

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (m.103)

Prof. Dr. A. Caner Yenidünya

***Bu metin yol gösterici mahiyette olup, sınav sorumluluğunun tamamını kapsamayabilir.

I. Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer, mağdur çocuğun yararıdır. Kanun koyucu cinsel istismar suçunda mağdur çocuğu hem dışarıya karşı hem de kendisine karşı korumuş ve cinsel davranışlara muhatap olmaması için rızasına itibar etmemiştir. Nitekim cinsel istismar suçunun yaptırımı, cinsel saldırı suçuna oranla daha fazla tespit edilmiştir (kşz. 102/1,2, 103/1,2). Sonuç olarak bu suç tipinde, çocuğun cinsel dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü korunmaktadır.

II. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

103 üncü maddenin 1 inci fıkrasında yaptırım altına alınan fiil; “çocuğun cinsel davranışlarla istismar edilmesidir”. Böylece cinsel istismar, 102 nci maddede olduğu gibi “cinsel davranışlar” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla, 102 nci maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen cinsel davranışların, çocuklara yönelik işlenmesi halinde cinsel istismar söz konusu olmaktadır.

- Şayet cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmışsa veyahut vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmişse 103/2'nin koşullarının araştırılması gerekmektedir.
- Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

Çocuk 15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda ise, ona karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar sayılmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucu 15 yaşından küçüklerin ve 15 yaşını bitirmiş olup da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların eyleme rızalarına bir değer atfetmemiştir.

Mağdur 15 yaşını bitirmiş ve algılama yeteneği de gelişmişse basit cinsel istismarın suç teşkil etmesi rıza dışı olmasına, yani cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene⁵ dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Esasen bu araçlarla ya da mağdurun iradesini etkileyen başka bir nedenden istifade edilerek fiilin işlenmesi halinde, zaten geçerli bir rızadan da söz edilemez.

Cinsel istismar suçunda kullanılan bu araçların, çocuğun mukavemetini ortadan kaldıracak ölçüde olması aranmamış “iradeyi etkilemiş” olması yeterli sayılmıştır.

B. Fail, Mağdur, Konu

Cinsel istismar suçunda fail, kadın, erkek herkes olabilir.

Mağdur, çocuktur (m.6/1 b). Şayet mağdur çocuk, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemişse 103/1-a, 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını doldurmamış ise 103/1-b tatbik olunacaktır.

Suçun konusu ise, saldırıya uğrayan çocuğun vücudu, cinsel dokunulmazlığıdır.

C. Suçun Nitelikli Unsurları

a-Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur

Mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştır.

Yargıtay verdiği kararlarda sarkıntılığı; “belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar” tarzında tarif etmiştir.

Yargıtay, sarkıntılık suçunu oluşturan hareketlere örnekler vermektedir: ıslık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek ve mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el-kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek.

Kararda ifade edilen ve vücuda temas içermeyen haller, 5237 sayılı TCK. kapsamında cinsel taciz (m.105) olarak değerlendirilir. Bununla birlikte mağdurun vücuduna çimdik atmak, mağdurun göğsüne, poposuna, bacağına elle anlık dokunmak sarkıntılık kapsamındadır.

Cinsel saldırının yahut cinsel istismarın temel şekli ile sarkıntılık arasındaki fark ise, sarkıntılıkta vücuda yapılan temasın ani olarak gerçekleşmesi, devamlılık arz etmemesidir. Bedeni temasta devamlılık suçun temel şeklini oluşturur.

Bu anlamda, cinsel saldırı yahut cinsel istismarın temel şeklindeki eylem; mağdur üzerinde cinsel ilişkiye varmayan, ancak vücuda temasın devamlılık arz ettiği yahut doğrudan cinsel organları hedef alan davranışlardır.

b-Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

aa) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi (m.103/2): Cinsel istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinde kanun koyucunun yasakladığı fiil; “*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*”dır. Bu fiil, vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleşebilir. Vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal, anal veya oral yoldan cop, kalem, şişe gibi sair cisimlerin sokulması da mümkündür.

TCK., cinsel istismarın bu şekli bakımından da 15 yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızalarına bir değer atfetmemiştir. 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismarın da, 103 üncü madde kapsamında değerlendirilebilmesi, eylemin rıza hilafına olmasına (yani cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine) bağlıdır.

İfade edelim ki, cinsel istismarın bu şeklinin 15 yaşını doldurmuş çocukların rızalarıyla gerçekleşmesi halinde de cezai sorumluluk ortadan kalkmamaktadır. Nitekim 15 yaşını doldurmuş çocukla cebir, tehdit hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunmak, 104 üncü madde kapsamında suç sayılmıştır.

bb) Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.103/3-a)

cc) Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi (m.103/3-b)

dd) Failin vasfı ile fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından cezayı artıran nitelikli unsurlar (m.103/3-c):

103 üncü maddenin 3 üncü fıkrasının c bendinde cinsel istismarın; “üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından” işlenmesi halinde cezanın artırılacağı belirtilmiştir.

103 üncü maddede yer alan tarzda şahsi ilişkilerin mevcudiyeti, mağdurun fiile mukavemetini azaltacağı gibi, bu niteliklere sahip kimseler tarafından cinsel istismarın işlenmesi toplumda daha fazla infial uyandıracaktır. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu cinsel istismar suçunda failin sıfatını cezayı artıran nitelikli bir unsur olarak düzenlemiştir.

Üçüncü derecede dahil kan veya kayın hısımları tarafından fiilin işlenmesi halinde de ceza artırılır

ee) Suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi (m.103/3-d): Vasi, MK.'nın 413 vd. maddeleri uyarınca velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh mahkemesi tarafından tayin edilen kimsedir.

Eğitici, öğretici ve bakıcı kavramları, çocuğun eğitimi, öğretimi, bakımı amacıyla görevlendirilmiş kimseleri ifade eder. Bu kimselerin resmi ya da özel bir kuruluş tarafından istihdam edilmeleri şart değildir. Hatta çocuğun eğitimini ya da bakımını ücretsiz olarak üstlenmiş de olabilirler.

ff) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.103/3-e):

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması da cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsur sayılmıştır. Örneğin, aynı işyerinde çalışma gibi nedenlerle küçük üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, bu konumlarını veya otoritelerini kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemeleri mümkündür. Yargıtay'a göre, bu hizmet ilişkisinin geçici olmaması gerekir.

gg) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi (m.103/4)

2. Manevi Unsurlar

Cinsel istismar suçu kasten işlenebilir. Suçun temel şekli açısından fail, cinsel arzuları tatmin gayesiyle hareket etmelidir.

Failin, fiilin haksızlığı konusundaki yanılığı kaçınılmaz nitelikte ise, kusurluluğu kaldırabilir. Yargıtay bir kararında; *“..mağdurenin yaşı konusunda sanığı yanılttığına dair dosyada herhangi bir iddia ve kanıt bulunmadığı, mağdurenin üvey babasının kardeşi olması nedeniyle mağdureyi olaydan önce tanıyan sanığın mağdurenin yaşını kolaylıkla öğrenme imkanı bulunduğu gibi, ayrıca mahkemece 23.03.2009 celsede alınan mutlu bir yuva kurmak amacıyla bu işi yaptım, o dönemde evlenme yaşının 14'e indirileceği yönünde haberler çıkıyordu, bu haberlerden umutlandığım için mağdureyi aldım şeklindeki savunmasına göre TCK.'nun 30.maddesi kapsamında kaçınılmaz bir hatadan da söz edilemeyeceği”* ni belirtmiştir.

Suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi yönünden de kast aranır. Failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur.

III. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

1. *Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (m.103/5):* fail tarafından cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, fail cinsel saldırı suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış (m.87) halinden de cezalandırılacaktır. Bu husus suçun içtimaı açısından da önem arz etmekte olup, böyle bir halde 87. madde ile 102. madde hükümleri arasında gerçek içtima uygulanacaktır.

Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m.103/6): Burada netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan, failin bitkisel hayat veya ölüm neticesini istememiş, ancak yapılan hareketin bu sonucu doğurmuş olması aranır. Ölüm neticesi ile cinsel istismar arasında doğrudan illiyet bağı bulunmalıdır.

IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun temel şekli küçüğün cinsel dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın yapıldığı anda tamamlanır. Diğer bir ifadeyle, suç tipinde hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, cinsel istismar suçu icra hareketlerinin bitmesiyle oluşur. Ancak elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri, engel bir nedenle tamamlanamazsa teşebbüsten söz edilir.

Bu ihtimalde henüz mağdura hiç bir fiziksel temasta bulunulmamışsa, sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar yönünden teşebbüsün değerlendirilmesi yerinde olur.

Failin mağdura fiziksel temasta bulunmakla birlikte, hedefinin nitelikli cinsel istismar olduğu açıkça anlaşılıyorsa, (103 üncü maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımını bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğinden) vücuda her hangi bir sebeple organ veya sair cisim sokulamamışsa, teşebbüsten bahsedilemez. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tesbit edilmiştir. Bu yüzden böyle hallerde unsurları varsa suçun temel şekli ve 61 inci maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir.

Yargıtay içtihatları, bu ihtimalde nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir.

2. İştirak

Cinsel istismar suçunda iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.

Yargıtay, küçüğün yasal olmayan evlilik kararına onay veren ebeveynin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği yönünde karar vermiştir. Başka bir kararında ise Yargıtay, babanın, kızını başlık parası karşılığı sanıkla evlenmeye zorlama şeklindeki eylemi nedeniyle, cinsel istismar suçundan müşterek fail olarak cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

3. İçtima

Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (m.103/5). Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu suç tipinde kullanılan cebrin mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması aranmamış, iradeyi etkilemesi yeterli sayılmıştır. Bu itibarla cinsel istismar suçunda kasten yaralama suçunu düzenleyen 86 ncı maddedeki hallerin gerçekleşmesi durumunda cezanın 61 inci maddedeki esaslar çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekir.

Suçun işlenmesi için değil de, işlendikten sonra cebir veya tehdide başvurulması halinde, başvurulan cebir ve tehditten dolayı fail ayrıca cezalandırılır.

Suçun, bir suç işleme kararıyla aynı mağdur üzerinde belirli aralıklarla tekrarı halinde zincirleme (müteselsil) suç (m.43) durumu ortaya çıkar.

Farklı mağdurlara karşı cinsel istismarda bulunulmuşsa, her bir mağdur bakımından ayrı suç oluşur.

Fail eylemini, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda cinsel taciz ve cinsel istismar şeklinde gerçekleştirmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.

V. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Cinsel istismar suçunun soruşturulması re'sen yapılır. Bununla birlikte, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

Suçun basit şeklinin yaptırımı, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.