

*Araştırma Makalesi / Research Article***TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN FİZİKSEL MAHREMİYETİNE İLİŞKİN GÖRÜNTÜLERİNİN KAYDEDİLMESİ VE YAYILMASININ CEZALANDIRILMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME#****Bekir BOGA*****Özet**

Mahrem, gizli anlamına gelmektedir. İnsanoğlunun çeşitli hal ve davranışları edep duyguları nedeni ile aleni değil, gizlidir. Bu nedenle bir kişinin mahrem görüntülerinin kaydedilmesi ve yayımlanması çeşitli suçların oluşumuna neden olabilecektir. Bir çocuğun mahremine ilişkin görüntülerin cinsel amaçlarla izlenmesi, kaydedilmesi ve dağıtılması halinde oluşan suç tipleri değişiklik gösterebilmektedir. Bu çalışmada çocukların mahrem görüntülerinin cinsel amaçlarla izlenmesi, kaydedilmesi ve yayımlanması hallerine ilişkin uygulama örnekleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile çocuk müstehcenliği suçu açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Müstehcen Ürün, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Çocuk Pornografisi, Çocuğun Rızası

AN EVALUATION ON THE SANCTION OF RECORDING AND SPREADING IMAGES OF CHILDREN ON PHYSICAL PRIVACY IN TURKISH CRIMINAL LAW**Abstract**

Privacy means secret. Various situations and conduct of mankind are secret, rather than public because of their emotions. For this reason, recording and publishing private images of a person can lead to the occurrence of various crimes. The types of crime that may occur if the images related to the privacy of a child are watched, recorded and distributed for sexual purposes may vary. In this study, the application examples regarding the monitoring, recording and publishing of the intimate images of children for sexual purposes will be evaluated in terms of crimes committed against sexual immunity and juvenile obscenity in Turkish Penal Code No. 5237.

Keywords: Sexual Product, Rape, Sexual Harassment, Child Pornography, Child's Consent

Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih: 8.6.2020

Kabul Tarihi: 29.6.2020

* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bboga@erbakan.edu.tr
ORC ID: 0000-0002-0894-8969

GİRİŞ

Sözlükte “mahrem” gizli anlamına gelmektedir. İnsanoğlunun bazı halleri ve davranışları gizlidir. Bu hal ve davranışların aleni olarak sergilenmesi toplumun diğer fertlerini rahatsız edebilir. Keza bu hal ve davranışlar, toplumsal hayat içerisinde de infiale neden olabilirler. Bu nedenle insanın gizlilikle icra ettiği hallerde suç olmayan birtakım davranışları alenen icra etmesi, TCK’nın 225.maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Keza insanın mahremiyetini konu alan materyallerle ilgili birtakım fiiller de TCK’nın 226.maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

İnsanlar arasında mahrem olan ilişkiler herhangi bir nedenle kayıt altına alınmakta ve sonrasında bu kayıtlar alenen ifşa edilebilmektedir. Keza bu ilişkinin taraflarından birisinin çocuk olduğu vakıalar da görülmektedir. Bu makalede asıl olarak bir çocuğun mahrem görüntülerinin kayıt altına alınması ve ifşa edilmesi vakıaları cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile çocuk müstehcenliği suçu açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Öncelikle belirtilmelidir ki 18 yaşını doldurmamış bir çocuğun fiziksel mahremiyetine ilişkin görüntülerinin kayıt altına alınması, Türk Ceza Kanununun (TCK) 226.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması (çocuk müstehcenliği) suçunu oluşturabilecektir. Ancak hangi tür görüntülerin müstehcen olarak kabul edileceği tartışmalı bir husustur. Buna mukabil söz konusu kayıtların alınmasına çocuğun rıza göstermesinin etkisinin ne olacağı da ayrıca tartışma konusu oluşturabilecektir. Keza çocuğun göstereceği rıza, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından da tartışılması gereken bir takım sorunlar doğurmaktadır. Sırf fiziki mahremiyetinin izlenmesinin cinsel suçlar içerisinde hangi suçları oluşturacağı ise tartışılması gereken ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda bu sorunlara çözüm arayabilmek adına öncelikle uluslararası alanda çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunmasına ilişkin belgeler ele alınacaktır. Sonrasında TCK’nın bu hususta yer verdiği düzenlemeler, sorunların çözümü çerçevesinde teorik bir şekilde ele alınacaktır. Nihayetinde ise uygulama örneklerine yer verilecektir.

1. Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Çocukların Cinsel Dokunulmazlığı

1.1. Taraf Olduğumuz Sözleşmeler

Türkiye Cumhuriyeti, çocukların cinsel yönden sömürüsüne ilişkin düzenlemeler içeren birçok uluslararası sözleşmeye taraftır. İfade edelim ki bu sözleşmelerden bir kısmı çocukların cinsel istismarını doğrudan konu edinirken çoğunluğu, çocuğun cinsel istismarına kısmen yer vermektedir. Çocuğun cinsel istismarının önlenmesine yönelik hükümler içeren Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde ve Avrupa Birliği (AB) nezdinde hazırlanan ve taraf olduğumuz sözleşmelere ve bunların ilgili hükümlerine aşağıda temas edilmektedir:

- 20 Kasım 1989 Tarihli “**BM Çocuk Hakları Sözleşmesi**” (ÇHS) (9.12.1994 tarihli 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 27.01.1995/ 22184).

Sözleşme, çocukların korunmaya ve özel ilgiye ihtiyaç duyduklarını göz önünde tutarak çocuk haklarını belirleyen bir mahiyet arz etmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin 19.maddesi, çocukların ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken kötü muameleyle maruz kalmalarının engellenmesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Hükümde sayılan kötü muamelelerden birisi de çocuktan cinsel yönden yararlanmaya yönelik hareketlerdir. Keza sözleşmenin 34.maddesi, çocukların her türlü cinsel istismar ve sömürüye karşı korunmasını taraf devletlerin bir yükümlülüğü olarak öngörmüştür. Madde hükmü bu çerçevede taraf ülkelere çocukların cinsel bir eylemde bulunmaya kandırılması veya zorlanmasını, fuhuş veya diğer yasadışı cinsel eylemlerde kullanılmasını, pornografik içerikli gösterilerde veya materyallerde kullanılmasını önleme yükümlülüğünü getirmektedir. Sözleşme, iç hukuka göre daha erken yaşta reşit olmayı gerektiren durumlar haricinde 18 yaşın altındaki her insanı çocuk olarak kabul etmektedir (m.1).

- 17 Haziran 1999 Tarihli “**En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi**” (25.01.2001 tarihli 4623 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayınlandığı Resmi Gazete RG: 27.06.2001/24445)

Kötü şartlardaki çocuk işçiliğini yasaklamayı amaçlayan sözleşme, 18 yaşın altındaki bütün insanları çocuk olarak kabul etmiştir (m.2). Sözleşmenin 3.maddesi hangi hallerin kötü şartlardaki çocuk işçiliği olarak kabul edileceğini dört bent halinde düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme kötü şartlardaki çocuk işçiliğinin kapsamı açısından sınırlandırıcı bir mahiyet arz etmemektedir (“d” bendi). Düzenlemenin “b” bendinde “*çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu*” kötü şartlardaki çocuk işçiliği kapsamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte sözleşmede çocuk pornografisine ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Sözleşmenin 7.maddesinin 1.fıkrasında ise sözleşme hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanması için taraf devletlere gerekli cezai hükümleri iç hukuklarında düzenleme yükümlülüğü yüklenmektedir.

- 25 Mayıs 2000 Tarihli “**Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol**”¹ (9.05.2002 Tarihli 4755 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayınlandığı Resmi Gazete: 28.06.2002/24799)

Çocuk haklarının korunması bağlamında ek protokol; çocuk satışının, çocuk fahişeliğinin ve çocuk pornografisinin önlenmesine ilişkin hükümler vaz etmektedir. Protokolde çocuk pornografisi “*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 gelir*” şeklinde tanımlanmıştır (m.2/1-c). Keza protokol taraf devletlere çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracını, sunumunu, satışını veya zilyetliğini cezalandırma yükümlülüğünü yüklemektedir (m.3/1-c). Söz konusu protokol BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edileceğinden, bu sözleşmenin yaptığı çocuk tanımı

¹ Bundan sonra “ÇHS İhtiyari Ek Protokolü” olarak kısaltılacaktır.

protokol açısından da geçerli olacaktır. Bu nedenle protokol açısından çocuk, kanun gereği reşit olmamış 18 yaşın altındaki her insandır.

- 23 Kasım 2001 Tarihli “**Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi**” (22.4.2014 tarihli ve 6533 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 09.08.2014/29083)

Söz konusu sözleşme bilişim alanında işlenen suçların önlenmesine ve cezalandırılmasına ilişkin hükümler ihdas etmektedir. Sözleşmenin 9.maddesinde çocuk pornografisi ile ilgili suçlar düzenlenmektedir. Düzenleme, 18 yaşından küçük olan tüm şahısları çocuk kabul etmiştir. Bununla birlikte 16 yaşından küçük olmamak şartıyla taraf devletler daha düşük bir yaş sınırını talep edebileceklerdir (m.9/3). Sözleşmenin 9.maddesinin 2.fıkrası çocuk pornografisinin taşınması gereken özellikleri belirlemektedir:

- a) *Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması*
- b) *Reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması*
- c) *Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.*

- 25 Ekim 2007 Tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**”² (25.11.2010 Tarihli 6084 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama Kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 10.09.2011/28050)

Sözleşme, çocukların cinsel sömürüsü ve istismarını engellemek, cinsel sömürü ve istismar nedeni ile mağdur olan çocukları korumak ve çocukların cinsel sömürü ve istismarına karşı uluslararası işbirliğini geliştirmek amaçlarını taşımaktadır (m.1). Sözleşmeye göre 18 yaşını tamamlamamış herkes çocuktur. Sözleşme, çocuk tanımına herhangi bir istisna getirmiş değildir.

Sözleşmenin 18 ila 24.maddesi arasında taraf devletlerin iç hukuklarında suç olarak düzenlemekle yükümlü oldukları fiiller düzenlenmektedir. Sözleşmenin 18.maddesi, taraf devletlere çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel faaliyetleri suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir (m.18/1-a). Düzenleme çerçevesinde ulusal hukuk uyarınca cinsel eylemde bulunmanın yasak olduğu çocukla cinsel faaliyet gerçekleştirmek, cezalandırılması gereken bir fiil olarak ortaya konulmaktadır. Cinsel eylemde bulunmanın yasak olduğu alt yaş sınırının tespiti ise taraf devlete bırakılmaktadır (m.18/2). Cinsel eylemde bulunma yaşına gelmiş olsun veya olmasın çocuklara yönelik zor, güç veya tehdit kullanarak; aile içi dahil çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak veya özellikle bir zihinsel veya fiziksel engeli veya bağımlılığı sebebiyle çocuğun savunmasız bir durumundan yararlanarak cinsel davranış gerçekleştirilmesi de maddede suç olarak düzenlenmesi

² Buradan sonra “Lanzarote Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

gereken fiil olarak kabul edilmiştir³ (m.18/1-b). Maddenin son fıkrasında ise düzenlemenin, çocuklar arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 19.maddesi çocuk fuhşuna ilişkin suçları düzenlerken, 20.madde çocuk pornografisine ilişkin suçları düzenlemektedir. 20.maddenin 1.fıkrasında çocuk pornografisi suçunu oluşturacak hareketler altı bent halinde sayılmıştır: “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.fıkra hükmü ise ÇHS ek protokolünü temel alarak⁴ çocuk pornografisini şu şekilde tanımlamaktadır: “Görsel olarak bir çocuğun gerçek veya temsili bariz cinsel davranışlarda bulunduğunu ortaya koyan veya bir çocuğun cinsel organlarının cinsel amaç öncelikli olarak her türlü gösterimini içeren herhangi bir materyali ifade eder.”

20.maddenin 3.fıkrasında ise taraf devletlerin hükme çekince⁵ koyabilecekleri hususlar gösterilmektedir. Düzenlemeye göre 1.fıkra hükmünde bulunan a ve e bentlerine taraf devletler iki farklı durumda çekince koyabileceklerdir. Birinci durumda tamamen temsili görüntülerden veya gerçekte var olmayan bir çocuğun görüntülerinden oluşan pornografik materyalleri üretmek veya bu materyalleri bulundurmak taraf devletler tarafından suç olarak kabul edilmeyebilecektir. İkinci durum ise cinsel eylemde bulunmanın yasak olmadığı çocuk grubu ile ilgilidir. Bu grupta bulunan çocukların rızası ile ve sırf kendi kullanımları için pornografik materyallerin üretilmesi ve bu çocuklar tarafından materyallere sahip olunması suç olarak kabul edilmeyebilecektir. Bununla birlikte Türkiye, sözleşmenin 20.maddesine herhangi bir çekince ileri sürmemiştir⁶. Dolayısıyla sözleşmenin 20.maddesinin 1.fıkrası Türkiye Cumhuriyeti açısından 3.fıkra hükmü dikkate alınmaksızın uygulanacaktır. Böylece Türkiye Cumhuriyeti açısından Sözleşme, 18 yaşını tamamlamış bütün çocukların pornografik ürün üretiminde kullanılmasını istisnasız bir şekilde cezalandırma yükümlülüğü getirmektedir.

Sözleşme, “pornografik gösteriler” ile çocuk pornografisi arasında ayırım yapmaktadır. Bu yönüyle sözleşme, pornografik gösterileri de çocuk pornografisi içerisinde tanımlayan ÇHS Ek Protokolden ayrılır. Sözleşmenin 21.maddesi ise çocukların pornografik gösterilere katılmasına ilişkin suçları düzenlemektedir. Buna göre şu fiillerin taraf devletler tarafından suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir: “a) bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için işe almak veya bir çocuğun böyle gösterilere katılmasına 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”. Ancak

³ Explanatory Report of Lanzarote Convention, p.120.

⁴ Explanatory Report of Lanzarote Convention, p.142.

⁵ Çekince çok taraflı uluslararası sözleşmelerde taraf devletlerinden birisinin bazı sözleşme hükümlerinin kendisi açısından farklı kabul edilmesi veya kabul edilmemesi için ileri sürdüğü beyandır. Çekincenin ileri sürülebilme şartları hukuki sonuçları Viyana Antlaşmalar Hukuku sözleşmesinde düzenlenmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Pellet**, Alain, Conclusion and Entry into Force of Treaties, Reservations, Art.19 1969 Vienna Convention, Oxford Scholarly Authorities on International Law, VolumeI, Part II.

⁶ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/declarations?p_auth=i4qd RKje. E.T: (20.02.2020)

sözleşme pornografik gösterileri tanımlamamıştır. Açıklayıcı raporda bunun bilinçli bir tercih olduğu, “pornografik gösteriler” kavramının içeriğinin taraf devletler tarafından belirlenebileceği ifade edilmiştir. Keza raporda daha önce pornografik gösterilerle ilgili düzenleme getiren ÇHS’nin ve 22 Aralık 2003 tarihli Avrupa Birliği İşbirliği Kararının⁷ pornografik gösteriyi tanımlamadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte raporda çocukların cinsel içerikli davranışlarda bulunduğu gösterilerin pornografik gösteri olduğu da ifade edilmiştir⁸. Söz konusu İşbirliği Kararı yerine kabul edilen 13 Aralık Tarihli 2011/93/EU Sayılı Avrupa Birliği Direktifinde ise pornografik gösterilerin tanımlandığı görülmektedir. Buna göre pornografik gösteri, çocukların cinsel davranışlarda bulunduğu veya çocukların cinsel organlarının öncelikli olarak cinsel amaçlarla sergilendiği; bilgi ve iletişim teknolojileri ile gerçekleştirilen ve belirli bir katılımcı kitleyi hedefleyen canlı gösteriler olarak tanımlanmıştır (m.2/1-e).

Sözleşmenin 22.maddesi cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş bir çocuğun katılım olmadan da olsa cinsel sömürü veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasten neden olunması cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul etmiştir. 23.madde ise bir yetişkinin, cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş bir çocuğa yönelik cinsel bir eylemde bulunmak veya çocuk pornografisi üretmek amacı ile buluşma teklifinde bulunulması ve bu teklifi takiben söz konusu buluşma için icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir.

1.2. Sözleşmeler Çerçevesinde Türk Ceza Hukuku Mevzuatının Ele Alınması

1.2.1. Genel Olarak

Uluslararası sözleşmeler, çocukların cinsel yönden korunmalarını yetişkinlere karşı işlenen cinsel suçlardan bağımsız olarak ele almaktadır. ÇHS, çocuğa yönelik cinsel bir eylemde bulunmak ile çocuğu cinsel bir davranışa zorlamayı ayrı maddelerde düzenlemektedir. Keza ÇHS, çocuğun cinsel olarak istismarı ve sömürüsü kapsamında çocuk fuhşunu ve çocuk pornografisine ilişkin önleme yükümlülüklerine de yer vermektedir. Ek protokol ise çocuk satışına ilişkin düzenlemelerle birlikte çocuk fuhşuna ve çocuk pornografisine ilişkin daha detaylı düzenlemelere yer verilmektedir. Lanzarote Sözleşmesinde ise çocukla cinsel eylemlerde bulunma, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi ayrı ayrı ele alınmıştır. Keza bu sözleşmede pornografik gösteriler, çocuğun cinsel sömürü ve faaliyetlere tanık olması ayrıca ele alınmaktadır.

TCK’da çocukların cinsel yönden korunmalarına ilişkin temelde altı farklı suç tipinin olduğu ifade edilebilir. 80.maddenin 3.fikrasında tehdit, cebir ve şiddet gibi zorlayıcı hareketlerde bulunulmasa dahi çocukların çocuklara fuhuş yaptırılması amacı ile tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları halinde failin cezalandırılacağı belirtilmiştir (Çocuk ticareti suçu). Keza benzer bir suç tipi olarak TCK’nın 227.maddesinin 1.fikrasında çocuğu fuhşa teşvik eden, bunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. TCK’nın 103.maddesi çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemleri cezai yaptırım altına almaktadır. 104.madde hükmünde 15-18 yaş arası çocukla yetişkin bir kişinin cinsel ilişkiye girmesi

⁷ Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi İle Mücadele Konusunda İşbirliği Kararı (2004/68/JHA)

⁸ Explanatory Report, p.146-147.

cezalandırılmaktadır. Keza 105.maddede düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği de kabul edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerde bulunan çocuk pornografisine ilişkin düzenlemelerin karşılığı ise müstehcenlik başlığı taşıyan 226.maddede bulunmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanununda pornografik gösterileri doğrudan karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu fiil aşağıda da ele alınacağı üzere cinsel istismar veya cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilebilecektir.

Konumuzun sınırları itibariyle yalnızca çocukların cinsel istismarına ve çocuk pornografisine ilişkin uluslararası sözleşmelerde bulunan düzenlemelerle Türk Ceza Hukuku mevzuatında bulunan düzenlemeler karşılaştırılacaktır. Çocukların mahrem görüntülerinin kaydedilmesi açısından uluslararası sözleşmelerde düzenlenen cinsel eylemlere katılma yaşı, çocuk pornografisi ve pornografik gösterilere ilişkin düzenlemelerin Türk Ceza Hukuku mevzuatı açısından değerlendirilmesi elzemdir.

1.2.2. Cinsel Eylemde Bulunulabilme Yaşı

Cinsel eylemde bulunulabilme yaşı, Lanzarote Sözleşmesinin çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel faaliyetleri suç olarak düzenlenmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş çocuğa karşı yapılacak her türlü cinsel faaliyeti çocuğun rızasına bakmaksızın suç olarak kabul ederken, bu yaşı doldurmuş bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların zorlayıcı (rıza dışı) bir mahiyet taşıması gerektiğini kabul etmektedir (m.18). 18 yaşını tamamlamamış herkesi çocuk olarak kabul eden sözleşme, cinsel eylemde bulunulabilme yaşının tespitini ise taraf devletlere bırakmaktadır. 2011/93/EU Sayılı Direktif de suç tanımlamalarını yaparken cinsel eylemde bulunulabilme yaşını dikkate almaktadır.

Cinsel eylemde bulunabilme yaşı, suç teorisinde gösterilen rızanın geçerlilik şartı olarak değerlendirilecektir. Bu noktada Türk Ceza Hukukunda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ilgili tarafından gösterilen rızanın hukuki mahiyetini belirten görüşlere yer vermeyi uygun görüyoruz. Ceza hukukunda rıza; tipikliği ortadan kaldıran rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹. Tipik fiilin tanımında rızaya işaret eden bir belirleme mevcut ise ve yahut da tipik fiilin mahiyeti itibariyle gösterilen rızanın tipik fiilin oluşumuna engel olacağı kabul ediliyorsa **tipikliği ortadan kaldıran rıza** söz konusudur. Buna karşılık rıza, tipik fiilin icra edilmesini hukuka uygun hale getiriyorsa hukuka uygunluk nedeni olan rızadan bahsedilecektir¹⁰. Bu ayrımın en önemli pratik sonuçlarından¹¹ birisi tipikliği ortadan kaldıran rızanın varlığına rağmen icra edilen fiil hukuka aykırı olabilirken hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığı halinde icra edilen fiil tüm hukuk düzenince tasvip edilecektir. Buna göre tipikliği ortadan kaldıran rızanın varlığı halinde fiil nedeniyle

⁹ **Ekici Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul; s.70 vd.; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.290; **Akbulut**, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi Ankara, s.494; **Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 22.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.360. Buna karşılık öğretide çocuk düşürme ve düşürtme suçunda rızanın kusurluluğu ortadan kaldıran bir niteliği olduğu da kabul edilmektedir. **Özgenç**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 15.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.378-379.

¹⁰ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.288.

¹¹ Ayrıma atfedilen diğer bazı sonuçlar için bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s.496-498; **Hakeri**, s.361-362.

başka bir hukuk disiplini tarafından faile yaptırım uygulanabilir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığı halinde ise fiil nedeniyle faile hiçbir hukuk disiplinince yaptırım uygulanabilmesi mümkün değildir. Öğretide cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda gösterilen rızayı hukuka uygunluk nedeni kabul eden yazarlar¹² bulunduğu gibi tipikliği ortadan kaldıran nitelikte olduğunu kabul eden yazarlar¹³ da vardır. Kanaatimizce cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda gösterilen rıza tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra eder. Zira cinsel ilişkinin hukukiliği tek başına Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alınarak belirlenmemektedir. Söz gelimi eşi dışında başka biri ile rızasına binaen cinsel birliktelikte bulunan kişinin eylemi, TCK tarafından cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık bu eyleme Türk Medeni Kanunu (TMK) birtakım sonuçlar bağlamaktadır (m.161, 236/2).

Cinsel eylemde bulunabilme yaşı, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların tipik fiilinin oluşmaması için gösterilecek rızanın geçerliliğinin şartlarından birisidir. Buna karşılık TCK bu rızanın geçerlilik şartı olarak yalnızca yaş sınırlamasına dikkate almamıştır. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama da rızanın geçerlilik şartlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK'da da 18 yaşını doldurmamış herkes çocuk olarak kabul edilmektedir (m.6/1-b). Bununla birlikte mevzuatımız açısından cinsel eylemde bulunabilme yaşının tespiti açısından bazı sorunlar bulunmaktadır. TCK'nın 103.maddesi 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı, cinsel istismar suçu olarak kabul etmiştir. Bu nedenle bu yaş grubunda bulunan çocuklara karşı cinsel eylemde bulunulması mutlak bir şekilde kabul edilmemektedir. Buna karşılık 104.madde hükmü 15 yaşını tamamlamış çocukla bir kişinin rızaya binaen cinsel ilişkiye girmesini cezalandırmaktadır. Cinsel ilişkiden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmiş değildir. İlişki sözlükte “iki şey arasında karşılıklı ilgi, bağ, münasebet, temas” “bağlantı, temas” anlamalarına gelmektedir¹⁴. Bu çerçevede lafzi olarak cinsel içeriği olan karşılıklı temaslar cinsel ilişki içerisinde değerlendirilebilecektir. Günlük kullanımda ise cinsel ilişki tabirinden cinsel organların kullanılması suretiyle çiftleşme anlaşılmaktadır¹⁵. Ancak TCK m.225 hükmünün gerekçesinde cinsel ilişki “cinsel arzuları tatmine yönelik her türlü davranış” olarak tanımlanmaktadır. Bir takım küçük fikir ayrılıklarına rağmen öğretide reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni tanımında kullanılan cinsel ilişki kavramından, cinsel organların kullanılması suretiyle gerçekleştirilen duhul anlaşılmaktadır¹⁶. Buna karşılık reşit olmayanla cinsel ilişkide cinsel

¹² **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.333-334; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.411; **Özbek**, Veli Özer /**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 14.Baskı Ankara, s.339;

¹³ **Dursun**, Selman, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9. S.24, s.63; **Akbulut**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.40, (2019), s.269, 279-280; **Ekici Şahin**, s.90; **Özgenç**, İzzet “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.2, s.253.

¹⁴ www.tdk.gov.tr E.T:20.04.2020.

¹⁵ Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_ili%C5%9Fki; E.T: 20.04.2020.

¹⁶ Vajinal ve anal yoldan gerçekleştirilen cinsel organ duhulünün cinsel ilişki olarak kabul edilmesi noktasında öğretide hemfikirlerdir. **Koca**, Mahmut /**Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Ankara, s.374; Bazı yazarlar oral seksi de cinsel ilişki içerisinde değerlendirmektedirler: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.381; Vücut dokunulmazlığının yalnızca erkeklik organının vajinal veya anal yoldan duhul ile ihlal edilmeyeceğini, vücuda sair cisim duhul etmenin de çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal edeceğine dair bkz. **Aksakal**, Enver,

ilişkiyi geniş anlamda yorumlayan yazarlar da mevcuttur. “*Soyaslan*” flört aşamasından ileri olan ilişkileri cinsel ilişki olarak kabul etmektedir¹⁷. Ancak bu görüş hukuk uygulaması açısından oldukça muğlaktır. Hangi davranışların flört içerisinde değerlendirileceği ve hangi aşamadan itibaren flört aşamasından ileri gidileceği izah edilmesi gereken hususlardır. Bunun haricinde öğretide 104.madde çerçevesinde cinsel ilişki ile diğer cinsel davranışların birbirinden ayrılması eleştirilmektedir¹⁸. Kanaatimizce de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel davranışlar arasında sırf cinsel organa başka bir cinsel organın duhulüne dayanan bir ayırım yapmak doğru değildir. Böyle bir ayırım yapıldığı takdirde çocuğa yönelik cinsel anlamda oldukça ileri giden davranışlar gerçekleştirilse bile sırf cinsel organ duhulü olmadığı gerekçesi ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmadığı kabul edilecektir. Bu itibarla kanaatimizce TCK’nın çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda koruduğu hukuki değer¹⁹ de dikkate alınarak maddede kullanılan “cinsel ilişki” tabiri geniş anlamda yorumlanmalı ve çocuğun vücudu kullanılarak cinsel arzuları tatmin etmeye yönelik her türlü davranış cinsel ilişki içerisinde değerlendirilmelidir²⁰. Ancak uygulamada da cinsel ilişki kavramının dar yorumlandığını belirtmeliyiz²¹.

Buna karşılık 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ise 17 yaşını dolduran bir kişinin kanuni temsilcisinin rızası ile evlenebileceğini kabul etmiştir (m.124/1, 126). Keza olağanüstü hallerde hâkimin izni ile 16 yaşını tamamlamış çocukların evlenebileceği kabul edilmiştir (m.124/2). Bu hükümler çerçevesinde TMK’nın, 16 yaşını doldurmuş bir çocuğun, belirli şartlar çerçevesinde cinsel ilişkiye girebileceğini kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Mevzuatımızda bulunan düzenlemelerden hareketle 15 yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik mutlak bir şekilde cinsel bir davranışta bulunulmasının yasaklandığını ifade edebiliriz. Keza 15 yaşının tamamlamış çocukların cinsel eylemde bulunabilmeleri bazı yasal şartların sağlanması halinde mümkün olacaktır. TMK’nın belirlediği şartlar çerçevesinde evlenen çocukların rızalarına binaen eşleri ile cinsel ilişkiye girmeleri TCK’nın 104.maddesinde düzenlenen suçu oluşturmayacaktır. Zira evlilik mahiyeti itibarıyla eşlerin cinsel ilişkisini hukuki kabul eden bir müessesedir. Buna karşılık TCK’nın 104.maddesi başlığında kullanılan “reşit olmayanla cinsel ilişki” başlığı nedeniyle yargısal bir kararla reşit olan çocukların (TMK m.12) cinsel ilişkiye rıza

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.2, S.88., s.260. Bazı yazarlar ise oral seksi cinsel ilişki içerisinde değerlendirmemekte: **Arslantürk**, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2019, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.373; **Tezcan/ Erdem/Önok (17)**, s.454; **Köksal**, Atacan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nevzat Toroslu’ya Armağan, C.2, 2015, s.707.

¹⁷ **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2016, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.249.

¹⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.382; **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.55.

¹⁹ Mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun sağlıklı biçimde cinsel gelişiminin korunması... **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.426; İlhan **Üzülmez**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, *Erceyis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2., s.26-27.

²⁰ Mevzuatımızda “cinsel ilişki” kavramının bu şekilde geniş anlaşıldığı diğer bir metin 10.09.2011/28050 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Lanzarote Sözleşmesinin Türkçe metnidir. Sözleşmenin çocuk pornografisine ilişkin yaptığı tanımda yer alan “*expilily sexually conduct*” (bariz cinsel davranış) terimi “cinsel ilişki” olarak çevrilmiştir (m.20/2).

²¹ Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.454, 455 sayılı dipn.; “*Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıması nedeniyle olayda TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...*” 14.CD, E.2014/6744, K.2017/1914, T.10.94.2017.

gösterebilecekleri sonucuna ulaşılmamalıdır. Zira söz konusu rüş, çocuğun hukuki işlem ehliyetine verilmekte olup cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyeti vermemektedir²². Keza evlilik çocukların yalnız eşleri ile cinsel ilişkiye girmelerine izin veren bir müessese olduğundan evli çocukların evlilik dışı ilişkileri de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır²³. Belirtmek gerekir ki Lanzarote Sözleşmesinin 18.maddesinin 3.fıkrası reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından da değerlendirilmelidir. Buna göre her ikisi 16 ila 18 yaş aralığında olan çocukların birbirleri cinsel ilişkiye girmeleri TCK'nın 104.maddesinde düzenlenen suç oluşturmayacaktır²⁴.

Diğer taraftan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibi şikâyete bağlı olması bu belirlemelerimiz üzerinde etkili olan bir husus değildir. Şikâyet maddi ceza hukukunun bir kurumu değildir. Bu nedenle şikâyetin varlığı veya yokluğu suçun oluşumu üzerinde etki eden bir husus değildir²⁵. Kanun koyucu çeşitli mülahazalarla²⁶ bazı suçların takibini şikâyet şartına tabi tutmuştur. Bu itibarla suçun takibi şikâyete bağlı olması nedeni ile öğretide suçun oluşumuna ilişkin yapılan bir takım değerlendirmeleri²⁷ doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel eyleme rıza gösterebilme ehliyetleri müstehcenlik suçu açısından da değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Lanzarote Sözleşmesi çerçevesinde 18 yaşını tamamlamamış her çocuğun pornografik ürün üretiminde kullanılması istisnasız bir şekilde cezalandırılacaktır Öğretide de buna uygun olarak müstehcenlik suçu açısından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı kabul edilmektedir²⁸. TCK'nın 226.maddesinin 1.fıkrasının (a) bendinde bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi; bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi yasaklanmıştır. TCK'ya

²² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.380; **Taner**, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2017 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.369; “*Koca/Üzülmez*” evlilikle ergin olan çocuğun suçun mağduru olmayacağını ifade etmekle birlikte yasal erginlik ile ilgili görüş bildirmemektedirler. **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler s.373;Yargısal olarak reşit olan çocuğun da bu suçun mağduru olamayacağına ilişkin bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.453; **Akbulut**, s.283; **Sevük**, Handan Yokuş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.174; **Aydın**, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*,2018, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.105; Evlilik ya da mahkeme kararı ile reşit olmuş mağdura yönelik eylemin 104.madde kapsamında değerlendirilmemesi için kanuni düzenlemeye gerek olduğuna ilişkin bkz. **Kartal**, Pınar Memiş, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.65, s.2088.

²³ **Köksal**, s.692-693; Aksi yönde bkz. **Taner**, s.368-369; **Dursun**, s.66.

²⁴ **Özgenç**, İzzet, *Cinsel Suçlar*, “Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.1., s.265-26; **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.372; **Aydın**, s.104; 7; Farklı bir gerekçe ile aynı yönde bkz. **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 2016, 5.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s168-169; İlişkinin taraflarından birinin evlenme suretiyle veya yargısal yolla reşit olan bir çocuk olması halinde bu çocuğun suçun faili olacağına ilişkin bkz. **Tezcan/ Erdem/Önok (17)**, 450; Aksi yönde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.378; **Soyaslan**, s.249. s.450. “*Sevük*” TCK'nın 104.maddesinin 16 ila 18 yaş grubu çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri de cezalandırdığını kabul etmekle birlikte Lanzarote Sözleşmesinin 18.maddesinin 3.fıkrasının göz önünde tutularak bu yaş grubu çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. **Sevük**, s.171.

²⁵ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.379.

²⁶ Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.699.

²⁷ Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.168-169.

²⁸ **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.253; **Özbek**, Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, 2009, 1.Baskı, Ankara, s.126.

göre 18 yaşını tamamlamamış herkes çocuktur²⁹. Bu itibarla 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun cinsel taciz niteliğindeki eylemlere rıza göstermesinin suçun oluşumunu engellemeyeceğini de ifade etmek isteriz^{30 31}. Cinsel taciz ile hayasızca hareketler ve müstehcenlik suçunu birbirinden ayıran husus cinsel tacizde söz konusu hareketin belirli bir kişiye yönelmiş olmasıdır³². TCK m.226/1-a bendi çerçevesinde çocuğa müstehcen görüntülerin izletilmesi her halükarda yasaklanmışken, bir kişinin çocuğa yönelik olarak müstehcen kabul edilecek bir hareketi ika etmesinin çocuğun rızasına bağlı olarak hukuki hale gelmesi TCK içerisinde bir çelişki oluşturacaktır. Bununla birlikte 15 yaşını tamamlamış bir çocuğa yönelik cinsel istismar boyutuna varmayan cinsel eylemlerde bulunulması halinde, cinsel taciz suçundan ötürü cezalandırma yoluna gidebilmek için çocuğun bu eylemden rahatsızlık duyması gerekmektedir. Zira cinsel taciz suçunda mağdurun cinsel motifli eylemlerden rahatsızlık duyması objektif cezalandırılabilme şartıdır³³. Bu şart gerçekleşmeden suçun oluştuğu kabul edilmez³⁴. Keza evli çocuğa karşı eşinin cinsel taciz suçunu işleyebileceği kabul edilemez. Kişinin eşinin kendisine yönelik cinsel motifli davranışından rahatsızlık duyması ise evlilik kurumu ile bağdaştırılmaz.

Keza TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında çocukların müstehcen görüntülerinin kaydedilmesi yasaklanmıştır. Bu çerçevede 15 yaşını tamamlamış çocukların, fiziki mahremiyetlerinin kayıt altına alınmasına rıza gösterme ehliyetlerinin bulunmadığı ifade edilmelidir.

Çocuğun fiziki mahremiyet içeren görüntülerinin kaydedilmesi (m.134/1) sonrasında kaydedilen görüntülerin ifşa edilmesi (m.134/2) özel hayatın gizliliğini ihlal çerçevesinde TCK'da cezalandırılmaktadır. Çocuğun bu çerçevede gösterdiği rızanın 134.maddede düzenlenen suçlar açısından doğuracağı sonucun da incelenmesi gerekmektedir. Öğretide özel hayatın gizliliğinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak olduğu bu nedenle de gösterilen rızanın 134.maddede düzenlenen suçlar açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edileceği

²⁹ Öğretide 226.maddenin 1.fikrasının a ve b bentlerinde yaptırıma altına alınan eylemlerle ilgili olarak, evlenme sureti ile ergin olmuş çocukların 226.madde kapsamında çocuk olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, 5.Cilt, 2014, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.6763-6764; Özbek, s.56.** Kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Lanzarote sözleşmesinde çocuk tanımına ilişkin bir istisna getirilmediği gibi çocuk pornografisi konusunda cinsel eylemde bulunabilme yaşına göre de bir ayırım yapmış değildir. Bu konuda sözleşmenin getirdiği tek istisna (çocuğun pornografiye rıza gösterebilmesi (m.20/3)) ise ancak taraf devletin çekince koyması durumunda geçerli olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin bu hususta ileri sürdüğü bir çekince ise söz konusu değildir. Çocuk Koruma Kanununda bulunan "daha erken yaşta ergen olsalar bile" ibaresinin TCK'da kullanılmamış olması da ileri sürülen bu görüşü doğrulamamaktadır. TCK'nın 6.maddesinde yapılan tanımlamanın bu ibareyi içermemesi Çocuk Koruma Kanununa göre bu hususu daha farklı şekilde kabul ettiğini göstermemektedir. Dolayısıyla evlenmiş olsalar dahi 18 yaşını doldurmamış bir kişi TCK kapsamında çocuktur ve bu hususun herhangi bir suç tipine göre değişiklik göstermesi söz konusu değildir.

³⁰ Aksi yönde bkz. **Akbulut, Cinsel Suçlar, s.286.**

³¹ Bununla birlikte kanaatimizce çocuklara karşı işlenen cinsel taciz suçunun da takibi şikâyete bağlıdır. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız, s.398; Taner, s.441; Aksi yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok (17), s.474; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.384.**

³² **Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.381.**

³³ **Özgenç, İlginin Rızası, s.283.**

³⁴ **Özgenç, Genel Hükümler, s.695; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.375.**

belirtilmektedir³⁵. Buna karşılık çocukların bu hususta gösterecekleri rızanın geçerliliği konusunda ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu hususta TCK m.226/3 hükmü göz önünde tutulduğunda çocuğun gösterdiği rızanın 134.maddede düzenlenen suçların oluşumuna engel olmayacağı ifade edilmelidir^{36 37}. Zira çocukların fiziki mahremiyetlerini kayıt altına alınmasına veya bu görüntülerin ifşa edilmesine rıza gösterme ehliyetleri bulunmamaktadır.

Sonuç itibarıyla hukukumuzda 15 yaşını tamamlamamış çocuklar açısından cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyetlerinin hiçbir şekilde bulunmadığı, 15 yaşını tamamlayan çocukların ise ancak bazı şartlar çerçevesinde bu eylemlere rıza gösterme ehliyetlerinin tanındığı kabul edilmelidir. Keza TCK, 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocukların da cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyetlerini kabul etmemektedir.

1.2.3. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi

Uluslararası sözleşmelerde çocukların pornografik materyallerin üretiminde kullanılması, çocuk pornografisi niteliğindeki materyallere sahip olunması ve bu ürünlerin dağıtılması, çocukların

³⁵ Akyürek, Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2014, 2.Baskı, Ankara, s.304; Tezcan/Erdem/Önok (17), s.686. Buna karşılık “Özgenç” özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda gösterilen rızanın **tipikliği ortadan kaldıran** rıza olduğunu kabul etmektedir. **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.274-275.

³⁶ Aksi yönde değerlendirmeler için bkz. Akyürek, s.305-306.

³⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği bir karara konu olan olayda sanık, 15 yaşından küçük bir çocuk ile rızasına binaen cinsel ilişkide bulunmuş ve yine rızasına binaen çocuğun çıplak görüntülerini telefonuna kaydetmiştir. Yargıtay çocuğun gösterdiği rızanın özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından hukuki etkisini şu şekilde açıklamıştır: “Ceza Genel Kurulunun 12.11.2013 gün ve 511-449 ile 11.03.2008 gün ve 253-52 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCK’nun 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanunkoyucu 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.”** CGK, E.2013/14-511, K.2014/311, T.10.06.2014. Kanaatimizce bu kararda Yargıtay’ın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar yerine müstehcenlik suçunu göz önünde tutarak bir değerlendirme yapması daha uygun olurdu. Öğretide reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlara gösterilen rızanın hukuka uygunluk nedeni olmadığı gerekçesiyle bu kararın sorunlu olduğu ifade edilmektedir. **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.263. Keza aynı yazar TCK m.226/3 hükmünde düzenlenen müstehcenlik suçunun, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna (TCK m.134/1-2.cümle) göre özel norm niteliği taşıdığını kabul etmektedir. **A.g.m**, s.276.

pornografik gösterilere katılması, çocukların katıldığı pornografik gösterilere katılma, çocukların cinsel sömürü veya eylemlere tanık edilmesi suç olarak düzenlenmesi gereken fiiller olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK ,“pornografi” kavramını içeren bir suç tanımı yapmış değildir. TCK’nın 226.maddesi başlığı “müstehcenlik” olup bu madde içerisinde birçok suç tipine yer verilmiştir. TCK’da çocuk pornografisine ilişkin suçlar 226.madde çerçevesinde incelenmektedir.

Sözlük anlamı³⁸ “*açık saçık, edebe aykırı, yakışıksız*” olan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde toplumda egemen olan değer ölçüleri ve hayasızca hareketler kavramına ilişkin TCK m.225 hükmünün gerekçesinde bulunan açıklamaların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁹. TCK’nın 225.madde hükmünde ise hayasızca hareket kavramına ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlâli, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır.

Bu hükme göre, genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlâk temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır.

Hayasızca hareketlerin cezalandırıldığı bu suç tanımında, bu kavrama açıklık getirmek amacıyla, “alenen cinsel ilişkide bulunmak” ve “teşhircilik” ifadeleri kullanılmıştır. Madde metninde geçen cinsel ilişki, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik her türlü davranışı ifade etmektedir. Teşhirciliğin konusu, kişinin cinsel organlarından ibaret değildir. Vücut bölgelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukukî değeri ihlâl niteliğindeki teşhiri, bu suçun oluşumuna neden olacaktır.”

ÇHS ek protokolü tanımını temel alan Lanzarote Sözleşmesi, çocuk pornografisinde çocuğun gerçek veya tasviri cinsel eylemlerde bulunmasını veya çocuğun cinsel organlarının öncelikli olarak cinsel amaçlarla gösterilmesini aramaktadır. TCK’nın madde gerekçeleri çerçevesinde çocuğun bariz cinsel faaliyetlerde bulunması “müstehcenlik” kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. Buna karşılık Lanzarote sözleşmesinde yalnızca cinsel organların teşhiri ürüne pornografik bir nitelik kazandırabilirken TCK, cinsel organ niteliği olmayan vücut bölgelerinin teşhirini de müstehcenlik suçu içerisinde cezalandırabilmektedir.

Bu itibarla “müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramına nazaran daha geniş bir alanı kapsadığı görülmektedir. Öğretide de “müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramına nazaran daha geniş bir anlamı olduğu kabul edilmekle⁴⁰ birlikte yapılan değerlendirmeler “müstehcenlik”

³⁸ TDK Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr E.T:26.02.2019.

³⁹ TCK m.226 gerekçesi.

⁴⁰ Söz konusu değerlendirmeler erotik ürün-pornografik ürün ayrımı yapmakta ve TCK’nın ancak pornografik ürünleri cezalandırdığını belirtmektedir. Bu değerlendirmelere göre pornografik ürün estetik ve hissel duygulardan çok cinselliği ön plana çıkaran, sanatsal olmaktan uzak, cinselliği bütün insani ilişkileri bir kenara bırakarak yansıtan ürünlerdir. Ürünün içeriğinde cinsellik bulunmakla birlikte sanatsal bir yön taşıyorsa bu ürün erotik olarak kabul edilmektedir. Veli Özer **Özbek**, Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), Ankara 2009, s.21;

kavramını “çocuk pornografisine” yaklaştırmaktadır⁴¹. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli değildir. Kanun koyucu bilinçli bir şekilde “müstehcenlik” kavramını kullanmış ve madde gerekçeleri bu kavramı pornografi kavramından daha farklı şekilde açıklamıştır. Bu nedenle TCK’nın müstehcenlik kavramı ile uluslararası sözleşmelere nazaran çocuk pornografisinden daha geniş bir alanı cezalandırdığı ifade edilmelidir.

TCK’nın müstehcenlik başlığını taşıyan 226.maddesinde birden fazla suç tipine yer verildiğini belirtmiştik. Maddenin 1.fikrasında müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışlar suç olarak düzenlenmiş⁴², 2.fikrasında ise müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın veya yayın yolu ile yayınlama veya yayınlamasına aracılık edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Öğretide bu suçlar müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin suçlar başlığı altında incelenmektedir⁴³. Bununla birlikte maddenin diğer fıkralarında da belirli nitelikte olan müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin fiillerin suç olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Maddenin 3 ve 4.fıkralarında ise sadece müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin fiiller değil, belirli nitelikte olan müstehcen ürünlerin üretilmesi ve bulundurulması da cezalandırılmıştır. Hükmün 5.fikrasında ise üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğinin basın yayın yolu ile yayımlanması veya yayınlamasına aracılık edilmesi veya çocukların görmesi, dinlemesi veya okumasına neden olan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması 226.maddenin 3.fikrası hükmünde cezalandırılmaktadır. Düzenlemeye göre müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi cezalandırılacaktır. Söz konusu düzenleme uluslararası düzenlemelere uygun olarak temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin müstehcen ürün üretiminde kullanılmasını cezalandırmıştır⁴⁴. Düzenleme gereğince müstehcen ürün bir video kaydı, ses kaydı, fotoğraf, yazı veya resim olabilir⁴⁵. Bu itibarla bir çocuğun çıkardığı müstehcen sesin kaydedilmesi bu suçu oluşturacağı gibi yetişkinin çocuk taklidi yaparak çıkardığı böyle bir sesin kaydı da bu suçu oluşturacaktır. Keza herhangi bir görüntü olmasa dahi çocuğun cinsel deneyimlerini toplumun ortak edep duygularını incitecek şekilde anlatan bir yazı da bu suçun oluşturacaktır.

Uluslararası belgeler, çocuk pornografisine ilişkin suçları çocukların cinsel dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirmektedir. Belirtilmelidir ki 765 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar da genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’nın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar babında anlayış değişikliğine gitmesi bu suçların farklı bir başlık

Yaşar/Gökcan/Artuç, s.6764-6765. Kanaatimizce bu ayrımın çocuk müstehcenliği suçu açısından bir önemi bulunmamaktadır. TCK’nın 226.maddesinin 7.fikrası hükmüne göre “*Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz*”. Kanun koyucu 226.maddenin 7.fikrasında çocuk müstehcenliği içeren ürünlerin sanatsal ve edebi değeri olamayacağını kabul etmiştir. Bu itibarla çocuğun fiziki mahremiyeti ancak bilimsel eserlerde bilimsel amaçlarla konu edinilebilecektir.

⁴¹ **Özbek**, s.122; **Hafizoğulları, Zeki/Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar*, 2017, 3.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s.342.

⁴² Bkz. TCK m.226 gerekçesi.

⁴³ **Özbek**, s.39 vd.

⁴⁴ 24.03.2016 Tarihli 6698 sayılı Kanununun 30.maddesi ile eklenmiştir.

⁴⁵ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6764.

altında düzenlenmesini gerektirmiştir. Ancak “çocuk müstehcenliği suçu” hali hazırda TCK’da genel ahlaka karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmektedir. Bununla birlikte TCK’nın çocuk müstehcenliğini sırf genel ahlak sorunu olarak kabul ettiğini ifade etmek kanaatimizce mümkün değildir. 226.maddenin 3.fikrasında düzenlenen çocuk müstehcenliği suçu, maddede düzenlenen diğer suç tiplerinden farklı bir mahiyet arz etmektedir. 226.maddenin diğer fıkralarında müstehcen ürünlere çocukların maruz bırakılması veya bu ürünlerin yaygınlaştırılmasını ve alenileştirilmesini sağlayan fiiller cezalandırılmıştır. Çocuk müstehcenliği suçunda ise “**çocukların kullanılması**” cezalandırılan bir fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza 226.maddenin 7.fikrası çocuk müstehcenliği içeriği olan ürünlerin yalnızca bilimsel eserlerde bilimsel amaçlarla kullanılabilmesini kabul etmiştir. Çocuk müstehcenliğini içeren ürünlerin, diğer müstehcen ürünlerin aksine edebi veya sanatsal bir değer taşıyabileceği kabul edilmemiştir. Bu söylenenler çerçevesinde çocuk müstehcenliği suçunda çocukların cinsel dokunulmazlığının da koruma altına alındığı kabul edilmelidir⁴⁶.

Müstehcenlik kavramının pornografi kavramından daha geniş bir mahiyeti olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak hangi ürünlerin müstehcen olduğunu belirleyebilmek için “müstehcen” kavramına ilişkin 225.madde hükmünün gerekçesinde bulunan açıklamalardan yola çıkarak birtakım tespitlerde bulunmak gerekmektedir. Kanaatimizce 225.madde hükmünün gerekçesinden yola çıkarak müstehcen bir ürünün taşınması gereken özellik şu şekilde özetlenebilir: Toplumda yerleşik olan **ortak** edep, haya ve ar duyguları ile çatışan ve bu nedenle de mahrem kalması gereken hal ve davranışları içeren ürünler müstehcendir⁴⁷.

Toplumda yerleşik olan ortak edep haya ve ar duyguları ile çatışma, müstehcen ürünün toplum tarafından tepkiyle karşılanmasını ve toplumda bir infiale neden olmasını ifade etmektedir. Ancak belirtmelidir ki çocuk müstehcenliği TCK’da soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir⁴⁸. Suçun oluşabilmesi için müstehcen bir ürünün üretilmesi yeterli olup bu müstehcen ürünün toplumda yayılması ve bir infial yaratması gerekli değildir. Bu nedenle ürünün toplumun ortak edep, haya ve ar duyguları ile çatışıp çatışmadığını tespit edebilmek güçlük arz edebilecektir. Özellikle toplumumuzda homojen bir ahlak anlayışının bulunmaması bu tespiti daha da güçleştirecektir. Buna karşılık edep, haya ve ar duygularının belirlemesinde toplumun ortak olarak benimsediği değerler dikkate alınmalıdır. Belirli bir kişinin veya topluluğun ürünü edep ve ahlaka aykırı görmesi yeterli değildir. Söz konusu ürünün alenen ifşası halinde ülke genelinde önemsiz addedilemeyecek bir kamuoyu oluşacağı kabul edilebiliyor ise ürünün toplumun ortak edep, haya ve ar duyguları ile

⁴⁶ **Özbek**, s.118-119.

⁴⁷ Müstehcen yayın yapmak 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 8.maddesinin 1.fikrasının (n) bendinde de yasaklanmış bulunmaktadır. Keza Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 8.maddesinin (n) bendinde yayınların müstehcen olmaması gerektiği belirtildikten sonra müstehcen yayınlara örnekleme suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır: “*Cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eder nitelikte olamaz.*”

⁴⁸ **Özbek**, s.132; Buna karşılık Alman Ceza Kanununun m.183a hükmünde teşhircilik suçunun alenen cinsel davranışlarda bulunan kişinin cezalandırılması için bu hareketlerin toplumda infiale neden olması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. **İnci**, Zekiye Özen, Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuk Dergisi*, C.16, S.2, s.20-21.

bağdaşmadığı kabul edilmelidir⁴⁹. Bu belirleme yapılırken çocuk müstehcenliğinde müstehcen ürünlerin konusu çocuk ve çocuk gibi görünen kişiler olduğu için bu konudaki toplum duyarlılığı dikkate alınmalıdır.

Öğretide müstehcen ürünün cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrike yönelik olması aranmaktadır⁵⁰. Buna karşılık TCK'nın 226.maddesi ve gerekçesinde böyle bir şartın açıkça kabulü söz konusu değildir. Bu hususu 226.madde gerekçesinin, 225.madde gerekçesine yaptığı atıf çerçevesinde değerlendirmek gerekir. 225.madde gerekçesinde hayasızca hareketler iki fiil ile somutlaştırılmaktadır. Bunlardan birincisi alenen cinsel ilişki iken diğeri “teşhircilik” fiildir. “Cinsel ilişki” madde gerekçesinde geniş anlamda yorumlanmıştır. Buna göre iki kişi arasında gerçekleşen cinsel arzuları tatmine yönelik olarak gerçekleştirilen ve şehvet saiki ile yapılan her türlü davranış cinsel ilişki içerisinde değerlendirilmektedir⁵¹. Sözlükte⁵² göstermecilik anlamına gelen teşhircilik psikoloji bilimi açısından parafili bir rahatsızlık olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede teşhircilik, cinsel organını bunu beklemeyen bir kişiye göstermekten haz almak olarak tanımlanmaktadır⁵³. Ancak kavramın hukuki anlamının daha farklı olduğu belirtilmelidir. Her şeyden önce 225.madde gerekçesi yalnızca cinsel organların gösterilmesini teşhircilik içerisinde değerlendirmemiştir. Vücudun diğer bölgelerini de toplumun ar, edep ve haya duygularını zedeleyecek şekilde sergilemek teşhircilik fiilini oluşturmaktadır. Keza psikolojik bir rahatsızlık olan teşhircilik daha çok erkeklere özgü bir rahatsızlık olarak algılanırken⁵⁴, hukuki anlamda teşhircilik fiilinin faili erkek olabileceği

⁴⁹ Genel adabı koruyan suçlarla, kişisel ahlak dolayısıyla korunmaktadır. Bu suçlarda ölçüt, toplumun benimsediği genel ahlakıdır **Dönmezer**, . Sulhi, *Genel Ahlak ve Adap Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, 1975, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1975, s.127-128. Hukuk ve ahlak kuralları müşterek bir zemine sahiptirler. Bu nedenle ahlaka aykırı olan bir davranışın hukuka uygun olduğu söylenemez. Ancak bu müşterek zemine rağmen hukukun alanı ancak davranış normlarına aykırılığın hukuk toplumunda hakim olan düzeni bozucu bir boyuta ulaştığı anda başlamaktadır. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.32-33. Bu çerçevede 225.madde hükmü ancak hukuk toplumunda hakim olan düzeni bozucu nitelikteki ahlaka (genel ahlak) aykırı tutumları cezalandıracaktır. Öğretide madde gerekçesinin edep, ar ve haya gibi değerlerle bağlantılı açıklamalar yapması eleştirilmektedir. İfade edilmelidir ki öğretide yapılan bu eleştiriler kanaatimizce yerinde değildir. Örneğin çıplak bebek kartpostalının dahi çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabileceğine ilişkin değerlendirme (**Özbek**, s.137) isabetsizdir. Cinsel organı gösterilmeyen çıplak bebek kartpostalının hangi şartlarda toplumun ortak ve haya duygularını zedeleyebileceğini anlamakta güçlük çekmekteyiz. Keza cinsel organın gösterildiği bir bebek kartpostalına da sanatsal bir değer atfetmek mümkün değildir. Kanaatimizce bir insanın cinsel organı mutlak bir şekilde mahremdir ve gösterilmesi her halükarda toplumun edep duyguları ile bağdaşmaz. Aynı yönde **Dönmezer**, s.140. Buna karşılık yine öğretide 225.madde gerekçesine ileri sürülen eleştiriler; mini etek göğüs dekoltesi elbise gibi kıyafetlerin giyilmesinin hayasızca hareketler suçunu oluşturabileceğini ifade etmektedirler. **İnci**, s.37. Bu tür elbiselerin toplumumuzda bulunan bazı insanlarca edebe aykırı olduğu düşünülebilir. Buna karşılık toplumumuzda ortak bir şekilde bu kıyafetlere tepki gösterilmesi, bu kıyafetlerin giyilmesinin toplumumuzda infial oluşturması söz konusu değildir. Bu eleştiriler TCK'da düzenlenen hayasızca hareketler suçunun toplumun **ortak** edep, haya ve ar duygularını konu edindiğini gözden kaçırmaktadır.

⁵⁰ **Özbek**, s.126.

⁵¹ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6743. Öğretide madde gerekçesinin “cinsel ilişkiye” ilişkin yaptığı bu tarif eleştirilmektedir. Bir görüşe göre cinsel tatmin cinsel ilişki olmaksızın da gerçekleşebileceğinden (mastürbasyon gibi fiillerle) yapılan bu tarif doğru değildir. **Kangal**, Zeynel T., Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.14, S.39, s.18; Keza madde gerekçesinin suçun cezalandırma alanının aşırı ve ölçüsüz bir şekilde genişlettiğine ilişkin bkz. **İnci**, s.31-32.

⁵² www.tdk.gov.tr, E.T: 3.03.2020.

⁵³ **Çervatoğlu Geyran**, Pakize /**Özdemir**, Füsun/**Uygur**, Niyazi, “Teşhircilik”te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, S.7, s.27.

⁵⁴ **Geyran/Özdemir/Uygur**, s.27.

gibi kadın da olabilir⁵⁵. Nihayet kanaatimizce hukuki anlamda teşhirciliğin gerçekleşmesi için failin cinsel bir maksatla hareket etmesi gerekli değildir. Burada önemli olan vücut bölgelerinin toplumun ortak edep haya ve ar duygularını incitecek şekilde sergilenmesidir. Bu çerçevede öğretide ileri sürülen alenen hacet gidermenin teşhircilik içerisinde değerlendirilmemesine ilişkin görüşlere katılmamaktayız⁵⁶.

TCK m.225 hükmü gerekçesi dikkate alındığında müstehcen ürünlerin iki farklı niteliğe sahip olabileceği anlaşılmaktadır. Birinci olarak cinsel davranış içeriği olan ürünler müstehcendir. Bu çerçevede cinsel davranışların kayıt altına alınması, herhangi bir yazıya konu edinilmesi müstehcen bir ürünün varlığını ortaya koyar. Bu itibarla bir çocuğun öpüşme sahnesinde kullanılması çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabileceği gibi bir romanda çocuğun öpüşmesine ilişkin anlatımlarda bulunulması da çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabilecektir.

Fiziki mahremiyetin sergilendiği (çıplaklık) ürünler de müstehcendir. Ancak çıplaklık bazı hallerde objektif olarak insan mahremiyetine ilişkin iken bazı hallerde ise yapılacak bir hukuki değerlendirme ile insan mahremiyeti içerisinde kabul edilebilir. Cinsel organ mahiyetinde olan uzuvlar objektif olarak insan mahremiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, bir kadının göğsü, kalçası ve vajinası; erkeğin ise penis ve kalçası her halükarda mahremiyetine ilişkindir ve bunlar müstehcen ürünün konusunu oluşturur⁵⁷. Buna karşılık diğer türden bir çıplaklığın toplumun ortak edep, haya ve ar duygularını zedeleyip zedelediği araştırılmalıdır. Konusu çocuk olan müstehcen ürünler açısından var olan toplumsal duyarlılığın da dikkate alınması gerekmektedir. Fiziki mahremiyetin ürüne cinsel amaçlı konu edinilmesi ise şart değildir. Çocukların fiziki mahremiyeti ancak bilimsel amaçlarla bilimsel eserlerde konu edinilebilecektir (TCK m.226/7).

Belirtilmelidir ki müstehcen bir ürün çoğunlukla cinsel davranış ile fiziki mahremiyeti birlikte içinde barındırabilmektedir. Bununla birlikte ürünün müstehcen olması için iki unsur birlikte içinde

⁵⁵ **Kangal**, s.17; **İnci**, s.26; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6742.

⁵⁶ **Kangal**, s. 28; **İnci**, s.36; Yazar çalışmasında Yargıtay kararlarının da aynı doğrultuda olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık yazarın atf yaptığı kararlarda (4.CD, E.2008/20499, K.2010/19861/, T.01.12.2010; teşhircilik fiilinin aleniyet unsuru gerçekleşmediği gibi Yargıtay'ın davranışta cinsel bir içerik bulunmamasından bahisle bir karar vermesi de söz konusu değildir. **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökcan**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin /**Çakır**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, 16.Baskı, Ankara, s.593. Nitekim Yargıtay bir kararında idrar yapma eylemi açısından hayasızca hareketler suçunun değerlendirilmemesini bozma nedeni yapmıştır: “*Sanığın evinin balkonuna çıkarak katılanların evine doğru idrarını yapma şeklindeki eyleminin TCK'nın 225. maddesinde düzenlenmiş olan hayasızca hareketler suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılıp değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi...*” 18.CD, E. 2015/42285, K. 2017/15146, T.19.12.2017. “*Sanığın gündüz vakti, merkezi konumda olan bir parkta, herkesin görebileceği bir şekilde cinsel organını çıkarıp tuvaletini yapmak şeklindeki eyleminin atılı suçun unsurlarını oluşturması...*” 18.CD, E.2015/43432, K.2017/10939, T.16.10.2017. Buna karşılık Yargıtay bir kararında teşhircilik fiilinde failin cinsel amaçla hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir: “*Sanığın Şüküroğulları Pastahanesinde bulunduğu sırada alkollü halde aynı işyerine ait olan inşaat halindeki yere girip küçük tuvaletini yapması şeklinde gerçekleşen eyleminde, ne şekilde cinsel amaçla davranarak alenen teşhircilik yaptığı açıklanmadan yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulması...*” 18.CD, E.2018/7821, K.2019/17002, 03.12.2019. İfade edelim ki son kararda da tartışılması gereken husus aslında fiilin aleniyetidir.

⁵⁷ **Dönmezer**, s.140; Buna karşılık öğretide deniz kenarında göğüslerin açık bir şekilde güneşlenmenin bu suçu oluşturmayacağı savunulmaktadır. **Kangal**, s.30; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6744. Kanaatimizce bu husus aleniyetle ilgilidir. Genel bir plajda (halk plajı gibi) bu şekilde bir hareketin yapılması durumunda hayasızca hareketler suçu oluşacaktır.

barındırması zorunlu değildir. Unsurlardan yalnızca birisini barındıran ürünler de müstehcen niteliktedir.

1.2.4. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Çocuk Mahremiyeti

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, ikinci kısım altıncı bölümünde; dört maddede (102, 103, 104 ve 105) düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden cinsel saldırı başlığını taşıyan 102.madde TCK'ya göre çocuk olmayan kişilerin hukuken geçerli rızaları bulunmaksızın, vücut dokunulmazlıklarının cinsel tatmin amacıyla ihlal edilmesi fiillerini cezalandırmaktadır. Buna karşılık cinsel istismar başlıklı 103.maddede düzenlenen suçun mağduru ancak çocuklar olabilmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104.maddede mağdur, 15-18 yaş arasındaki bir çocuktur. 105.maddede düzenlenen cinsel taciz suçunun mağduru ise kural olarak herkes olabilmektedir.

TCK'nın 6.maddesi çerçevesinde 18 yaşını doldurmamış herkes çocuk olarak kabul edilecektir. Bu çerçevede 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan veya 15 yaşını tamamlamamış olan kişilere karşı ika edilen cinsel motifli davranışlar çocuğun cinsel istismarı ve yahut cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilecektir. TCK'nın 102.maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için kanun metni açıkça vücut dokunulmazlığının ihlalini aramıştır. Buna karşılık 103.madde düzenlemesi tipik fiili çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi şeklinde tanımlamıştır. Cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiği ise suçun mağduru olabilecek çocuklar iki gruba ayrılarak açıklanmıştır:

“15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış.”

Yukarıda da ifade edildiği üzere bu yaş grubu çocuklara karşı cinsel eylemde bulunulması kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Bu nedenle çocukların kendilerine karşı gerçekleştirilen fiillere rıza göstermiş olmaları bu suçun oluşumu açısından önemli değildir.

“Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar”

Bu grup mağdur çocukların kendilerine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza göstermeleri suçun oluşumunu engelleyeceği kabul edilmiştir. Buna karşılık bu tanımlamada da cinsel davranışın temas gerektiren bir davranış olması gerekliliğine ilişkin bir belirleme mevcut değildir.

Bu tanımlamalar nedeniyle öğretilerde cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için çocuğun vücuduna bir temasın bulunmasının şart olup olmadığı tartışılmıştır. Fakat 6545 sayılı Kanunun⁵⁸ 105.maddesinin 1.fikrasına eklediği cümle ile cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği açıkça kabul edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları ile cinsel taciz suçları arasındaki ayrım ölçütünün **fiziksel temas** olduğu belirtilmiştir. Söz konusu değişiklikten sonra öğretilerde cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel temasın gerekli olduğu yönündeki

⁵⁸ RG: 28.06.2014/29044.

görüş hakim olmuştur. Bu nedenle öğretilerde bu hususta ileri sürülen görüşleri 6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten öncesi ve sonrası şeklinde gruplandırmak yerinde olacaktır.

6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten öncesi dönemde öğretilerde ileri sürülen görüşleri üç grup içerisinde toplayabilmek mümkündür. Bir grup yazarlar çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı, cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirmektedir. Bu görüşe göre cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için temas gerekli değildir. Çocuğa yönelik temas gerektirmeyen cinsel davranışlarla birlikte her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle çocuklara yönelik temasın gerekli olmadığı cinsel davranışların gerçekleştirilmesi, cinsel taciz suçunu oluşturmayacaktır. Bu görüşe göre çocuklara karşı cinsel taciz suçunun işlenebilmesi mümkün değildir⁵⁹.

Bazı yazarlar ise cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için mutlak bir şekilde vücuda temasta bulunan bir cinsel davranışı aramaktadırlar⁶⁰. Bu yazarlara göre cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasında ayırım ölçütünü fiziksel temas oluşturmaktadır. Yargı içtihatlarının bu dönemde bu görüş çerçevesinde şekillendiği görülmektedir⁶¹.

Buna karşılık diğer bir grup yazarlar cinsel istismar suçunun işlenmesi için her halükarda temas gerektiren bir cinsel davranış aramamakla birlikte çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olabileceğini de kabul etmişlerdir. Bir görüşe göre çocukların gizlice çıplak hallerinin izlenmesi ve yahut zorla üzerlerinin çıkartılarak izlenmesi gibi istismar kastı ile hareket edilen hallerde çocuğun

⁵⁹ **Kaya**, Murat, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 52., s.107-109; **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2013, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.356-357. “*Tezcan/Erdem/Önok*” olması gereken hukuk açısından çocuklara karşı fiziksel temas gerektirmeyen cinsel taciz suçu kapsamında cezalandırılması gerektiğini ancak pozitif düzenlemelerin çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışı cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirdiğini ifade etmiştir. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan /**Önok**, R. Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2008, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.319-320.

⁶⁰ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2008, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.238; **Dursun**, s.61.

⁶¹ “Sanık ...'un mağdureye yönelik 10.11.2008 tarihinden yaklaşık 15 gün önce gerçekleştirdiği ilk eyleminde, mağdurenin yalnız bulunduğu sırada evlerine gelerek babasını sorduğu, evde başka kimsenin olmadığını öğrenince mağdureye “senin a...na koyacağım, benimle birlikte olursan sana nikah kıyarım, yoksa seni öldürürüm” şeklinde sözler söyledikten sonra, pantolonunun fermuarını açıp dışarı çıkardığı cinsel organı ile bir süre oynadığı, mağdurenin eline sopa alarak çıkmasını istemesi üzerine de evden ayrıldığı belirtilmesi karşısında, sanığın bedensel temas içermeyen bu eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek ek savunma hakkı tanındıktan sonra TCK'nın 105/1. maddesine göre cezalandırılması gerekirken...” 14.CD, E.2012/11154, K.2012/10354, T. 30.10.2012; “Sanığın, köy camisinin yanında bulunan mağdurenin pantolonunu indirtip ve üzerindeki eşofmanını kaldırtıp hiçbir bedensel temas olmaksızın cinsel organına ve göğüslerine bakmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” 14. CD E.2011/5751, K.2012/9819, T.11.10.2012; “Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı anlatımları, bu anlatımlarını doğrulayan annesi Çilem'in beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay tarihinde cinsel amaçlı olarak mağdurenin boynundan ve yanaklarından öptüğü, bir kaç gün sonra yine öpmek istemesi üzerine mağdurenin alerjisi olduğunu bahane ederek izin vermemesi üzerine sanığın “O zaman ben de göğsünden ve karnından öperim” demesi şeklinde gerçekleşen olaylarda sanığın ikinci eyleminin bedensel temas içermeyip müstakil olarak cinsel taciz suçunu oluşturduğu, bu şekilde kabul olunan eylemleri nedeniyle TCK'nın 105/1 ve 103/1. maddelerinden ayrı ayrı cezalandırılması yerine sanığın eylemlerinin bütün halinde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu zincirleme şekilde oluşturduğu kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” 14.CD E.2013/3666, K.2014/326, T.16.01.2014.

cinsel istismarı söz konusudur. Bununla birlikte istismar kastı taşımayan söz atma gibi eylemler cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁶².

6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten sonraki dönemde ise cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenemeyeceği düşüncesinin savunulabilme imkânı kalmamıştır. Nitekim bu görüşte olan yazarların yeni düzenlemeyi eleştirmekle birlikte cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel bir temasın varlığını aradıkları görülmektedir⁶³.

Buna karşılık öğretide çocuklara karşı cinsel taciz suçunun işlenebileceğini kabul eden ancak cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel teması şart olarak görmeyen görüşte olan yazarların da bu değişiklikten sonra cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiziksel teması şart olarak kabul etmişlerdir⁶⁴. Bu itibarla TCK'nın 105.maddesinin 1.cümlesine eklenen düzenleme ile cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel teması gerekli gören görüş öğretide hâkim olmuştur.

Uluslararası düzenlemeler tamamen çocukların cinsel dokunulmazlıklarını göz önünde bulundurmuş, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşılık Lanzarote Sözleşmesinde ve 2011/93/EU sayılı direktifte fiziksel temas gerektirmeyen bir takım fiillerin ayrıca tanımlandıkları görülmektedir. Lanzarote Sözleşmesinde çocuğun cinsel istismara veya cinsel faaliyetlere kasten tanık olmasına neden olunması ayrıca tanımlanmıştır (m.22). Keza kasten çocukları pornografik bir gösteriye katılmasına neden olma, çocuğu pornografik gösteriye katılmaya zorlamak, çocuğun katıldığı pornografik gösteriye katılmak gibi aslında çocukla teması gerektirmeyen fiillerin ayrıca tanımlandığı görülmektedir (m.21). 2011/93/EU sayılı direktifte de çocuğun cinsel istismarına ilişkin eylemlerin daha ayrıntılı bir şekilde tasnif edildiği görülmektedir. Direktif bu eylemleri üç gruba ayırmıştır. Üçüncü madde düzenlemesinde cinsel istismar (sexual abuse) teşkil eden fiiller belirtilmiştir. Düzenlemede çocuğu bilerek cinsel bir eyleme tanık etme (f.2), çocuğu bilerek cinsel istismar fiiline tanık etme (f.3), çocukla cinsel davranışlarda bulunma fiilleri yer almaktadır (f.4,5,6). Dördüncü madde düzenlemesi çocukların cinsel suiistimaline (sexual exploitation) ilişkindir. Bu düzenlemede çocukların katıldığı pornografik gösterilere (f.2,3,4) ve çocuk fuhşuna ilişkin düzenlemeler (f.5,6,7) yer almaktadır. Beşinci madde düzenlemesinde ise çocuk pornografisine ilişkin suçlar yer almaktadır. Belirtelim ki düzenlenen bu suçlardan bazılarının TCK'da doğrudan bir karşılığı yoktur. Örneğin çocuğun pornografik gösterilere katılımını sağlama veya çocuğun katıldığı pornografik gösterilere katılma TCK'da doğrudan karşılığı bulunan düzenlemeler değildir. Bununla birlikte tanımlanan bütün fiillerin TCK çerçevesinde cezalandırılabilmesi de belirtilmelidir. Ancak bu fiillerin 103.madde mi yoksa 105.madde mi çerçevesinde cezalandırılacağı çözümlenmesi gereken bir sorundur.

⁶² **Üzülmez**, s.30-31.

⁶³ **Tezcan/Erdem/Önok**, (17), s.433-434.

⁶⁴ **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.356-357. Ancak "*Özbek/Koray/Doğan*" 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra da cinsel istismar suçu açısından bedensel temasın şart olarak görülmemesi gerektiğini savunmaya devam etmektedirler. **Özbek/Koray/Doğan**, s.360-361; Keza "*Özgenç*" 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın fiziksel temas olsun olmasın cinsel istismar suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Buna karşılık yazara göre 15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı gerçekleştirilen fiziksel temas içermeyen cinsel davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. **Özgenç**, Cinsel Suçlar, s.261-263.

Öncelikle belirtilmelidir ki cinsel taciz fiilinin çocuklara karşı işlenemeyeceğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşü, 6545 sayılı Kanunun TCK'nın 105.maddesine eklediği cümle ile savunulabilme imkanı kalmamıştır. Düzenleme açıkça çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru olabileceğini belirtmektedir. Buna karşılık cinsel istismar suçunun işlenmesinde hüküm lafzının halen fiziksel bir temasın gerekliliğini tanımlamadığı ifade edilmelidir. Cinsel istismar suçu 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı her türlü cinsel davranışla işlenebilecektir. Keza diğer çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Cinsel davranış, cinsel duygularla icra edilen ve bu duyguları tatmin etmeye yönelik davranışlardır. Cinsel davranış niteliğindeki hareketlerin fiziksel temas gerektirmesi zorunlu değildir. Bakma, koklama gibi temas gerektirmeyen ancak cinsel duyguları tatmine yönelik davranışlar da cinsel davranış olarak kabul edilebilecektir. Bu itibarla yalnızca 103.maddenin lafzına bakarak cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel temasın gerekli olduğu yönünde bir yorum getirebilmek mümkün değildir.

103.maddenin sistematüğinde öncelikle çocukları cinsel yönden istismar eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş sonrasında cinsel istismar kavramından anlaşılması gereken tanımlanmak suretiyle tipik fiil ortaya konulmaya çalışılmıştır. İstismar TDK sözlüğünde “*birinin iyi niyetini kullanma*”, “*sömürme*” olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla çocuklara yönelik gerçekleştirilen ve çocuğun cinsel yönden sömürülmesine neden olan cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Kanaatimizce çocuğun cinsel yönden sömürülmesi, onun cinsel nitelik arz edebileceği değerlerinin, cinsel duyguların tatmini amacıyla kullanılması olarak kabul edilmelidir⁶⁵. Bu nitelikte olmayan cinsel davranışların ise cinsel taciz suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir. Ancak hangi davranışların çocuğun cinsel nitelik arz eden değerlerinin cinsel duyguları tatmin amacıyla kullanılması anlamına geleceğinin de açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasındaki ayrım kıstasını da oluşturacaktır. Kanun gerekçesi çocuğun bedenine yönelik temas niteliğinde olan davranışları çocuğun cinsel yönden sömürüsü olarak kabul etmiş, bunun haricindeki cinsel davranışları ise cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirmiştir.

Belirtmelidir ki 6545 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme sonrasında 103.maddenin hangi cinsel davranışların çocuğun cinsel yönden sömürüsü anlamına geldiğini açıkça belirlemesi gerekmektedir. 103.maddenin lafzı mevcut hali ile bu gerekliliği karşılayamamaktadır. Bu nedenle hangi cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturacağı bir yorum sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için temas şartının kabul edilmesinin birtakım sorunları da beraberinde getirebileceğini ifade etmemiz gerekmektedir. Cinsel taciz suçunda TCK, cinsel eylemde bulunabilme yaşına ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuğun cinsel taciz eylemlerine rıza göstermesi halinde ne şekilde hareket edileceği belirsizdir⁶⁶. Keza bir çocuğun pornografik bir gösteri yapmaya zorlanması halinde de cinsel taciz suçundan cezalandırılma söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda altı aydan üç yıla kadar bir ceza sorumluluğu

⁶⁵ Özbek, s.119.

⁶⁶ Kanaatimizce çocukların cinsel taciz fiiline gösterecekleri rızanın hukuki bir etkisi söz konusu değildir. Bkz. s.9-10'da bulunan açıklamalar.

söz konusu olacaktır. Halbuki Direktif cinsel eylemde bulunma yaşına gelmemiş çocuğun zorla pornografik gösteriye dahil eden kişiye en az sekiz yıl hapis cezası verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar Direktif, hukukumuz açısından bağlayıcı olmasa da böyle bir fiile verilecek ceza ağırlığı bakımından TCK'nın cinsel taciz düzenlemesinin yetersiz olduğunu göstermektedir.

Kanaatimizce çocuklara karşı işlenen cinsel bir fiilin cezalandırılması yetişkinlere ilişkin cinsel fiillerin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemelerden tamamen ayrılmalıdır. Zira çocukların cinsel dokunulmazlıkların mahiyeti, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarının mahiyetinden farklıdır. Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar arasında temas unsuruna dayanan bir farklılık oluşturulabilir. Ancak bu yapılırken çeşitli fiillere ilişkin detaylı tanımlamalar da yapılmalıdır. Örneğin bu kapsamda çocukların pornografik gösterilere katılması veyahut çocukların pornografik gösteriye katılma ayrıca tanımlanmalıdır. TCK'nın çocuklarla yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları aynı madde içerisinde cezalandırması doğru olmamıştır.

Belirtelim ki temas olmaksızın da bir kişinin cinsel yönde vücudunun dokunulmazlığı ihlal edilebilir. Örneğin bir kız çocuğunun cinsel organlarının zorla açtırılıp seyredildiği durumda vücut dokunulmazlığı temas olmaksızın ihlal edilmiştir. Zira böyle bir durumda çocuğun vücudu üzerinde bir tasarruf vardır ve fail çocuğun vücudu ile kendini cinsel yönden tatmin etmektedir. Bu belirlemeler çerçevesinde kanaatimizce çocuğun vücudunun konu edinildiği bütün davranışların cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu itibarla çocuğun pornografik bir gösteride yer alması, böyle bir gösteriye bilerek katılma fiilleri cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirilmelidir. Keza çocuğun müstehcen görüntülerinin cinsel tatmin amacı ile kaydedilmesi de bu çerçevede cinsel istismar suçu içerisinde kabul edilmelidir. Bunun haricinde çocukların vücudundan cinsel yönden yararlanma anlamını taşımayan, cinsel organ gösterme, söz atma gibi eylemler cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilebilir⁶⁷.

2. Uygulama Örnekleri ve Suçlar Arasındaki İltima İlişkisi

Çocuğun mahrem görüntülerinin kaydedilmesi hususunun öncelikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Henüz 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını idrak edemeyen bir çocuğa yönelik her türlü cinsel davranışın cinsel istismar suçu (m.103) içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte mevzuatımız 15 yaşını tamamlamış çocukların göstereceği rızaya da ancak evlilik içi ilişkiler açısından hukuki geçerlilik tanımaktadır. Bu istisna dışında 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun cinsel tatmin amacıyla rızasına binaen 18 yaşını tamamlamış birisi tarafından kullanılması reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak çocuğun rızasının olmadığı durumlarda (failin cebir veya tehdit kullanması) cezalandırma yine cinsel istismar suçundan gerçekleştirilecektir⁶⁸.

Yukarıda da kabul ettiğimiz şekilde bir çocuğun vücudundan cinsel yönden yararlanma anlamını taşıyan bütün hareketlerin cinsel istismar içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla

⁶⁷ Nitekim Direktifte çocuğu cinsel bir eyleme tanık olmasına neden olma en az bir yıl, cinsel istismara tanık olmasına neden olma fiili ise en az iki yıl ceza ile cezalandırılmaktadır. TCK'nın cinsel tacize ilişkin düzenlemesi Direktifin gerekliliklerini karşılamaktadır.

⁶⁸ **Özgenç**, İlgilinin Rızası, s.277.

çocuğun fiziki mahremiyetinin izlenmesi cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bunun için failin cinsel tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmektedir. Buna karşılık uygulamada bu tarz eylemler cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilmektedir⁶⁹.

Yetişkin bir kişinin cinsel tatmin amacıyla 15 yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılayan bir çocuğun rızasına binaen fiziksel mahremiyetini izlemesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur. Fail, şikâyet üzerine cezalandırılabilir. Buna karşılık uygulamada öğretideki hâkim görüş doğrultusunda ancak cinsel organ duhulünün bulunduğu durumlarda reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yoluna gidilmemektedir.

Failin bir çocuğun toplumun genel ahlakına göre mahrem olan görüntülerini kaydetmesi aynı zamanda müstehcenlik suçunu da oluşturur. Ancak burada görüntü kaydı işleminin cinsel istismar fiilinden bağımsız olduğu hususuna dikkat edilmelidir. Çocuğun soyularak çıplak halinin gözlenmesi cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Failin ayrıca söz konusu görüntüleri kaydetmesi müstehcenlik suçuna vücut veren ikinci bir harekettir. Bu nedenle cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile müstehcenlik suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır⁷⁰.

Yargı kararına konu olan bazı olaylarda çocuğun müstehcen görüntüleri üçüncü kişilerle paylaşmakta veya sosyal medya gibi mecralarda ifşa edilebilmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması suç olduğu gibi bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da **başkalarının kullanımına sunulması** da cezalandırılmaktadır. Bu kapsamda TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında iki farklı suç tipi düzenlenmiştir. Söz konusu ürünleri üçüncü kişilerle paylaşan fail ayrıca fıkranın 2.cümlesinde düzenlenen suç nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Müstehcen ürünleri üreten failin, bu ürünleri başkalarının kullanımına sunması halinde iki suçtan ötürü gerçek içtima hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır⁷¹. Ancak failin sadece kendi ürettiği müstehcen ürünleri buldurması ayrıca

⁶⁹ Bkz. 61 nolu dipnot. Bursa 2.Çocuk Mahkemesinin 2012/288 E. 2013/322 K. sayılı kararına konu olan olayda fail, 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun çıplak görüntülerini ele geçirmiş, mağdurun kendisi ile cinsel ilişki kurmadığı takdirde görüntüleri ifşa edeceği tehdidinde bulunmuştur. Mağdurun cinsel ilişkiye girme teklifini reddetmesi üzerine bu sefer mağdurdan çıplak pozlar vermesini istemiştir. Mağdur bu teklifi kabul etmiştir. Fail mağdurun verdiği çıplak pozları bilgisayar ortamında kaydetmiş, sonrasında bu görüntüleri ifşa etme tehdidi ile mağdurdan maddi menfaat temin etmiştir. İlk derece mahkemesi somut olayda görüntülerin müstehcen nitelikte olmadığından bahisle müstehcenlik suçundan beraat kararı vermiş, faili şantaj ve **cinsel istismar** suçlarından mahkum etmiştir. Yargıtay, E.2019/1725, K.2019/13452 sayılı kararında failin eyleminin müstehcenlik suçunu da oluşturduğundan bahisle kararı bozmuştur. Somut olayda mağdurla gerçekleştirilen herhangi bir temas bulunmamasına ve ilk derece mahkemesinin cinsel istismar suçundan hüküm kurmasına rağmen Yargıtay'ın bunu bozma nedeni yapmaması dikkat çekmektedir. (Karar Tarihi: 19.12.2019).

⁷⁰ **Özgeç**, İlgilinin Rızası, s.275-276. **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.445; **Özbek**, s.140; Fakat yazar müstehcen ürün üreten kişinin eyleminin aynı zamanda cinsel istismar kabul edildiği hallerde (failin ürün üretmekten başka bir eylemde bulunmadığı hallerde) fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

⁷¹ **Özbek**, s.140; **Hafızoğulları/Özen**, Toplum Karşı Suçlar, s.340; "... *İnternet Cafe*" adlı iş yerinin işleticisi olan sanığın, iş yerine ait tuvalet içerisine yerleştirdiği gizli kamera düzeneğiyle, ihtiyacını gidermek üzere buraya giren küçük yaşta kız çocukların müstehcen görüntülerini kaydederek, daha sonra bu görüntüleri Cd haline getirmek suretiyle, sayısız kişilere satışını yaptığının anlaşılması karşısında, sanığın, çocuklara ilişkin müstehcen görüntüleri üretmesi ve bu ürettiği ürünleri satması eylemlerinin, ayrı suç oluşturup, anılan Kanun maddesinin her iki cümlesi gereğince sanığın ayrı ayrı cezalandırılması yerine, TCK'nın 44. maddesinde

cezalandırılmamalıdır. Müstehcen ürünleri üreterek gerçekleştirilen hukuki değer ihlali 226.maddenin 3.fıkrasının 1.cümlesinde gerçekleştirilen cezalandırma ile karşılanmaktadır. Bu itibarla sadece kendi ürettiği müstehcen ürünleri bulundurma fiili sonraki cezalandırılmayan bir eylem⁷² olarak değerlendirilmelidir.

Keza 226.maddenin 5.fıkrasında da farklı bir suç tanımlanmıştır⁷³. Bu fıkra hükmünde çocuk müstehcenliğinin söz konusu olduğu ürünlerin basın yayın yoluyla yayımlayan veya görüntülerin çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu suç tipi ile 226.maddenin 3.fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen suç tipi arasından farklı neviden fikri içtima ilişkisi söz konusu olabilecektir. Örneğin çocuk müstehcenliği içeren ürünleri, çocuklara satılması halinde fail bu iki suçtan da sorumlu tutulacak fakat farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince ağır cezayı gerektiren suç tipinden cezalandırılacaktır. Yine bu ürünleri basın yayın yolu ile yayımlayan fail hakkında da aynı şekilde iki suç tipinden farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre cezalandırma yapılacaktır.

Çocuğun mahrem görüntüleri onun özel hayatına ilişkindir. Bu görüntülerin yetkisiz kişilerce kaydedilmesi veya yetkisiz üçüncü kişilere ifşası halinde özel hayatın gizliliğinin ihlal suçlarını (m.134/1, 2) oluşacağı da belirtilmelidir. Sırf mahrem görüntülerin kaydı 134.maddenin 1.fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bu suçun 226.maddenin 3.fıkrasının 1.cümlesinde düzenlenen çocuk müstehcenliği suçu ile farklı neviden fikri içtima ilişkisine gireceği kabul edilmelidir⁷⁴. Diğer taraftan bu görüntülerin ifşa edilmesi 134.maddenin 2.fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bu suç tipi de 226.maddenin 3.fıkrasının 2.cümlesinde düzenlenen suç tipi ve 226.maddenin 5.fıkra hükmünde düzenlenen suç tipi ile farklı neviden fikri içtima ilişkisine girecektir⁷⁵.

düzenlenen fikri içtima hükümleri gereğince, yazılı biçimde hüküm kurulmuş ise de, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma yapılamayacağı...”, 18.CD, E. 2015/45221, K.2018/3497 T.13.03.2018.

⁷² Kavram için bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s.773-775.

⁷³ TCK m.226 gerekçesi.

⁷⁴ Özel Norm-Genel Norm ilişkisi çerçevesinde sadece müstehcenlik suçundan cezalandırma yoluna gidileceğine dair bkz. **Özgenç**, İlgilinin Rızası, s.276.

⁷⁵ “Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin yarı çıplak fotoğrafını, onun bilgisi ve rızası dışında ifşa eden 14 yaşındaki suça sürüklenen çocuğun eyleminde TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında tanımlanan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, 14 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntüsünü, internet üzerinden yayımlayan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 226/5. madde ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, **TCK'nın 44. maddesi gereğince**, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekirken, mağdura ait fotoğrafların onun rızası olmaksızın internette yayımlandığı kabul edilmesine rağmen mağdurun yaşı ve tespit edilen fotoğrafların özellikleri dikkate alınmaksızın, eylem sadece görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması...” 12. CD E.2019/4170, K.2019/11965 T.18.12.2019; “Mağdurla öpüşükleri ana ilişkin fotoğrafları onunla beraberken açtıkları facebook hesabı üzerinden yayımlamak ve mağdurun çıplak fotoğraflarını başkalarına mesaj olarak göndermek suretiyle mağdurun cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin özel görüntülerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ifşa eden sanığın eylemlerinde zincirleme şekilde TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki 17 yaşında iken çekilmiş çıplak görüntülerini, kullanıcı olduğu facebook adlı sosyal paylaşım

SONUÇ

Her ne kadar öğretilerde cinsel eylemde bulunma bir özgürlük meselesi olarak kabul edilse de çocukların cinsel deneyimler yaşaması fiziksel ve psikolojik gelişimleri açısından yıkıcı olabilecektir. Dolayısıyla gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse TCK'da çocukların cinsel dokunulmazlıklarının mahiyeti, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarına göre farklı belirlenmiştir. Yetişkinlerin cinsel dokunulmazlığı, cinsel tercih özgürlükleri ile sınırları belirlenen bir dokunulmazlıktır. Çocukların cinsel dokunulmazlığı ise bir başkası ile cinsel bir deneyim yaşamamalarını sağlamak maksadını gütmektedir. Bu itibarla hukuk düzeninin ancak fiziksel ve ruhsal olarak cinsel eylemde bulunabileceği kabul edilebilen kişilerin cinsel tercih özgürlükleri çerçevesinde hareket edebileceklerini kabul etmesi gerekmektedir.

TCK, 15 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel bir eylem için fiziksel ve ruhsal olarak yeterince gelişmediklerini mutlak bir şekilde kabul etmektedir. Bu nedenle bu yaş grubu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel eylem cezai yaptırım gerektirmektedir. Keza 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocukların da cinsel eylem için en azından ruhsal yönden yeterince gelişmedikleri TCK tarafından kabul edilmektedir. Buna karşılık 15 yaşını tamamlamış diğer çocukların cinsel olarak belirli bir olgunluğa eriştikleri göz önünde tutulmuş ve bu nedenle bu çocukların cinsel dokunulmazlıklarının mahiyeti daha farklı bir şekilde belirlenmiştir. Bu yaş grubundaki çocukların belirli bir olgunluğa sahip olmalarına rağmen yaşam tecrübelerinin olmaması, icra edecekleri fiilin sonuçlarını tam olarak kavrayamamaları yetişkinler tarafından suiistimal edilebilmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle yetişkinlerin bu yaş grubu çocuklara yönelik cinsel davranışlarda bulunması TCK'da suç olarak tanımlanmıştır (m.104/1). Bu yaş grubunda bulunan çocukların ancak hukuken belirli şartların sağlanması halinde cinsel eyleme rıza gösterebilecekleri kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundaki “cinsel ilişki” kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Çocukların yetişkinler tarafından tecrübesizliklerinin kullanılarak cinsel yönden sömürülmesinin yalnızca “cinsel organa cinsel organ duhulü ile sınırlandırılmasını doğru bir yaklaşım olarak görmemekteyiz.

Uluslararası belgelerde çocukların cinsel dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler, açık bir şekilde çocukları koruma amacı gütmektedir. Buna karşılık TCK'da yer alan düzenlemeler de çocukların korunması amacını gütmesine rağmen müstehcenlik suçu açısından çocuğun cinsel dokunulmazlığının yanı sıra genel ahlakın korunması da amaçlanmıştır. 226.maddenin 3.fıkra düzenlemesi, maddenin diğer fıkralarında düzenlenen suç tiplerinden ayrılmaktadır. Bu hüküm,

sitesi üzerinden 15.09.2014 tarihinde yayımlayan sanığın, anılan tarihte gerçekleşen eylemi açısından, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra TCK'nun 226/5. madde ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği anlaşılmakla, sanık hakkında 15.09.2014 tarihli eylemi ile ilgili olarak TCK'nun 44/1. madde ve fıkrasında düzenlenen fikri içtima kapsamında daha ağır cezayı gerektiren TCK'nun 226/5. madde ve fıkrasındaki müstehcenlik suçundan ayrıca mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği gözetilmeksizin, yalnızca zincirleme şekilde görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, aleyhe temyiz bulunmadığından, bozma nedeni olarak kabul edilmemiştir.” 12.CD E.2019/458 K.2019/10824 T. 13.11.2019.

müstehcen ürün üretiminde **çocukların kullanılmasını** yasaklamak suretiyle açıkça çocukların cinsel dokunulmazlığını korumayı da hedeflemektedir.

Ancak bu hükmün aynı zamanda genel ahlakı koruma amacının olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle çocukların fiziki mahremiyetlerinin görüntülenmesinin suç teşkil edebilmesi için failin cinsel bir maksatla hareket etmesi şart değildir. “Müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramından farklı olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Müstehcenlik normatif bir kavram olup içeriğinin belirlenmesinde TCK’nın 225. ve 226.madde gerekçelerinde bulunan açıklamaların dikkate alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bir ürünün müstehcen olabilmesi için ya cinsel bir davranış içeriğinin olması ve yahut da fiziki mahremiyeti ortaya koyması gerekmektedir. Çoğu olayda bu iki unsurun da müstehcen ürünün içeriğinde bulunduğu belirtilmelidir. Ayrıca bu içeriğin toplumun **ortak** ar, haya ve edep duygularını da incitiyor olması gerekmektedir.

Bir çocuğun üstündeki kıyafetlerinin çıkarılması ve fiziki mahremiyetinin cinsel amaçla gözetlenmesi ona karşı gerçekleştirilen cinsel bir eylemdir. Bu eyleme çocuğun rızasının bulunmadığı hallerde çocuğun cinsel istismarı suçu (TCK m.103) oluşacaktır. Keza 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun eyleme göstereceği rıza hukuken bir sonuç doğurmayacağı için rızası bulunsa dahi yine çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ancak 15 yaşını tamamlayan bir çocuğun cinsel dokunulmazlığının mahiyetinde bulunan farklılık nedeni ile göstereceği rıza farklı bir suç tipinin oluşmasına neden olacaktır. Kanaatimizce bu eylem yetişkin bir kişi tarafından icra ediliyorsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.

Çocuk müstehcenliği (TCK m.226/3) suçunun oluşumu açısından ise çocuğu göstereceği rızanın suçun oluşumuna herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Bu itibarla 18 yaşını tamamlamamış bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması her halükarda müstehcenlik suçunu oluşturacaktır. Keza müstehcenlik suçuna nazaran genel norm olarak kabul edilen özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m.134/1-2) suçu açısından da aynı sonuca ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.40, s.265-288.
- AKBULUT**, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AKSAKAL**, Enver: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.2, S.88, s.257-275.
- AKYÜREK**, Güçlü: *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2014, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ARSLANTÜRK**, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2019, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin /**ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, 16.Baskı, Ankara.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2008, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN**, Murat: *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 2018, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- DÖNMEZER**, Sulhi: *Genel Ahlak ve Adap Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, 1975, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- DURSUN**, Selman: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9. S.24, s.57-73.
- EKİCİ ŞAHİN**, Meral: *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- GEYRAN**, Pakize Çervatoğlu/**ÖZDEMİR**, Füsun/**UYGUR**, Niyazi, “Teşhircilik”te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, S.7, s.25-29.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 2016, 5.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar*, 2017 3.Baskı, US-A Yayıncılık Ankara.
- HAKERİ**, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 22.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- İNCİ**, Zekiye Özen: Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.16, S.2, s.17-69.
- KARTAL**, Pınar Memiş: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.65, s.2083-2100.
- KANGAL**, Zeynel Temel: Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.14, S.39, s.9-40.

- KAYA**, Murat: Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 52, s.103-109.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2019, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KÖKSAL**, Atacan: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.2, Ankara 2015, s.687-726.
- ÖZBEK** Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2019, 14.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2013, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK**, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), 2009, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,
- ÖZGENÇ**, İzzet: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.2, s.251-288.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.1, s.257-283.
- ÖZGENÇ**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019 15.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara.
- PELLET**, Alain, Conclusion and Entry into Force of Treaties, s.2 Reservations, Art.19 1969 Vienna Convention, Oxford Scholarly Authorities on International Law, Volume I, Part II.
- SOYASLAN**, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2016, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara.
- SEVÜK**, Handan Yokuş: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- TANER**, Fahri Gökcen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2017, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2019, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ÜZÜLMEZ, İlhan: Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s.25-42.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, 5.Cilt, 2014, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.