, (Erişim: 27.04.2017, <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilis-temciWeb/>).

