

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR BAKIMINDAN İLGİLİNİN RIZASININ CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Klasik suç teorisinde “mağdurun rızası” bir “hukuka uygunluk sebebi” olarak kabul edilir ve bu sebeple, açıklanan rızaya binaen gerçekleştirilen fiil dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmez. Oysa günümüz ceza hukuku anlayışında, kişinin üzerinde hukuken tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunduğu konu ile ilgili olarak ve tasarruf sınırları dahilinde açıkladığı rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Hatta, bazı durumlarda açıklanan rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, bunun belirli koşullarda, örneğin önceden gerekli ve yeterli bilgilendirmeye dayalı ve yazılı olarak açıklanması gerekmektedir. Diğer taraftan, rıza, bazı durumlarda, fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırmamakla birlikte, ceza hukuku sorumluluk alanı dışında değerlendirilmesini gerektirmektedir; yani kişi bakımından bir mazeret sebebinin varlığının kabul edilmesini sağlamakta ve hatta, fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu itibarla, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu ortadan kaldıran veya fiili suç olmaktan çıkararak bir sebep olarak değerlendirilebilmesi için, kişinin üzerinde tasarrufta bulunduğu konu bağlamında açıklanma şartlarını ve usulünü dikkate almak gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: İlgilinin rızası, hukuka uygunluk sebebi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, cinsel istismar, cinsel taciz, çocuk pornografisi.

THE EFFECT OF CONSENT ON THE CRIMINAL-LAW LIABILITY WITH REGARD TO THE CRIMES AGAINST SEXUAL INVIOABILITY

ABSTRACT

In the classical theory, “consent by the victim” is accepted as a “justification defence” so the acts carried out in regard to the declared consent does not give rise to criminal-law liability. However, in the current understanding of criminal law, consent that a person renders with regard to a right of which she/he is entitled to the enjoyment and within the limits of the enjoyment is regarded as a justification defence. Moreover, in some cases, consent should be declared pursuant to certain conditions in order to

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD **E-Posta:** oezgenc@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733297

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/02/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/03/2020

be approved as a justification defence, such as the person giving the consent must be adequately informed in advance and it must be disclosed in written form. On the other hand, in some cases, consent does not remove the unlawfulness of the act but requires it to be discussed outside the scope of the criminal liability; in other words, sometimes consent constitutes an excuse defence and even removes the act from being a crime. Therefore, to be able to accept the consent as justification defence or a reason that removes either the culpability or the act from being a crime, relevant conditions and procedure for its declaration should be considered.

Keywords: *Consent, justification defence, crimes against sexual inviolability, sexual abuse of children, sexual harassment, child pornography.*

I. Giriş

Kişinin hukuken geçerli rızasının varlığından bahsedebilmek için, bunun, “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin” olması gerekmektedir.

Hukuk düzeni, kişiyi kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılmaktadır.

Kişinin hukuki yetkisini kullanmak suretiyle açıklamış bulunduğu rızaya dayalı olarak başkaları tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı değildir. Belli konularla ilgili olarak belli tasarruflara yönelik hukuken geçerli rızaya dayanılarak gerçekleştirilen davranışlar hukuka uygundur.

Rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufta bulunulması gerekir.

Bir hakkın kullanılması bağlamında açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebidir.

Ancak, rıza açıklaması, her zaman bu açıklamaya dayalı olarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygun olmasını sonuçlamaz. İlgilinin rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen fiil, bazı durumlarda hukuka aykırı olmakla birlikte ceza sorumluluğunu gerektirmeyebilir.

Hukuk sistemimiz, çocukların cinsel arzularının tatmini amacıyla bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi yönünde rıza açıklamasına hukuki geçerlilik tanımamaktadır. Dolayısıyla, cinsel suçlar bağlamında, yaşı ne olursa olsun

çocuğun açıklamış bulunduğu rıza, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir¹. Ancak fiilin hukuka uygun olmaması, her zaman ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılmamakta, bu sebeple kişinin cezalandırılmasını gerektirmemektedir².

TCK’da, “(m)üstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları ... kullan”mak, suç olarak tanımlanmıştır (m. 226, f 3). “Çocuk pornografisi” olarak da adlandırılan bu suç, müstehcen, pornografik bir ürünün üretiminde, **yaşı ne olursa olsun, rızasının olup olmadığına bakılmaksızın**, çocuğun kullanılması suretiyle işlenmektedir. Başka bir ifadeyle, yaşı ne olursa olsun, çocuk müstehcen, pornografik ürünün üretilmesinde kullanılmaya rıza gösterse bile, fiil suç oluşturacaktır. Bu itibarla örneğin on beş yaşından büyük çocuğun müstehcen, pornografik ürünün üretilmesinde kullanılmaya yönelik olarak açıkladığı rıza, TCK, m. 26, f. 2 çerçevesinde bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

II.

Türkiye’nin taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşmede, çocukların cinsel istismarının yanı sıra, müstehcenliğin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak çocuk pornografisinin önlenmesine ve suç olarak tanımlanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır:

A- 20.11.1989 tarihli Birleşmiş Milletler “**Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**”ye³ göre;

“Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:

a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;

¹ ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 257 vd.

² ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, 15. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 374 vd.

³ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 27 Ocak 1995/22184; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, Ankara, Nisan 2017, sh. 37 vd.

b) Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulmasıyla sömürülmesini;

c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini,

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.” (m. 34)

B- 17.6.1999 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi”ne (Sözleşme no. 182)⁴ göre;

“Bu Sözleşmeyi onaylayan her üye ülke acil bir sorun olarak kötü şartlardaki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alır”,(m. 1)

“Bu sözleşmenin amaçları bakımından ‘kötü şartlardaki çocuk işçiliği’ ifadesi,

...

b) çocuğun fahişelikte, **pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;**

...

Kapsar.” (m. 3, bent b)

C- 25.5.2000 tarihli Birleşmiş Milletler “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol”⁵ ile, taraf devletler, “çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi” anlamına gelen (m. 2, bent c) çocuk pornografisini yasaklamakla ve suç olarak tanımlamakla yükümlü kılınmışlardır (m. 1; m. 3, f. 1, bent c). Bu itibarla, çocukların kullanıldığı pornografik ürünlerin “üretimi, dağıtımı,

⁴ Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 27 Haziran 2001/24445.

⁵ Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu Protokol metni için bkz. RG: 28 Haziran 2002/24799; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 63 vd.

yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği” fiillerini “vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir” suç olarak tanımlanacaktır (m. 3, f. 3).

D- 23.11.2001 tarihli Avrupa Konseyi “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”ne (ETS No. 185)⁶ göre;

“MADDE 9- Çocuk pornografisiyle bağlantılı suçlar

*1. Taraflardan her biri, aşağıda belirtilenler, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, bunların kendi iç hukukunda **cezaî suç olarak tanımlanması** için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:*

*a. bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla **çocuk pornografisi üretmek;***

*b. bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisini sunmak veya erişilebilir hale getirmek;***

*c. bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisinin dağıtım veya iletimini yapmak;***

*d. kendisi veya başkası için bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisi temin etmek;***

*e. bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verileri depolama aygıtında **çocuk pornografisi bulundurmak.***

*2. Yukarıda 1. paragrafla belirtilen “**çocuk pornografisi**” terimi aşağıda belirtilenleri görsel anlamda tasvir eden pornografik malzemeleri içerecektir:*

*a. **reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;***

*b. **reşit olmayan şahıs görüntüsün(ü) haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;***

*c. **reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.***

⁶ Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 9 Ağustos 2014/29083; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 915 vd.

3. Yukarıda 2. paragrafta belirtilen “**reşit olmayan**” terimi, **18 yaşın altındaki tüm şahısları** kapsar. Bununla birlikte, Taraflardan biri, 16’dan küçük olmamak kaydıyla, daha düşük bir yaş sınırı talep edebilir.

4. Taraflardan her biri, 1. paragrafın d ve e bentleri ile 2. paragrafın b ve c bentlerinin tamamını veya bir kısmını uygulamaya koymama hakkını saklı tutabilirler.”

E- 25.10.2007 tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**” (CETS No. 201)⁷ ile, Taraf devletlerden “her biri, çocukların cinsel sömürü ve istismarının her türünü engellemek ve çocukları korumak için gereken yasal ve diğer tedbirleri al”makla yükümlü kılınmıştır (m. 4). Bu çerçevede Taraf devletlere yüklenen somut yükümlülükler şunlardır:

“MADDE 18- Cinsel istismar

1. Taraflardan her biri aşağıdaki kasti fiilin **suç** kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak **cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;**

b- bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

- zor, güç veya tehdit kullanma; veya

- aile içi dahil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak istismar; veya

- özellikle bir zihinsel veya fiziksel özürlüğü veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak istismar.

2. Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, Taraflardan her biri bir **çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar verir.**

3. 1.a fıkrasının hükümleri, **küçükler arasında rızaya dayalı cinsel**

⁷ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 10 Eylül 2011/28050; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 85 vd.

faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir.”⁸

“MADDE 20- Çocuk pornografisine ilişkin suçlar

1. Taraflardan her biri aşağıdaki kasti davranışın, hakkı olmadan işlenmesi halinde, suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- çocuk pornografisi üretimi;

b- çocuk pornografisi teklifi veya sağlanması;

c- çocuk pornografisi dağıtımı veya yayınlanması;

d- kendisi veya başkası için çocuk pornografisi temin etmek;

e- çocuk pornografisine sahip olmak;

f- bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bilerek çocuk pornografisine erişim sağlamak.

*2. Bu madde kapsamında, “çocuk pornografisi” ifadesi; görsel olarak **bir çocuğun gerçek veya temsili açık cinsel ilişkiye girdiğini ortaya koyan** veya **bir çocuğun cinsel organlarının cinsel amaç öncelikli olarak her türlü gösterimini** içeren herhangi bir materyali ifade eder.*

*3. Taraflardan her biri, aşağıda belirtilen pornografik materyallerin üretimi ve sahipliğine 1 a ve e fıkralarını kısmen veya tamamen **uygulamama** hakkını saklı tutabilir:*

- tamamen temsili sunumlardan veya var olmayan bir çocuğun görüntülerinden oluşan;

*- 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmış ve bu **görüntüleri kendi rızalarıyla ve sadece kendi özel kullanımları için üretip iyeliklerinde bulunduran** çocukları içeren.*

4. Taraflardan her biri, 1. f. fıkrasını uygulamama hakkını, kısmen veya tamamen, saklı tutabilir koyabilir.”⁹

⁸ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’nın “Çocukların cinsel istismarı” (m. 103), “Reşit olmayanla cinsel ilişki” (m. 104) suçlarına ilişkin hükümleri ile “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

⁹ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’nın “Müstehcenlik” suçunun tanımlandığı 226. maddesinin çocuk pornografisi bağlamındaki üçüncü ve beşinci fıkraları hü-

“MADDE 21- Bir çocuğun pornografik gösterilere katılımına ilişkin suçlar

1. Taraflardan her biri, aşağıdaki kasti fiilin suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için işe almak veya bir çocuğun böyle gösterilere katılımına neden olmak:

b- bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için zorlamak veya bir çocuk üzerinden kazanç sağlamak veya bu amaçla çocuğu her türlü istismar etmek;

c- bilerek çocukların katılımını içeren pornografik gösterilere katılmak.

2. Taraflardan her biri, 1 c fıkrasının çocukların 1 a veya b fıkralarına uygun olarak işe alındığı veya icbar edildiği durumlara uygulanmasını kısıtlama hakkım saklı tutabilir.”¹⁰

“MADDE 22- Çocukların suiistimali

*Taraflardan her biri, cinsel amaçlarla, 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocuğun katılım(ı) olmadan da olsa **cinsel sömürü veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına** kasten **neden olmanın suç** olarak düzenlenmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.”¹¹*

“MADDE 23- Çocukların cinsel amaçlar için teşviki

Taraflardan her biri, 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocuğa, bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bir yetişkinin, 18. maddenin 1a fıkrası veya 20. Maddenin 1a fıkrası uyarınca belirlenen suçlardan herhangi birini işlemek amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını, bu teklifi takiben söz konusu

kümlelerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁰ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK'nın “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümleri ile “Müstehcenlik” suçunun tanımlandığı 226. maddesinin *çocuk pornografisi* bağlamındaki üçüncü ve beşinci fıkraları hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹¹ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK'nın “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

buluşmayla sonuçlanacak icra hareketlerinin gerçekleşmesi halinde, suç olarak düzenlemek için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.”

“MADDE 28- Ağırlaştırıcı durumlar

Taraflardan her biri, aşağıdaki durumların, suçu oluşturan unsurların bir parçası olmadıkları takdirde, iç hukukun ilgili hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşmedeki suçlara ilişkin yaptırımlara karar verilirken ağırlaştırıcı durum olarak değerlendirilmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır:

- a- Suç mağdurun fiziksel ve akıl sağlığını ciddi olarak zarar vermişse;*
- b- Suçun öncesinde veya beraberinde işkence veya ciddi şiddet eylemleri olduysa;*
- c- Suç özel olarak savunmasız bir mağdura karşı işlenmişse;*
- d- Suç ailenin bir üyesi tarafından, çocukla beraber yaşayan bir şahıs ya da yetkisini kötüye kullanan bir kişi tarafından işlenmişse;*
- e- Suç beraber hareket eden birkaç kişi tarafından işlenmişse;*
- f- Suç bir suç örgütü çerçevesinde işlenmişse;*
- g- Fail daha önce aynı türden bir suçtan hüküm giymişse.”¹²*

Taraf devletler, bu çerçevede tanımlanan suçlar dolayısıyla dava “zamanaşımı süresinin, mağdur, reşit yaşa geldikten sonra ve söz konusu suçun ağırlığıyla orantılı olarak etkili takibat işlemlerinin başlatılmasına izin verilmesini sağlayacak yeterli sürenin verilmesini temin için gerekli yasal ve diğer tedbirleri” almakla yükümlü kılınmıştır¹³.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu Sözleşmeler hükümlerinde çocuğun yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Söz konusu fiiller, kural olarak, yaş sınırlaması getirilmeksizin bütün çocuklar bakımından yasaklanmıştır. Keza, suç olarak tanımlanması gereken söz konusu fiiller bakımından çocuğun rızasının bir önemi bulunmamaktadır.

¹² Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’da tanımlanan cinsel suçların nitelikli unsurlarına ilişkin çeşitli hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹³ Sözleşmenin bu hükmü, TCK’nın 66 maddesinin dava zaman aşımı süresinin başlangıcına ilişkin altıncı fıkrasının çocuklar bağlamındaki hükmünün yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu alanda Avrupa Birliği üyesi devletlerin mevzuatında gerekli yeknesaklığı sağlamak amacıyla çıkarılmış olan, Avrupa Birliği Konseyinin 22.12.2003 tarihli ve **2004/68/JI** sayılı “**Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Çerçeve Kararı**”¹⁴ ve Avrupa (Birliği) Parlamentosu ve (Avrupa Birliği) Konseyi’nin 13.12.2011 tarihli ve **2011/93/EU** sayılı “**Çocukların Cinsel İstismarı, Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Direktifi**”¹⁵ hükümleri ile yukarıda sözü edilen Sözleşmeler hükümleri arasında önemli müştereklikler bulunmaktadır.

III.

Yargıtay kararlarında günümüze kadar cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bağlamında rızanın ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi ile ilgili olarak değişkenlik arz eden ve zamanla konunun doğru zeminde ele alındığı bir süreç yaşanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu süreçte önemli dönüm noktası oluşturan kararlarını aşağıda hukuki değerlendirmeye tabi tutmuş bulunmaktayız:

Karar 1. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, **10.6.2014** tarihli ve E. 2013/551, K. 2014/311 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 28 yaşında olan, evli ve iki çocuk babası olan S, henüz **15 yaşını tamamlamamış olan kız çocuğu Ç** ile birçok kez cinsel ilişkiye girer; bu esnada Ç’nin çıplak görüntülerini cep telefonu kamerasıyla çekerek kaydeder.

İlk derece mahkemesi, bu olayda, S hakkında,

- a) Zincirleme bir şekilde çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103, f. 2),
 - b) Zincirleme bir şekilde çocuğu cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma (TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5),
 - c) Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK, m. 134, f. 1),
- suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen mahkûmiyet hükmünün onanmasına, buna karşılık, özel hayatın gizliliğinin

¹⁴ Official Journal of the European Union / Amtsblatt der Europäischen Union, 20.1.2004, L.13, sh. 44 vd.

¹⁵ Official Journal of the European Union / Amtsblatt der Europäischen Union, 17.12.2011, L.335, sh. 1 vd.

ihlali suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün ise, “*Saniğin cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin çıplak bedenini görmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olarak nitelenememesi karşısında bunun kayda alınmasının da suç oluşturmayaacağına gözetilmemesi*” gerekçeyle bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu bozma kararına itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yaptığı değerlendirme sonucunda, aşağıdaki gerekçelerle, Daire kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin onanmasına karar vermiştir:

Söz konusu “*uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için çocukların çıplak bedenlerine ait görüntüler de dahil olmak üzere özel hayatlarına ilişkin olarak her türlü konuda mutlak surette tasarruf özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır.*

...

... çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “*onbeş yaşını bitirmiş*”, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “*onbeş yaşını tamamlamamış*” çocuklar ile “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK’nun 103/1-a maddesinde, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla

cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu düzenlemeden de hareketle çocuklara karşı işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir:

*Birinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını tamamlamamış**” çocukların özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkı niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri **rıza**, bir **hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.***

*Buna karşın ikinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış**” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde **rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir.***

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

*Sanığın suç tarihinde cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasıyla çekip kaydetmesi eyleminde, **mağdurenin rızası** hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından **hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.** Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleştirilmiş olsa bu eylem TCK'nun 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmakta olup sanığın cinsel ilişki sırasında mağdurenin bedenini görüyor olması da, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.*

Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, sanığın cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin çıplak bedenini görmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olarak nitelendirilemeyeceğinden bunun kayda alınmasının da suç oluşturmayaacağı gerekçesiyle bozulmasına ilişkin Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır.”

Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında, TCK'daki çeşitli cinsel suçlara ilişkin hükümlerden hareketle, çocuğun cinsel dokunulmazlığı üzerinde tasarrufta bulunma yönündeki rızasının, bir hukuka uygunluk nedeni “olabilece”ği ifade edilmiştir. Oysa, TCK'daki cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde, yaşı ne olursa olsun, **çocuğun cinsel davranışlara yönelik olarak açıkladığı rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul**

edilmemiştir. Cinsel suçlar bağlamında çocuğun rızasının varlığı bazı durumlarda suç türünün değişmesini sonuçlamaktadır. Örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen sair bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocuğun cinsel istismarı suçunu; buna karşılık, on beş yaşını tamamlamış çocukla rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişki, TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan suçu oluşturacaktır. Keza, bazı durumlarda, çocuğun cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olarak rızaen gerçekleştirdiği fiil, ceza sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişki, ilişkide bulunan çocukların ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak, bu durumdan, çocukların bu yönde açıklamış buldukları rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu sonucu çıkarılamaz.

Keza, on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlar bakımından açıklanan rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, suç teorisindeki **bir hukuka uygunluk sebebi olarak rıza ile tipikliği ortadan kaldıran rıza ayırımını** göz önünde bulundurmamak gerekir.

Kural olarak cinsel dokunulmazlıkları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunmayan çocukların özel hayatlarının gizliliği üzerinde de tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu itibarla, çocuğun özel hayatına ilişkin gizli bilgilerin aleniyete kavuşturulması yönündeki rızasının hukuki geçerliliği bulunmamaktadır; bu yönde açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

Ceza Genel Kurulu’nun söz konusu kararında, **çocuğun cinsel istismarı suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK, m. 104, f. 1) suçu arasındaki rızaya dayalı farklılıktan hareketle, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rızasının özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu bakımından bir “hukuka uygunluk sebebi” oluşturduğu yönünde yapılan değerlendirmeler doğru olmamıştır.**

Sonuç olarak, Ceza Genel Kurulu’nun on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun özel hayatının gizliliği üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olduğu ve bu hususta açıklamış bulunduğu rızanın bir “hukuka uygunluk nedeni” oluşturabileceği yönündeki söz konusu kararı **sorunludur**¹⁶.

¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **17.2.2015** tarihli ve E. 2014/14-307, K. 2015/8 sayılı Kararında çocuğun bir yere gitme veya bir yerde kalma yönündeki **rızası** ile ilgili olarak yer verilen şu değerlendirmeler de, **sorunludur**:

“Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra, aynı Kanununun 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri belirtilmiş, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükmü bağlanmıştır. **Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar kanunda tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretiler, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır.** Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi...

Diğer taraftan, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Ceza Genel Kurulunun 10.06.2014 gün ve 551-311, 12.11.2013 gün ve 511-449 ile 11.03.2008 gün ve 253-52 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”, “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede “**onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış**” olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki **çocukların rızalarına önem vermişken**, “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir:

Birinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını tamamlamamış**” çocukların kendi iradeleriyle **serbestçe hareket etme hakkı**, niteliği itibariyle üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, **bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.**

Buna karşın ikinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış**” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde **rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir.**

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.09.2014 gün ve 389-413 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır:

Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.” (Ayrıca bkz CGK, 16.6.2015, E. 2014/14-465, K. 2015/235).

Söz konusu kararda yer alan, çocuğun, kendi vücudu üzerinde bir başkasının cinsel tasarrufta bulunmasına yönelik rıza açıklamasının, yaşına göre oluşan suçun nitelendirilmesinde bir farklılık meydana getirdiği hususundaki açıklamalar doğrudur.

Ancak, çocuğun cinsel istismarı suçu ile TCK, m. 104, f. 1'de tanımlanan suç arasındaki rızaya dayalı bu farklılığın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna taşınmasına yönelik değerlendirmeler doğru olmamıştır.

Söz konusu kararda, on beş yaşını henüz doldurmamış olan bir çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu rızayı mutlak anlamda geçersiz sayan bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Bu değerlendirmeye göre, henüz on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğu kendi rızasıyla ve örneğin ders çalışmak gibi meşru bir amaçla evine kabul eden kişinin fiili de kişiyi hürriyetinden yoksun kılması suçunu oluşturacaktır.

Buna karşılık, “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” çocuğun, mümeyyiz olması halinde, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak konusunda açıkladığı rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu kabul edilmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından sorun, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu **rızanın amacına göre bir değerlendirilmeye** tabi tutularak çözümlenmesi gerekir. Hangi yaşta olursa olsun, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu **rıza, şayet meşru bir amaca yönelik ise**, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Bu itibarla, okula gitmek isteyen bir çocuğun dolmuşu, taksiye binerek seyahat etmesi halinde, ortaya koyduğu bu irade, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Keza, okuldan dönen çocuğun evde kimsenin bulunmaması ve kapının kilitli olması sebebiyle komşu eve giderek bir süre kılması yönünde ortaya koyduğu irade, çocuğu eve kabul eden komşunun fiilini hukuka uygun hale getirecektir.

Ancak, **cinsel amaçla çocuğun bir yere götürülmesi veya bir yerde alıkonulması halinde, çocuğun açıklamış bulunduğu rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.** Çocuk on beş yaşını tamamlamış olsa bile, açıklamış bulunduğu rıza, cinsel amaçla bir yere götürülmesi veya bir yerde tutulması fiili bakımından bir hukuka uygun nedeni oluşturmayacaktır.

Dikkat edilmelidir ki, rızayı bir hukuka uygunluk sebebi kılan, ilişkin olduğu **konu ve amaçtır.** Başka bir ifadeyle, ilişkin olduğu konu ve amaç birlikte dikkate alınarak rıza bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir.

Cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının icrası sırasında kişi belli bir süre bir yere gitmekten alıkonulmakta, hürriyeti kısıtlanmaktadır. Suçun icrası sırasındaki bu hürriyetten yoksun kılma, söz konusu suçların mündemiç olduğu bir durum olduğu için, bu bağlamda ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.

TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde tanımlanan cinsel suçlardan birinin işlenmesi amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda, cinsel suçun icrasına henüz başlanmamış olsa bile, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali (TCK, m. 109, f. 5)

oluşacaktır. Bu itibarla Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında izah edilen gerekçeye iştirak etmemekle birlikte, varılan sonucu doğru bulmaktayız.

Cinsel suçlardan birinin işlenmesi amacıyla hürriyetinden yoksun kılınan, bir yere götürülen veya bir yerde alıkonulan kişi üzerinde ayrıca cinsel suçun işlenmesi halinde, gerçek içtima hükümlerine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra, cinsel saldırı (TCK, m. 102) veya çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103) suçlarından dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir. Aynı yönde değerlendireler için bkz. CGK, **12.5.2015**, E. 2013/14-550, K. 2015/158; CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-810, K. 2015/268.

Bu bağlamda TCK'nın 234. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suç da göz önünde bulundurmamak gerekir.

Kanunun söz konusu hükmüne göre,

“Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu suç bağlamında evi terk eden çocuğu yanında tutan kişinin gayrimeşru bir amacının olması gerekmemektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, aranan şartlar şunlardır:

a) Kanuni temsilcisinin, veli veya vasisinin bilgisi veya rızası olmaksızın çocuğun evi terk etmesi gerekir.

Evi terk eden çocuğun yaşının veya cinsiyetinin bir önemi bulunmamaktadır. Madde metninde alelîtlük “çocuk” ibaresi kullanılmıştır. Bu itibarla, suçun konusunun 18 yaşını tamamlamamış olan bir kişi olması gerekir. Ancak, bu kişinin velayet ve vesayet altında olan bir çocuk olması gerekir. Başka bir ifadeyle, henüz 18 yaşını tamamlamamış olmakla birlikte, “kazaî rüş”le, mahkeme kararıyla reşit kılınan kişi, bu suçun konusunu oluşturamaz.

b) Bu terkin gayrimeşru bir amaca mebni olmaması gerekir.

Bu terk, kanuni temsiliye izafe edilen herhangi bir hukuka aykırı fiile dayanmayabilir. Hatta bu terk, kanuni temsilcinin örneğin kötü muamelesinin dayanılmaz olması sebebiyle de yapılmış olabilir.

Keza, örneğin işlediği suç sebebiyle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasından kurtulmak için çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin fiili, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan suçunu değil, suçluyu kayırma (TCK, m. 283) suçunu oluşturur.

c) Bir başkası, evi terk eden çocuğu yanında tutması, barındırması gerekir.

ç) Kanuni temsilcisinin bilgisinin veya rızasının olmamasına rağmen çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin, ailesine, veli veya vasisine ya da yetkili makamlara (kolluğa) durumu haber vermemesi gerekir.

d) Çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin, veli veya vasisinin bilgisi veya rızası olmaksızın çocuğun evi terk ettiğini bilmesi gerekir.

Bu yönü itibarıyla söz konusu suç, ancak kasten işlenebilir. Kanaatimizce bu kastın **doğrudan kast** olması gerekir.

e) Çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin gayrimeşru herhangi bir amacının olmaması gerekir: Yargıtay 14.CD, **25.4.2013**, E. 2012/8966, K. 2013/4982.

Bu itibarla, evi terk eden çocuğu yanında tutan kişinin cinsel amaçla hareket etmesi halinde, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan suçtan dolayı değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden dolayı TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5 hükümlerine istinaden cezaya hükmedilecektir.

İşaret etmek gerekir ki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu durumlarda,

TCK, m. 234, f. 3'de tanımlanan suçun uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak yönünde açıkladığı rıza ile ilgili olarak **iki ihtimale** göre değerlendirme yapmak gerekir.

Birinci ihtimal: Yaşı ne olursa olsun, cinsel suçlardan birini işlemek amacıyla, çocuğun cebir, tehdit veya hile kullanılarak bir yerden alınıp başka bir yere götürülmesi veya bir yerde alıkonulması halinde, TCK'nın 109. maddesinin beşinci fıkrasında tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali oluşacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **16.6.2015** tarihli ve E. 2014/14-465, K. 2015/235 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, 20.11.1996 doğumlu olan ve olay tarihi itibarıyla henüz **on dört yaşını** tamamlamamış olan Dilek, bir süre duygusal arkadaşlık yaptığı Tayfun ile anlaşarak, 2.8.2010 tarihinden itibaren Tayfun'un bir yakınının evinde üç gün süreyle birlikte olurlar. 5.8.2010 tarihinde ise Tayfun Dilek'i kendiliğinden serbest bırakır.

Ceza Genel Kurulu, söz konusu olayda, mağdure Dilek'e karşı cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

“Sanığım bir süredir duygusal arkadaşlık yaptığı 15 yaşından küçük mağdureyi kendi rızası dahilinde bir yakınının evinde üç gün süreyle alıkoymak biçimindeki eyleminde, mağdurenin rızası hukukun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır”. (Ayrıca bkz. CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-678, K. 2015/267; CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-368, K. 2015/266; CGK, **17.2.2015** tarihli ve E. 2014/14-307, K. 2015/8; CGK, **30.9.2014**, E. 2014/14-389, K. 2014/413).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **20.09.2016** tarihli ve E. 2014/14-601, K. 2016/314 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; olay tarihi itibarıyla yaşı 14 yıl 10 ay 22 gün olan M, ailesinin bilgisi ve rızası dışında, aralarında duygusal bağ olan S ile birlikte kaçar ve altı gün süreyle S'nin ailesi yanında kalır. Ancak, bu süre zarfında M ile S arasında cinsel ilişki gerçekleşmez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda da, aşağıdaki gerekçe ile, S'nin filinin, TCK, m. 109'da tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu yönünde içtihatla bulunmuştur:

“Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, (TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan) suçla korunan hukuki değer, veli ya da vasinin çocuk üzerinde sahip olduğu velayet veya vesayet hakkıdır. Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evini terk eden çocuğu, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeden, rızasıyla da olsa yanında tutan kişi şikâyet üzerine cezalandırılacaktır. Çocuğun, kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası olmadan fakat kendi istek ve arzusuyla evi terk edip rızasıyla failin yanına gitmesi veya onun yanında rızasıyla kalması bu suçun oluşması bakımından önşart niteliğindedir. Kanuni temsilcinin rızasının bulunması suçun oluşmasına engel olacaktır. Fail, çocuğun ailesine veya yetkililere bildirme yükümlülüğünü somut olaya göre belirlenebilecek makul bir süre içerisinde yerine getirdiği takdirde, çocuğu yanında tutsa bile eylemi suç teşkil etmeyecektir.

...

Kişilerin isteklerini ve serbest iradeleriyle hareket edebilme özgürlüğünü koruyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK, m. 109), bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması hareketlerinden herhangi birisinin veya her ikisinin birlikte gerçekleştirilmesiyle oluşan seçimlik hareketli bir suçtur. Suç konusu eylemle, kişinin kendi arzusuna göre bulunduğu yerde kalma ya da oradan ayrılma, yer değiştirme ve istediği yere gidebilme yani serbestçe hareket etme veya kendi iradesiyle hareket etmeme hakları ihlâl edilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı ve suçun bir haksızlık olarak adlandırıldığı suç teorisinde

suçun unsurları; maddi unsurlar ve manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

Uyuşmazlıkla yakından ilgili olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılık ile kastedilen husus, fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı başka bir davranışla”, “hukuka aykırı diğer davranışlarla”, “hukuka aykırı yolla”, “hukuka aykırı yollarla” gibi ifadelere yer verilmiştir. Suçun unsurlarından birisi olması hasebiyle “hukuka aykırılık” kavramına madde metninde ayrıca yer verilmesiyle, failin olayda haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

...

İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rıza failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için rızanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması, kişinin rıza açıklamasına ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği hukuk düzenine hakim genel ilkelere göre belirlenecektir.

Kişinin rıza ehliyetinin varlığından söz edebilmek için o kişinin mutlaka reşit olması gerekir. Ancak Kanunun özel olarak mağdurun yaşı konusunda belirlemeye gittiği durumlarda, mağdurun rızası failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin kişiler cinsel hakları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olsa da Türk Ceza Kanunu 103 ve 104. maddelerinde çocukların bu konudaki rıza açıklamalarını kabul etmemiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinde ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, **failin amacının toplumdaki kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir.** Bu anlamda küçük yaştaki çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi **kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır.** Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir.

Sanığın, evlenmek amacıyla yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi evine götürerek bir süre alıkoymuş sabit bulunan olayda, mağdurenin rızası, haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.”

Ceza Genel Kurulu'nun bu tespit ve değerlendirmeleri, Genel Hükümler kitabımızda da yer alan açıklamalarımız ile uyum içindedir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu olayla ilgili olarak kararda S'nin anne ve babasının ceza sorumluluğunun olup olmadığı tartışılmamıştır. Ayrıca bkz. CGK, 24.10.2017, E. 2014/14-731, K. 2017/429.

İkinci ihtimal: Cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını tamamlamış olan bir çocuğun, cinsel ilişkide bulunmak amacıyla, bir yere götürülmesi, bir yerde alıkonulması halinde, hukuk uygulamamız, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun değil, TCK, m. 234, f. 3'de tanımlanan suçun oluştuğunu kabul etmektedir:

Karar 2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **24.3.2015** tarihli ve E. 2014/14-603, K. 2015/66 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 47 yaşında olan S, **14 yaşında** olan kız çocuğu Ç'yi kendi evine götürerek cinsel ilişkiye girer. S ayrıca, Ç'nin çıplak görüntülerini cep telefonu kamerasıyla çekerek kaydeder. Bir süre devam eden bu ilişkiler, Ç'nin durumu öğretmenine anlatmasıyla ortaya çıkar.

İlk derece mahkemesi, bu olayda, S hakkında,

a) Müteselsilen işlediği, tehdit ve zor kullanmak suretiyle çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103, f. 2, 4),

b) Müteselsilen işlediği, çocuğu cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma (TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5),

c) Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK, m. 134, f. 1),

suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **9.6.2015** tarihli ve E. 2013/14-668, K. 2015/202 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, Şaban, 21.2.2010 tarihinde karakola giderek 17 yaşında olan kızı Saadet'in 20.2.2010 tarihinde evden kaçtığına ilişkin ihbarda bulunması üzerine yapılan araştırmada Saadet'in Mehmet'in yanında olduğu tespit edilir ve 2.3.2010 tarihinde Mehmet ile Saadet birlikte kaldıkları evde yakalanırlar.

Bu olay sebebiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturma sürecinde alınan ifadelerinde Saadet, evden kaçtıktan sonra Mehmet'in yanına gittiğini, bir kez kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, yaklaşık 12 gün boyunca isteyerek Mehmet'in yanında kaldığını beyan etmiştir. Mehmet de, sorgu ve ifadelerinde Saadet'i sevdiğini, ailesinden istediğini, fakat vermediklerini, bunun üzerine Saadet'in evden kaçarak yanına geldiğini, rızasıyla bir kez ilişkiye girdiklerini ve ailesine haber vermediğini beyan etmiştir.

Ceza Genel Kurulu, söz konusu olayda, "mağdure" olarak değerlendirilen Saadet'in kendi isteği ve kanuni temsilcisinin (babasının) haberi olmadan evden kaçarak Mehmet'in yanına gitmesi, Mehmet'in de yetkili makamlara veya ailesine bilgi vermeden Saadet'i yanında tutması karşısında, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan "**çocuğun alıkonulması suçunun tüm unsurları itibarıyla oluştuğu**"nu kabul etmiştir.

Dikkat edilmelidir ki, bu olayda Saadet, cinsel ilişkiye girdiği Mehmet hakkında şikâyette bulunmuş değildir.

Aynı yönde kararlar için bkz. 14.CD, **22.3.2016**, E. 2014/3737, K. 2016/2801; 14.CD, **19.1.2016**, E. 2014/617, K. 2016/401; 14.CD, **4.11.2015**, E. 2014/59, K. 2015/10200.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu suçun mağduru, çocuk üzerinde velayet veya vesayet yükümlülüğü altında bulunan kişidir; yani çocuğun bakım ve gözetimiyle yükümlü (çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu) olan gerçek kişidir. Oysa söz konusu kararlarda, mağdur olarak çocuğa işaret edilmektedir.

mahkûmiyet hükmünün onanmasına, buna karşılık, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünü ise, “*müstehcen görüntü üretiminde mağdur çocuğu kullandığından, sanığın eyleminin TCK’nun 226/3. maddesindeki suçu oluşturduğu*” gerekçeyle bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu bozma kararına itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yaptığı değerlendirme sonucunda, aşağıdaki gerekçelerle, Daire kararını doğru bularak, itirazın reddine karar vermiştir:

*“Ceza Genel Kurulunun 10.06.2014 gün ve 551-4311 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; sanığın suç tarihinde cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasıyla çekip kaydetmesi eyleminde, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından **hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir**. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleştirilmiş olması da, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.*

...

(Türkiye’nin de taraf olduğu) uluslararası sözleşmelere ve yükümlülüklerle paralel bir düzenleme içeren TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına alınmıştır. Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamıştır. Yine müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Buradaki müstehcen ürün içeriğinde müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. **Çocuğun** bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur.

TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçla müstehcenliğe karşı **çocuğun korunması** amaçlanmaktadır.

Kanun koyucu TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamış, müstehcen ürünlerin şekli şartları

ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. **Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.** Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezaı gerektiren TCK'nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi, sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK'nun 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezaı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılabilmesine karar verilebilecektir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu Kararında, **10.6.2014** tarihli ve E. 2013/551, K. 2014/311 sayılı Kararına nazaran bir **içtihat değişikliği** olduğunu belirtmek gerekir¹⁷.

¹⁷ Yargıtay **18. Ceza Dairesi**'nin **10.10.2019** tarihli ve E. 2019/7009, K. 2019/14159 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, S, internet ortamında bir sosyal paylaşım sitesi üzerinden tanıştığı kız çocuğu Ç ile “arkadaşlık” kurar. Bu “arkadaşlık” ilişkisi çerçevesinde S, internet üzerinden iletişime geçtiği Ç'den çıplak görüntülerinin kendisiyle paylaşılmasını ister. Ç de bu istek üzerine vücudunun çeşitli bölgelerine ilişkin görüntüleri S ile paylaşır. S, bu görüntüleri bilgisayarına kaydeder.

Hakkında TCK, m. 226, f. 3'de tanımlanan suçı işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında, ilk derece mahkemesi, S'nin beraatine hükmetmiştir.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi ise, olayda S'nin fiilinin aşağıdaki gerekçe ile TCK, m. 226, f. 3'te tanımlanan suçı oluşturduğunu kabul ederek, verilen beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir:

TCK, m. 226, f. 3, birinci “cümlesindeki düzenlemede “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak” suç olarak tanımlanmıştır. Üretmek kelime anlamıyla oluşturmak, yaratmak ve meydana getirmek anlamlarına da gelmektedir. Çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer alması bu suçun oluşumu için yeterlidir.

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/14-603 esas ve 2015/66 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere uluslararası sözleşmelere ve yükümlülüklerle paralel bir düzenleme içeren TCK'nın 226. maddesinin 3. fıkrasında müstehcen görüntü, yazı

Bu içtihat değişikliğinin yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi

veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına alınmaktadır. TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesinde, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişilerin cezalandırılacağı düzenlenmiş, aynı Kanun maddesinin ikinci cümlesinde de, bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişilerin mahkum olacakları belirtilmiştir. Görüleceği üzere Kanun koyucu, "üretim" fiillerini ayrı, "ülkeye sokma, çoğaltma, satışı arz etme, satma, nakletme, depolama, ihraç etme, bulundurma ya da başkalarının kullanımına sunma" eylemlerini ayrı düzenleyip farklı yaptırımlara tabi tutmuştur.

Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemektedir. Buradaki müstehcen ürün kavramı ile müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. **Çocuğun** bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da **rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur.** Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir."

Daire Kararında ayrıca şu hususa dikkat çekilmiştir:

"TCK'nın 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun beşinci fıkrasına göre; aynı maddenin üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlaması, yayınlamasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması, **ayrı bir suç** oluşturmaktadır.

İncelemeye konu olayda, Yerel Mahkemece sanığın bu fotoğrafları yayınladığına dair somut bir delil elde edilemediği, bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verilerin söz konusu olmadığı şeklinde sanığın beraatine karar verilmiş ise de, (Ç'ye) ait çıplak fotoğrafların twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde yayınladığını gördüklerini söyleyen (Ç'nin) anne ve babasının beyanları karşısında, (Ç'nin adına açılmış olan) twitter hesabında mağdura ait görüntülerin yayınlanıp yayınlanmadığı, yayınlanmış ise suç tarihinde hesabı kullanan kişinin tespitine yönelik IP bilgilerinin ilgili yerlerden istenilmesi, tespiti halinde IP kullanıcısına ait kimlik bilgilerinin tereddüde mahal bırakmayacak biçimde belirlenmesi, ... atılı eylemin kesin olarak tespiti halinde ise eylemin TCK'nın 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tespiti yerine, eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanığın beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı"dır.

Dairenin söz konusu Kararında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **24.3.2015** tarihli ve E. 2014/14-603, K. 2015/66 sayılı Kararı, esas alınmıştır.

Ayrıca dikkat edilmelidir ki, çocuğun çıplak görüntülerinin çekilerek kayda alınması, bir suç (TCK, m. 226, f. 3, birinci cümle); bu görüntülerin yayımlanması, ayrı bir suç (TCK, m. 226, f. 5) oluşturmaktadır. Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Aynı yönde açıklama ve kararlar için bkz. Yargıtay 18.CD, **23.5.2019**, E. 2019/4674, K. 2019/9631; aynı Daire, **15.11.2018**, E. 2018/6751, K. 2018/15084; aynı Daire, **18.4.2018**, E. 2016/3653 K. 2018/5741; aynı Daire, **29.02.2016**, E. 2015/35846, K. 2016/3732.

bağlamında, rıza açıklamasının özel hayatın gizliliğinin ihlâl, müstehcenlik ve cinsel taciz suçları bağlamındaki hukuki etkisiyle ilgili teorik açıklamalara ihtiyaç bulunmaktadır.

IV.

İlgilinin rızasının, öncelikle **müstehcenlik** ve **özel hayatın gizliliğinin ihlâlî** suçları bakımından etkisini açıklamak gerekir.

Türk Ceza Kanununun, değişik **müstehcenlik** suçlarının tanımlandığı 226. maddesinin birinci fıkrasındaki seçimlik hareketli suçun konusunu, “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır.

Üçüncü fıkradaki suçların konusunu da, “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır. Ancak, bunların birinci fıkradaki ürünlerden farkı, bu ürünlerin üretiminde çocuk unsuruna yer verilmiş olmasıdır.

Dördüncü fıkradaki suçun konusunu da yine “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır. Bu ürünlerin de birinci fıkradakilerden farklı bazı özelliklerine işaret edilmiştir.

226. maddede tanımlanan bütün suçların konusunu oluşturan “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin iki veya üç boyutlu fiziksel bir nesnesinin olması gerekmektedir. Bu ürünler, elektronik ortamda da oluşturulabilir.

Maddede tanımlanan seçimlik hareketli suçları oluşturan fiiller dikkate alındığında, bunların ani hareketli suç şeklinde veya kesintisiz suç olarak işlenmesinin mümkün olduğu anlaşılır. Söz konusu ürünleri bulundurma bağlamında bir kesintisiz suç durumu söz konusudur.

Hatta bazı seçimlik hareketler bağlamında söz konusu suçların birer teşebbüs suçu özelliği taşıdığını da belirtmek gerekir.

Maddede tanımlanan suçların konusunu oluşturan “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin ticari amaçla üretilmiş veya bulundurulmuş olması gerekmektedir. Her ne kadar madde metninde “ürün” ibaresi kullanılmış ve maddede tanımlanan suçların işlenmesiyle genellikle bir ekonomik çıkar elde edilmekte ise de, bu suçlar bakımından ticari amaç ve kazanç elde edilmesi, bir unsur oluşturmamaktadır. Bu “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin fiziksel nesne şeklinde veya elektronik ortamda oluşturulması mümkün olduğu için, madde metninde bütün bu

durumları kapsayacak bir kavram olarak “ürün” ibaresi kullanılmıştır. Bu itibarla, “**müsteheen görüntü, yazı veya sözler**”i elektronik cihazla kayda alma halinde oluşan veri de, bir “ürün” olarak kabul edilecektir. Bu veri, kişinin kullanımındaki elektronik cihazda kayıtlı olduğu sürece bulundurma fiili işlenmeye devam etmektedir ve bu durumda ilgili suçun kesintisiz suç olarak işlenmekte olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir başkasının özel hayatına ilişkin gizliliğin “**görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle**” ihlal edilmiş olması, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun** temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir **nitelikli unsur** olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle). Belirtmemiz gerekir ki, henüz izlenmemiş, seyredilmemiş veya dinlenmemiş olsa bile, başkalarının özel hayatının gizliliği ihlal edilerek özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınmış olmasıyla, suçun bu nitelikli unsuru gerçekleşmiş olur¹⁸. Bu kayıtlar muhafaza edildiği sürece söz konusu suç işlenmeye devam etmektedir. Bu itibarla, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun** bu **nitelikli hali, kesintisiz, mütemadi suç** mahiyeti taşımaktadır.

Sonuç olarak, bir kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilmek suretiyle elde edilen görüntülerin elektronik cihaza kaydedilmesi halinde, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinden** dolayı TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle hükmüne istinaden cezaya hükmetmek gerekir.

Reşit olan kişinin kendi çıplak görüntülerini bir başkasıyla paylaşmasına yönelik rızası, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamakla birlikte, bu rızanın varlığı halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmaz¹⁹. Bu durumda, özel

¹⁸ ÖZGENÇ, İzzet: *Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçları*, in: Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Kolokyum, 08 Ekim 2010 (Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını), Editör M. Tefvik GÜLSOY, sh. 116 vd.

Kişinin çıplak görüntülerinin elektronik cihazla kayda alınmasıyla söz konusu suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olmaktadır. Bu görüntüler bilgisayarda kayıtlı olarak muhafaza edildiği sürece söz konusu suçun icrasına ihmali davranışla devam edilmektedir.

¹⁹ Keza, evli eşler veya genel olarak kişiler arasındaki cinsel ilişkiye ilişkin görüntülerin rızaya dayalı olarak bir başkasıyla paylaşılması halinde, ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı bir fiilin varlığını kabul etmek gerekir. Ancak, bu görüntüler, aleniyet iktisap etmediği sürece ceza hukuku yaptırımını uygulanmasını gerektirmemektedir.

Aynı şekilde, evli eşlerden birinin kendisine ait çıplak görüntüleri bir üçüncü şahısla paylaşma yönündeki rızası, fiili hukuka uygun hale getirmemekle birlikte, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmamaktadır. Bu ayırım sebebiyledir ki, evli kişinin kendi çıplak görüntülerini bir üçüncü şahısla paylaşması, eşi bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.

hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK, m. 134) bakımından **tipikliği ortadan kaldıran rıza** söz konusudur.

Ancak bu görüntülerle ilgili olarak TCK, m. 226, f. 1'de tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde, **müstehcenlik suçunun** oluşacağında kuşku bulunmamaktadır.

Kişinin rızasına aykırı olarak elde edilen bu çıplak görüntülerin bilgisayar ortamında kaydedilmesi ve muhafazası halinde ise, yukarıda belirttiğimiz gibi, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinden** dolayı TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle hükmüne istinaden cezaya hükmetmek gerekir²⁰.

Çıplak görüntülerin çocuğa ait olması halinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun bütün iç çamaşırlarını çıkarması sağlanarak, cinsel arzuların tatmini amacıyla, çıplak vaziyette seyredilmesi halinde, TCK, m. 103, f. 1'de tanımlanan **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşacaktır. Zira, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı gerçekleştirilen -fiziki temas olsun veya olmasın- her türlü cinsel davranış, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturmaktadır²¹. Bu durumda aynı zamanda TCK, m. 134, f. 1, **birinci** cümlede tanımlanan **özel hayatın gizliliğini ihlal** suçu da oluşmaktadır. Ancak bu durumda **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümleri uygulanarak, sadece daha ağır cezayı gerektiren **çocuğun cinsel istismarı** suçundan dolayı cezalandırma yoluna gitmek gerekir.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun çıplak görüntülerinin **kayda alınması** fiili ise, artık cinsel istismar suçu çerçevesinde değerlendirilemez. Bu durumda **ayrı bir suçun** oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Dikkat edilmelidir ki, bu durumda, kayıt anına kadarki fiillerin çocuğun cinsel istismarı suçu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, görüntülerin kaydedilmesi fiili bağlamında artık cinsel istismar suçundan söz etmek

²⁰ Reşit kişinin cebir veya tehditle bütün iç çamaşırlarını çıkarmasının sağlanması halinde, bu görüntüleri kaydedilmese bile, **cebir** veya **tehdit** suçunun yanı sıra, **özel hayatın gizliliğinin ihlal** suçunun TCK, m. 134, f. 1, birinci cümlede tanımlanan temel şekli oluşur. Ancak bu halde iken kişinin başkaları tarafından görülmesinin sağlanması ile, hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de **alenen hakaret** suçu (TCK, m. 125, f. 4) işlenmiş olur. Bu durumda **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümleri uygulanarak, sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yoluna gitmek gerekir.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 261 vd.

mümkün değildir. Aksi takdirde, söz konusu kayıtlar muhafaza edildiği sürece çocuğun cinsel istismar suçunun işlendiğini kabul etmek gerekecektir. Bunun doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Bu durumda kayıt fiilinin, *özel hayatın gizliğini ihlal suçunun* TCK, m. 134, f. 1, *ikinci* cümlede tanımlanan *nitelikli halini* oluşturduğu düşünülebilir. Ancak, TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçu, çocuklar bakımından **özel hüküm** mahiyeti taşımaktadır. Bu itibarla, çocuğa ait çıplak görüntülerin kayda alınması halinde, “*genel norm - özel norm*” ilişkisi²² uyarınca, TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekmektedir²³.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun ikna edilerek çıplak görüntülerinin elektronik iletişim araçlarıyla gönderilmesinin sağlanması halinde de TCK, m. 103, f. 1’de tanımlanan **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşacaktır. Ancak çocuğun gönderdiği bu görüntüler elektronik cihaza (cep telefonuna, bilgisayara, elektronik belleğe) kaydedildiği takdirde, ikinci bir suçun, yani TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçunun işlendiğini kabul etmek ve **gerçek içtima** hükümlerine göre bu suçtan dolayı

²² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 15. bası, sh. 112 vd., 659 vd.

²³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin **6.6.2016** tarihli ve E. 2016/6247, K. 2016/5558 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; sayıları birden fazla olan sanıklar, “*onüç yaş içerisinde olan*” kız çocuğu Ç’nin çıplak fotoğraflarını çekerek cep telefonuna kaydederler; keza, kendi çıplak fotoğraflarını Ç’ye çekirler.

İlk derece mahkemesi bu olayda sanıklar hakkında **çocuğun cinsel istismarı** (TCK, m. 103, f. 1) suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, bu olayda **iki ayrı suçun** oluştuğu ve sanıkların **gerçek içtima** hükümlerine göre cezalandırılmaları gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur:

Buna göre, sanıkların, Ç’nin çıplak fotoğraflarını çekerek cep telefonuna kaydetmeleri fiilinin “*5237 sayılı TCK’nın 226/3. maddesinde düzenlenen müstehecenlik suçunu*”; buna karşılık, kendi çıplak fotoğraflarını Ç’ye çekirmeleri fiilinin ise, “*5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu*” oluşturmaktadır.

Daire kararında, söz konusu olayda henüz on üç yaşını tamamlamamış olan çocuğun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmadığı kabulünden hareketle hukuki değerlendirme yapılması doğrudur. Keza, bu olayda iki ayrı suçun oluştuğu yönündeki kabul de doğrudur. Ancak, söz konusu karar, oluştuğu kabul edilen suçlar itibarıyla sorunludur.

Söz konusu olayda, sanıkların henüz on üç yaşını tamamlamamış olan çocuğun kendi gözlerinin önünde soyunmasını sağlamaları ve kendilerinin de bu çocuğun gözleri önünde soyunmaları bir bütün olarak **çocuğun cinsel istismarı** suçunun temel şeklini (TCK, m. 103 f. 1) oluşturmaktadır. Buna karşılık, çocuğun çıplak vaziyette fotoğraflarının çekilerek cep telefonuna kaydedilmesi fiili ise, TCK, m. 226, f. 3’te tanımlanan **müstehecenlik** (çocuk pornografisi) suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda sanıklar hakkında **gerçek içtima** hükümlerine göre cezaya hükmedilmesi gerekir.

ayrıca cezaya hükmetmek gerekir.

Buna karşılık, rızasına dayalı olarak, **on beş yaşını tamamlamış** olan,

- çocuğun çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
 - çocuğa fiziki temas olmadan gerçekleştirmesi sağlanan cinsel davranışlarını,
 - çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkilerini,
- seyretmek ve keza, yetişkin olan bir kişinin,
- çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
 - cinsel davranışlarını,
 - bir diğer yetişkin kişiyle olan cinsel ilişkilerini,

on beş yaşını tamamlamış olan çocuk tarafından rızaen seyredilmesini sağlamak, ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı olmakla beraber, özel hayat alanı içinde gerçekleştiği sürece ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir²⁴.

²⁴ Ancak, söz konusu davranışların on beş yaşını tamamlamış çocuğa cebir veya tehditle yaptırılması veya seyrettirilmesi halinde, **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşmaktadır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin **28.6.2011** tarihli ve E. 2011/3866 K. 2011/5015 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, mağdur İ'ye karşı müteaddit defa ağzına organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunur; üvey kızı mağdure E'yi ise, porno film izlemeye zorlar ve keza, İ'ye karşı gerçekleştirdiği cinsel içerikli eylemlerini E'nin zorla seyretmesini ve görmesini sağlar.

İlk derece mahkemesi bu olayda herhangi bir değerlendirme ve ayırım yapmadan, genel bir şekilde, S'nin **cinsel taciz** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında bu suçtan dolayı **zincirleme suç** hükümlerini de uygulayarak mahkumiyet hükmü tesis etmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de, ilk derece mahkemesinin bu olayda **cinsel taciz** suçunun oluştuğu yönündeki kabulünü yerinde görmüş; ancak, S'nin bu suçu üvey kızı E'ye karşı "*aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlemesi (TCK, m. 105, f. 2, bent b) dolayısıyla **cezada yapılan artırmanın** -hükümlerin karıştırılması sebebiyle- "**fazla**" **olduğu** ve keza, olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında sorun bulunduğu değerlendirilmesinde bulunularak, bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin söz konusu kararı, verildiği tarih itibarıyla, Türk Ceza Kanununun cinsel suçlar konusundaki düzenlemelerinden habersiz olduğunun açık bir göstergesidir.

Oysa bu olayda cinsel taciz suçu değil, birden fazla kişiye karşı **çocuğun cinsel istismarı suçları** işlenmiştir. Bu olayda işlenen suçlar sırasıyla şunlardır:

Bu olayda işlenen **birinci suç**, S'nin İ'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur. Bu suç, vücuda organ sokmak suretiyle işlenmiştir. Bu itibarla **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 2 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

Kararda, S'nin İ'ye karşı cebir veya tehdit uyguladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Keza Kararda İ'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin so-

rumluluğu bağlamında İ'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 2 hükümlerine göre belirlenen temel cezayı, yarı oranında artırmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışların bu kişiye karşı "*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **ikinci suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, üvey kızı E'yi porno film izlemeye **zorlamıştır**. Bu durum S'nin E'ye karşı **cebiri** veya **tehdit** uyguladığını göstermektedir. Karar metninde E'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. On beş yaşını doldurmuş çocuk olsa bile, E'ye karşı üvey babası S tarafından fiziki temas olmadan ve fakat cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen bu cinsel davranışların, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Çocuğa zor kullanılarak porno film izlettirilmesi fiiliyle işlenen cinsel istismar suçundan dolayı TCK, m. 103, f. 1 hükümlerine göre **temel cezaya** hükmetmek gerekir.

E, S'nin **üvey kızıdır**. Nitelikli unsur. Bu nedenle, birinci fıkraya göre belirlenen temel ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK, m. 103, f. 3, bent c).

Belirttiğimiz gibi, Karar metninde E'nin yaşı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında E'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 1 ve 3. hükümlerine göre belirlenen cezayı, tekrar yarı oranında artırmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışın bu çocuğa karşı "*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **üçüncü suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini zor kullanarak üvey kızı E'nin izlemesini sağlamıştır. Bu suretle S, ayrıca **E'ye karşı**, fiziki temasla cinsel davranış gerçekleştirilmesine de, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu işlemiştir. Bu durumda da söz konusu suç sebebiyle **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 1 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

İkinci suçla ilgili olarak yaptığımız açıklamalar, bu üçüncü suç bakımından da geçerlidir.

S tarafından İ'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S tarafından E'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla da **zincirleme suç** (TCK, m.

Ancak bu fiilin **alenen** işlenmesi halinde, TCK, m. 225’de tanımlanan **hayasızca hareketler** suçu oluşur. Buna karşılık, bu görüntülerin **kayda** alınması, çocuğun rızasına dayalı olsa bile, TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehcenlik** suçunu oluşturmaktadır.

Bu itibarla, yetişkin olan bir kişinin kendi cinsel organlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa göstermesi, kendi vücudu üzerindeki cinsel davranışlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun seyretmesini sağlaması fiilleriyle ilgili olarak çocuğun rıza göstermesi, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

On beş yaşını tamamlamış olan çocuğun çıplak görüntülerine ilişkin kayıtların da **müstehcen ürün** olduğu konusunda da kuşku bulunmamaktadır. Yukarıda zikri geçen Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde, müstehcen ürünlerin oluşturulmasında kullanılan çocuklar bakımından, önlenmesi amaçlanan ve suç olarak tanımlanması gereken çocuk pornografisi bakımından istismar edilen çocuklarla ilgili olarak herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiştir. Bu itibarla, **müstehcen ürünün oluşturulmasında kullanılan on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rızasının varlığı halinde de fiil**, TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan **nitelikli müstehcenlik suçu**

43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S, İ’ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini üvey kızı E’nin seyretmesini sağlamıştır. Böylece, hukuki anlamda bir fiil ile aynı suç (cinsel istismar suçu) birden fazla kişiye karşı işlenmiştir. Bu durumda **aynı neviden fikri içtima** (TCK, m. 43, f. 2) hükümleri uygulanarak, S’ye bu suçtan dolayı bir ceza verilip bu cezanın TCK, m. 43, f. 1 de belirtilen oranlar arasında (“*dörtte birinden dörtte üçüne kadar*”) artırılması gerekir.

Ancak, S bu iki mağdura birbirinden bağımsız olarak da cinsel istismar fiillerini işlemiştir. Bu nedenle, **söz konusu olayda**, aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamadan önce, **her iki mağdur bakımından ayrı ayrı cinsel istismar suçlarından dolayı cezaya hükmedip, bu cezaların her birinin zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekir (gerçek içtima)**.

Önemle işaret etmemiz gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin pek çok kararında, cebir veya tehditten hiç söz edilmediği halde ve yaşıyla ilgili olarak herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın, çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların, çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir: 14. CD, **21.9.2017**, E. 2017/2253, K. 2017/4149; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2014/3380, K. 2016/2793; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2016/1675, K. 2016/2815; aynı Daire, **27.9.2013**, E. 2011/13778, K. 2013/9801.

oluşturmaktadır.^{25, 26}

TCK, m. 226, f. 5’de ise, maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında tanımlanan suçlardan **ayrı bir suç** tanımlanmıştır.²⁷ Ancak, bu suçun konusunu da maddenin üçüncü veya dördüncü fıkralarında tanımlanan suçların konusu oluşturmaktadır. Bu itibarla, on beş yaşını tamamlamış olsun veya olmasın, çocuğun kullanılması suretiyle meydana getirilmiş olan müstehcen ürünün içeriğinin **yayımlanması** veya bu ürünlere **çocukların erişiminin sağlanması**, üçüncü fıkrada tanımlanandan ayrı bir suç oluşturmaktadır. Yaşı ne olursa olsun, çocuğun istismar edilmesi suretiyle üretilmiş müstehcen ürün oluşturulduktan sonra, içeriğinin yayımlanması halinde, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek ve **gerçek içtima** hükümlerine göre cezaya hükmetmek gerekir.²⁸

²⁵ Bu bağlamda önemle işaret etmemiz gerekir ki, müsadere konusu menfaatin mutlaka suç işleyen kişi veya suç ortaklarından biri tarafından elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla, örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa pornografik ürün üretmek amacıyla çıplak görüntülerinin çekilip kayda alınması karşılığında sağlanan menfaatin, TCK, m. 55 hükümlerine göre **müsadere** edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. 25.10.2007 tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**” (ETS No: 221), m. 27, f. 3, bent a.

²⁶ Kişinin bilgisi ve rızası dışında da çıplak görüntülerinin çekilip kayda alınması, TCK’nın sisteminde, görüntüleri kayda alınan kişinin yaşına göre farklı suçları oluşturur.

Görüntüleri kayda alınan kişinin yaşı ne olursa olsun, çocuk olması halinde, suçun TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan suç oluşturur. Buna karşılık, on sekiz yaşını tamamlamış olan bir kişinin bilgisi ve rızası dışında çıplak görüntülerinin kayda alınması ise, özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK, m. 134, f. 1) suçunu oluşturur.

Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin bir kararında, bu ayırım göz ardı edilerek, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun oluştuğu kabul edilmiştir: Yargıtay 14.CD, **10.9.2013**, E. 2012/7618, K. 2013/8902.

²⁷ Bkz. **madde gerekçesi**. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 622 vd.; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 1 (Kanunlar), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, 24. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 449.

²⁸ **İzmir Bölge Adliye Mahkemesi** 15. Ceza Dairesi’nin, **18.04.2019** tarihli ve E. 2017/3185, K. 2019/588 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, **on beş yaşını tamamlamış** olan kız çocuğu Ç ile cinsel ilişkiye girer ve bu ilişki sırasında Ç’nin çıplak görüntülerini çekip telefonuna kaydeder. S, daha sonra bu görüntüleri “Instagram” adındaki sosyal paylaşım sitesinde yayımlar.

Bu olay dolayısıyla S hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve özel hayatın gizliliğini ihlâl* suçlarından dolayı kamu davası açılmıştır.

İlk derece mahkemesi,

a) S’nin Ç ile cinsel ilişkisinin Ç’nin rızası dâhilinde gerçekleştiğini ve dolayısıyla, **reşit olmayanla cinsel ilişki** (TCK, m. 104, f. 1) suçunu işlendiğini,

V.

İlgilinin rızasının **cinsel taciz** suçunun oluşumu üzerindeki etkisini de ayrıca açıklamak gerekir.

Cinsel taciz, “*mağdurun cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi*”ni ifade etmektedir.²⁹ “*Cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, failin cinsel amaç gütmesi, başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir.*”³⁰

“*Cinsel taciz oluşturacak davranışlar; mağdurun vücuduna temas(ta) bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya*

b) Ç'nin çıplak görüntülerinin çekilip telefona kaydedilmesi fiilinin TCK, m. 226, f. 3, **ikinci** cümlede tanımlanan suçu oluşturduğunu,

c) Söz konusu görüntülerin sosyal medya ortamında paylaşılmasının ise, TCK, m. 134, f. 1'de tanımlanan **özel hayatın gizliliğini ihlâl** suçunu oluşturduğunu,

kabul ederek, S hakkında bu suçlardan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

İstinaf Mahkemesi, S hakkında **reşit olmayanla cinsel ilişki** suçundan dolayı kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuka uygun olduğunu ve keza, Ç'nin çıplak görüntülerinin çekilip telefona kaydedilmesi fiili bakımından TCK, m. 226, f. 3, **birinci** ve ikinci cümlelerde tanımlanan suçların oluştuğunu kabul etmekle birlikte, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerini uygulayarak S hakkında TCK, m. 226, f. 3, **birinci** cümlede tanımlanan **müstehcenlik** suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Keza, söz konusu görüntülerin sosyal medya ortamında paylaşılması fiilinin, özel hayatın gizliliğini ihlal ve TCK, m. 226, f. 5'de tanımlanan müstehcenlik suçlarını oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerini uygulayarak S hakkında TCK, m. 226, f. 5'te tanımlanan **müstehcenlik suçundan** dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

İstinaf mahkemesinin kararındaki fiillere ilişkin nitelendirmeler kısmen doğru olmakla birlikte, içtima hükümlerinin uygulanması bağlamındaki kabul sorunludur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, **on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun** çıplak görüntülerinin kayda alınması, rızasıyla da olsa, TCK, m. 226, f. 3, **birinci** cümlede tanımlanan nitelikli **müstehcenlik** suçunu oluşturmaktadır. Keza, kaydedilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasıyla, ayrıca TCK, m. 226, f. 5'de tanımlanan suç oluşturmaktadır. Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerinin uygulanması gerekir.

Çocuğun bu görüntülerin aleniyete kavuşturulması yönünde rızası olsa bile, bu rızanın hukuki geçerliliği bulunmamaktadır; bu yönde açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

²⁹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 514; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 1 (Kanunlar), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, 24. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 293.

³⁰ Yargıtay CGK, **24.3.2015**, E. 2014/14-669, K. 2015/68.

da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir.”³¹

Bu itibarla, mağdurun vücudu üzerinde **fiziki temas olmadan** gerçekleştirilen, gerçekleştirilmesi sağlanan cinsel amaçlı fiiller, cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır³². Cinsel taciz suçunu oluşturan fiillerin, fail tarafından mağdurun vücuduna temas olmadan gerçekleştirilmesi şarttır. Ancak mağdurun vücuduna fiziki temas olmadan gerçekleştirilen her davranış, mutlaka cinsel taciz suçunu oluşturmaz. Özellikle on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar, fiziki temas olmasa bile, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturur.³³ Keza, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun örneğin tehdit kullanılarak çamaşırlarını çıkarmasının sağlanması ve vücudunun, cinsel organlarının seyredilmesi halinde, seyreden kişi bakımından oluşan suç, cinsel taciz değil, **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun on sekiz yaşından büyük reşit bir kişiyle birlikte cinsel birleşmeye varmayan -fizikî temas olsun veya olmasın- cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlarda bulunma yönünde açıkladığı rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Aynı şekilde, cinsel birleşme mahiyetinde olmasa bile, on beş yaşını tamamlamış olan çocukların kendi aralarında gerçekleşen -fizikî temas olsun veya olmasın- cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlar bakımından açıklanan rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Bu durumlarda, bir *hukuka uygunluk sebebi olarak rıza değil, tipikliği ortadan kaldıran rıza* söz konusudur.

Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu fiiller ceza sorumluluğunu gerektirmemekle birlikte, ahlaka aykırıdır ve hiçbir surette hukuken himaye görmezler. Örneğin, evli kişinin **karşılıklı rızaya dayalı olarak** bir başkasının cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlarını izlemesi, **özel hayat alanı içinde cereyan ettiği süreç**, suç olarak tanımlanmış değildir. Ancak bu durum, söz

³¹ Yargıtay CGK, 24.3.2015, E. 2014/14-669, K. 2015/68.

³² **Fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlara**, failin cinsel organını mağdura göstermesi, mağdura göstererek failin kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunması, fail tarafından görülebilecek şekilde mağdurun soyunmasını sağlama, mağdurun kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunmasını sağlama, mağdura müstehcen ürünleri gösterme, dinletme gibi fiiller, örnek olarak gösterilebilir.

³³ ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 261 vd.

konusu fiillerin hukuka uygun addedilmesini hiçbir zaman gerektirmez. Bu itibarla, söz konusu fiiller, evlilik ilişkisinde diğer eş bakımından haklı bir boşanma sebebi ve keza, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının sebebinin oluşturur.

Bu itibarla, fiziki temas olmamakla birlikte, bir başkasının cinsel amaçlı davranışına maruz kalan kişinin bu davranıştan **rahatsızlık duyması**, cinsel taciz suçu bakımından bir **objektif cezalandırılabilme şartı** oluşturur. Başka bir ifadeyle, cinsel amaçlı davranışa maruz kalan kişinin bu davranış dolayısıyla memnuniyeti, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir; aksine esasen **ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı** olan davranışın suç oluşturabilmesi için aranan objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi sebebiyle, cezalandırmayı gerektirmemektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, şikâyet kişinin kendisine karşı işlenen suç dolayısıyla duyduğu rahatsızlığı dile getirmesinin bir şekli olmakla birlikte, bir soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Başka bir ifadeyle kişi, maruz kaldığı haksızlıktan dolayı rahatsızlık duysa bile, failinin cezalandırılmasını talep zımında şikâyet hakkını kullanmayabilir. Bu itibarla, **mağdurun şikâyetten bulunmaması veya bilahare şikâyetini geri alması**, kısacası **şikâyetten vazgeçmesi, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir**³⁴.

Buna göre, yetişkin olan bir kişinin,

- çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
- cinsel davranışlarını,
- bir diğer yetişkin kişiyle olan cinsel ilişkilerini,

on beş yaşını tamamlamış olan çocuk tarafından **rızaen** seyredilmesini sağlaması halinde, fiil, **ahlaka ve dolayısıyla, hukuka aykırı** olmakla beraber, özel hayat alanında gerçekleştiği sürece, yani aleniyet iktisap etmediği sürece, suç olarak tanımlanmış değildir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, söz konusu davranışların çocuğa **tehditle** seyrettirilmesi halinde, fiziki temas olmamakla birlikte, cinsel taciz değil, **cinsel istismar** suçu oluşmaktadır³⁵.

³⁴ ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 264, dn. 3.

³⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 28.6.2011 tarihli ve E. 2011/3866 K. 2011/5015 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, mağdur İ'ye karşı müteaddit defa ağzına organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunur; üvey kızı mağdure E'yi ise, porno film izlemeye zorlar ve keza, İ'ye karşı gerçekleştirdiği cinsel içerikli eylemlerini E'nin zorla seyretmesini ve görmesini

Keza, karşılıklı rızaya dayalı olarak, on beş yaşını tamamlamış olan,

sağlar.

İlk derece mahkemesi bu olayda herhangi bir değerlendirme ve ayırım yapmadan, genel bir şekilde, S'nin **cinsel taciz** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında bu suçtan dolayı **zincirleme suç** hükümlerini de uygulayarak mahkûmiyet hükmü tesis etmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de, ilk derece mahkemesinin bu olayda **cinsel taciz** suçunun oluştuğu yönündeki kabulünü yerinde görmüş; ancak, S'nin bu suçu üvey kızı E'ye karşı "*aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlemesi (TCK, m. 105, f. 2, bent b) dolayısıyla **cezada yapılan artırımın** -hükümlerin karıştırılması sebebiyle- "**fazla**" **olduğu** ve keza, olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında sorun bulunduğu değerlendirilmesinde bulunularak, bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin söz konusu kararı, verildiği tarih itibarıyla, Türk Ceza Kanununun cinsel suçlar konusundaki düzenlemelerinden **habersiz** olunduğunun açık bir göstergesidir.

Oysa bu olayda cinsel taciz suçu değil, birden fazla kişiye karşı **çocuğun cinsel istismarı** suçu işlenmiştir. Bu olayda işlenen suçlar sırasıyla şunlardır:

Bu olayda işlenen **birinci suç**, S'nin İ'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur. Bu suç, vücuda organ sokmak suretiyle işlenmiştir. Bu itibarla **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 2 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

Kararda, S'nin İ'ye karşı cebir veya tehdit uyguladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Keza Kararda İ'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında İ'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 2 hükümlerine göre belirlenen temel cezayı, yarı oranında artırmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışların bu kişiye karşı "*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **ikinci suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, üvey kızı E'yi porno film izlemeye **zorlamıştır**. Bu durum S'nin E'ye karşı **cebir** veya **tehdit** uyguladığını göstermektedir. Karar metninde E'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. On beş yaşını doldurmuş çocuk olsa bile, E'ye karşı üvey babası S tarafından fiziki temas olmadan ve fakat cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen bu cinsel davranışların, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Bu zorlama olgusu dolayısıyladır ki, TCK, m. 226'da tanımlanan müstehcenlik suçundan söz edilemez. Çocuğa zor kullanılarak porno film izlettirilmesi fiiliyle işlenen cinsel istismar suçundan dolayı TCK, m. 103, f. 1 hükümlerine göre **temel cezaya** hükmetmek gerekir.

E, S'nin **üvey kızıdır**. Nitelikli unsur. Bu nedenle, birinci fıkraya göre belirlenen temel ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK, m. 103, f. 3, bent c).

Belirttiğimiz gibi, Karar metninde E'nin yaşı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında E'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

- çocuğun çıplak görüntülerinin, cinsel organlarının,
- çocuğa fiziki temas olmadan gerçekleştirmesi sağlanan cinsel davranışlarının,
- çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkilerinin,

seyredilmesi halinde, fiil, **ahlaka ve dolayısıyla, hukuka aykırı** olmakla beraber, özel hayat alanında gerçekleştiği sürece, yani aleniyet iktisap etmediği

E, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsuru** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 1 ve 3. hükümlerine göre belirlenen cezayı, tekrar yarı oranında artırmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçun oluşabilmesi için, cinsel davranışın bu çocuğa karşı “*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*” gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **üçüncü suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini zor kullanarak üvey kızı E'nin izlemesini sağlamıştır. Bu suretle S, ayrıca **E'ye karşı**, fiziki temasla cinsel davranış gerçekleştirmese de, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu işlemiştir. Bu durumda da söz konusu suç sebebiyle **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 1 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

İkinci suçla ilgili olarak yaptığımız açıklamalar, bu üçüncü suç bakımından da geçerlidir.

S tarafından İ'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S tarafından E'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla da **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini üvey kızı E'nin seyretmesini sağlamıştır. Böylece, hukuki anlamda bir fiil ile aynı suç (cinsel istismar suçu) birden fazla kişiye karşı işlenmiştir. Bu durumda **aynı neviden fikri içtima** (TCK, m. 43, f. 2) hükümleri uygulanarak, S'ye bu suçtan dolayı bir ceza verilip bu cezanın TCK, m. 43, f. 1 de belirtilen oranlar arasında (“*dörtte birinden dörtte üçüne kadar*”) artırılması gerekir.

Ancak, S bu iki mağdura birbirinden bağımsız olarak da cinsel istismar fiillerini işlemiştir. Bu nedenle, **söz konusu olayda**, aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamadan, **her iki mağdur bakımından ayrı ayrı cinsel istismar suçlarından dolayı cezaya hükmedip, bu cezaların her birinin zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekir (gerçek içtima)**.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin pek çok kararında, cebir veya tehditten hiç söz edilmediği halde ve yaşıyla ilgili olarak herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın, çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların, çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, *cinsel taciz* suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir: 14. CD, **21.9.2017**, E. 2017/2253, K. 2017/4149; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2014/3380, K. 2016/2793; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2016/1675, K. 2016/2815; aynı Daire, **27.9.2013**, E. 2011/13778, K. 2013/9801.

sürece, suç olarak tanımlanmış değildir.

Sonuç olarak, yetişkin olan bir kişinin kendi cinsel organlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa göstermesi, kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışları on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun seyretmesini sağlaması halinde, bu fiiller bağlamında çocuğun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu bağlamda doğru olmayan bir içtihadta bulunmuştur:

“Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nin 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir.” (Yargıtay CGK, **30.10.2014**, E. 2013/14-352, K. 2014/446; Yargıtay CGK, **15.4.2014**, E. 2012/2-1498, K. 2014/188)³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kabulüne göre; örneğin on beş yaşını doldurmuş olan bir çocuğun çıplak görüntülerini reşit ve hatta evli olan karşı cinsten bir kişiye göstermesi, rızaen gerçekleştiği için veya bu kişinin cinsel organlarını on beş yaşını doldurmuş olan bir çocuğa göstermesi, çocuk bu fiile muvafakat ettiği ve dolayısıyla şikâyet hakkını kullanmadığı için “hukuka uygun” addedilecektir. **Doğru bulmadığımız bu içtihat**, fiilin özellikleri yeterince anlaşılmadan tesis edilmiştir. Bir fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete bağlı olması, bir fiilin ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmemesi, suç siyaseti bakımından ele alınması gereken ayrı bir husustur. Ancak, bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamasından ve dolayısıyla, ceza sorumluluğunu gerektirmemesinden hareketle, bu fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna varmak, hukuki temeli olmayan bir yaklaşımdır.

Bazı durumlarda, mağdurun cinsel tacizi oluşturan fiilin icrası sırasında buna rıza göstermesi söz konusu olamaz; ancak icra tamamlandıktan sonra buna muvafakat mümkün olabilir. Örneğin cinsel taciz mahiyeti taşıyan mektup, e-posta, e-mesaj içeriklerine mağdur ancak bunlar kendisine iletildikten, yani

³⁶ “... sanığın söz konusu (cinsel içerikli) mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığıın anlaşıldığı, dolayısıyla eylemin TCK. nun 26/2. maddesinde öngörülen **hukuka uygunluk nedeni** kapsamında işlendiği” kabul edilmelidir: 14. CD, **27.10.2011**, E. 2011/7732, K. 2011/1479.

fiil icra edildikten sonra muttali olabilmektedir³⁷. Esasen haksızlık oluşturan bir fiil icra edildikten sonra, bu haksızlığa maruz kalan kişi tarafından buna muvafakat etmek, bu haksızlığı ortadan kaldırmamaktadır ve fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Ancak bu muvafakat, haksızlığı gerçekleştiren kişiye bazı durumlarda yaptırım uygulanmasını engelleyebilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, cinsel taciz suçunun işlenebilmesi için, cebir, tehdit veya hileye gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, cebir, tehdit ve hile, cinsel taciz suçunun ne temel şekline ilişkin ne de nitelikli unsurudur³⁸.

VI. Sonuç

Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bağlamında şikâyet hakkının kullanılmaması, işlendikten sonra fiile muvafakat edilmesi, işlenen fiili hukuka uygun hale getirmemektedir; ancak bu durumlarda soruşturma ve kovuşturma yapılmamakta ve ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilmemektedir. Bir fiilin ceza hukuku sorumluluk alanı dışında

³⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 12.6.2019 tarihli ve E. 2018/8180, K. 2019/7225 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, S, M'ye "facebook" adlı sosyal paylaşım sitesi üzerinden müteaddit defa duygusal bağlılığını ifade eden mesajlar gönderir. M, bu mesajlar karşısında duyduğu rahatsızlık üzerine S'nin kendisine mesaj göndermesini engeller. Ancak, buna rağmen S, M'ye çeşitli hesaplar üzerinden aynı içerikte mesajlar göndermeye devam eder.

Bu olay dolayısıyla ilk derece mahkemesi S hakkında **zincirleme** şekilde işlediğini kabul ettiği **cinsel taciz** suçundan dolayı TCK, m. 105, f. 1 ve m. 43, f. 1 hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü tesis etmiştir. M'nin yetişkin bir kişi olması sebebiyle, bu suç tavsifi doğrudur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise, bu suçun **elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle** işlenmiş olması dolayısıyla, birinci fıkraya göre verilen cezanın yarı oranında artırılması gerektiği (TCK, m. 105, f. 2, bent d) gerekçesiyle, söz konusu mahkûmiyet hükmü ile ilgili olarak bozma kararı vermiştir.

³⁸ Ancak, bazı durumlarda mağdura fiziki temasta bulunmadan gerçekleştirilen cinsel davranış, tehditle işlenmiş olabilir. Örneğin tehdit edilerek veya şantaj yapılarak, mağdurun soyunması sağlanabilir veya mağdurun kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunması sağlanabilir.

Bu durumda bir ayırım yapmak gerekir.

Tehdit uygulanan kişi (mağdur) çocuk ise, yaşı ne olursa olsun, çocuğun vücuduna fiziki temas olmadan ve fakat tehditle gerçekleştirilen cinsel davranışlar, yukarıda belirtildiği gibi, cinsel taciz suçunu değil, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturur.

Buna karşılık, tehdit uygulanan kişinin yetişkin birisi olması halinde ise, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi durumlarda failin hem **tehdit** veya **şantaj** suçundan hem de **cinsel taciz** suçundan dolayı **gerçek içtima** hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak 14. Ceza Dairesi bir kararında, bu durumda sadece cinsel taciz suçundan dolayı hüküm kurulması yönünde içtihatla bulunmuştur (14. CD, 22.3.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793).

tutmak, bu fiilin alelİtlak hukuka uygun olduğunu kabul etmek sonucunu doğurmamaktadır. Bu yanlışın temel kaynağını, cinsel suçlar bağlamında korunan hukuki değerin, cinsel dokunulmazlık değer de, “cinsel özgürlük” olduğu yönündeki kabul oluşturmaktadır.