



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

12-15 YAŞ ARALIĞINDAKİ ÇOCUKLAR ARASINDA GERÇEKLEŞEN CİNSEL İLİŞKİLERİN VE BUNLARIN KAYDA ALINMASININ CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN 04.10.2022 TARİHLİ VE E. 2020/174, K. 2022/602 SAYILI KARARI

*An Evaluation of Sexual Intercourses Between Children That
Are Between the Ages of 12 and 15 and of the Recording of
Such Intercourses In Terms of Criminal Law: The Decision
of the General Assembly of Criminal Chambers of the Court
of Cassation, Dated 04.10.2022, Numbered E. 2020/174, K.
2022/602*

Yusuf ÖZEL*

Özet

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.10.2022 tarihli ve E. 2020/174, K. 2022/602 sayılı kararında 12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar arasında gerçekleşen cinsel

* Araştırma Görevlisi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye, E-Posta: yusufozel@karatekin.edu.tr. ORCID: 0000-0003-2024-7951.

• Atıf Şekli / Cite As: Özel Yusuf, “12-15 Yaş Aralığındaki Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel İlişkilerin ve Bunların Kayda Alınmasının Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 04.10.2022 Tarihli Ve E. 2020/174, K. 2022/602 Sayılı Kararı”, KİD, 3(1-2), 2024, s.61-90.

• İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilişkilere ilişkin önüne gelen somut olayda dava zamanışımının dolmuş olması gerekçesiyle, bu tür fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda karar vermemiştir. 14 yaşındaki iki çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girdikleri bu olayda, 14 yaşındaki başka bir çocuğun cinsel ilişkinin görüntülerini kaydettiği ve bu görüntüleri cinsel ilişkiye giren kız çocuğunu bilahare kendisiyle de cinsel ilişkiye girmesi için kullandığı iddia edilmektedir. Bu çalışmada somut olaya ilişkin çeşitli ihtimaller çerçevesinde çocukların cinsel istismarı, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, şantaj, tehdit ve müstehcenlik suçlarının gerçekleşmiş olup olmayacağı ve gerçekleşen suçlar arasında ortaya çıkabilecek içtima ilişkilerinin ne şekilde çözümleneceği ele alınacaktır.

Anahtar Kavramlar: *Çocuklar arasında cinsel ilişki, cinsel istismar, özel hayatın gizliliğini ihlal, şantaj, müstehcenlik.*

Abstract

In its decision dated 04.10.2022 and numbered E. 2020/174, K. 2022/602, the General Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation did not give a decision on whether sexual intercourses between children aged 12-15 can be punished or not, on the grounds that the statute of limitations has expired. The incident before the court is primarily related to two 14-year-old children consensually having sexual intercourse. However, it is alleged that another 14-year-old child had recorded the images of the sexual intercourse and used these images to force the girl to have sexual intercourse with him as well. In this study, by considering various possibilities regarding the concrete case, it will be examined whether the crimes of sexual abuse of children, violation of privacy, recording of personal data, blackmail, threat and obscenity will have occurred or not.

Keywords: *Sexual intercourse between children, sexual abuse, violation of privacy, blackmail, obscenity.*

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.10.2022 tarihli ve E. 2020/174 ve K. 2022/602 sayılı kararına konu olan olayda; 14 yaşındaki A, kız arkadaşı olan 14 yaşındaki C ile vücuduna organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girer. Daha sonra 14 yaşındaki B, C ile vücuduna organ sokmak suretiyle üç gün arayla iki kez cinsel ilişkiye girer.

II. BİLGİ

C, A ile zora dayalı olmaksızın cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiştir. C, B'nin kendisini telefonla arayarak elinde kendisinin A ile girdiği cinsel ilişkiye dair görüntü kayıtlarının bulunduğunu söyleyerek onunla da cinsel ilişkiye girmesini söylediğini ve bu nedenle 15 gün sonra yine B'nin kendisini telefonla arayıp cinsel ilişkiye girmek için belli bir yere gelmesini söylemesi üzerine B ile cinsel ilişkiye girdiğini iddia etmiştir.

B ile C'nin bir sosyal medya sitesi aracılığıyla gerçekleştirdikleri konuşmalar incelendiğinde, aralarında duygusal bir yakınlığın bulunduğu tespit edilmiştir. B'nin el konulan bilgisayarında ve cep telefonunda C'nin iddia ettiği türden bir kayıt bulunamamıştır. B ile C'nin ikinci kez cinsel ilişkiye girdikleri tarihten 25 gün sonra hastanede C hakkında düzenlenen raporda darp ve cebir izine rastlanılmadığı belirtilmiştir¹.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Somut olayla ilgili olarak çözümlenmesi gereken hukuki sorunlar şunlardır:

1) A ile C'nin cinsel ilişkiye girmiş olmaları, onların ceza hukuku sorumluluklarını gerektirir mi? Ceza hukuku sorumluluklarını gerektirmediği kabul edildiği takdirde bunun maddi ceza hukuku bakımından gerekçesi nedir ve bu durumda kişiler hakkında yürütülen ceza muhakemesinde hangi hükmün tesis edilmesi gerekir?

2) B'nin, A ile C'nin rızası dahilinde, onların girmiş oldukları cinsel

¹ Esasında somut olayda C'nin, B'nin kendisine karşı cebir uyguladığı yönünde bir iddiası da bulunmamaktadır. C yalnızca B'nin kendisini tehdit etmiş olması sebebiyle onunla cinsel ilişkiye girdiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu TCK'nın m. 103 (f. 4) hükmünde cinsel istismarın cebir veya tehditle işlenmesine ilişkin öngörölmüş olan nitelikli halin uygulanmaması gerektiğine dair kararını açıklarken hastanenin düzenlemiş olduğu bu rapora da değinmiştir.

ilişkiye dair görüntüler kaydetmesi suç teşkil eder mi?

3) B'nin, C'nin bilgisi ve rızası dışında, A ile C arasındaki cinsel ilişkiyi izleyip, cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmesi hangi suçu oluşturur? A ile B'nin bu suç bakımından müşterek fail olarak kabul edilmeleri mümkün müdür?

4) B'nin, A ile C arasındaki cinsel ilişkiye dair kaydettiği görüntüleri ifşa edeceğinden bahisle C'yi kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlaması hangi suç veya suçları oluşturur?

5) C, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmiş olsaydı ve bunları ifşa edeceğinden bahisle A'yı kendisiyle tekrar cinsel ilişkiye girmeye zorlamış olsaydı, hangi suçlar gerçekleşmiş olurdu?

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk derece mahkemesi, A'nın çocukların cinsel istismarı suçunu işlediğini ve bu suçun sonucunda C'nin ruh sağlığının bozulduğunu kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, m. 103 (f. 2), m. 103 (f. 6)², m. 31 (f. 2, son cümle) ve m. 62 hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmetmiştir. Ayrıca, B'nin de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini işlediğini ve bu suçun sonucunda C'nin ruh sağlığının bozulduğunu kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, m. 103 (f. 2), m. 103 (f. 4), m. 103 (f. 6), m. 43, m. 31 (f. 2, son cümle) ve m. 62 hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, oy çokluğu ile B'nin C'yi tehdit ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden TCK, m. 103 (f. 4) hükmünün uygulanmış olması, A ile B'nin mağdurun ruh sağlığının bozulabileceğini öngöremeyecek durumda olmalarına rağmen TCK, m. 103 (f. 6) hükmünün uygulanmış olması ve dolayısıyla A ile B hakkında fazla ceza tayin edilmiş olması nedenleriyle ilk derece mahkemesinin verdiği

² Suçun işlendiği ve yargılamanın yapıldığı tarihlerde TCK'nın m. 103 (f. 6) hükmünde çocukların cinsel istismarı suçunun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul edilmekteydi. 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle TCK m. 103'te değişiklik yapılarak söz konusu hüküm kaldırılmıştır. Bununla birlikte, yapılan değişiklik sanıklar lehine bir sonuç doğurmadığından kanun yolu incelemesinde ayrıca göz önünde bulundurulmamıştır. Söz konusu hükmün kaldırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Handan Yokuş Sevik, "6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", CKHD, 2015, 3 (2), s. 134-136.

hükümlerin bozulmasına karar vermiştir³.

Daire üyelerinden bir tanesi, 14 yaşındaki çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın, rıza ile cinsel ilişkiye girmelerinin cinsel istismar olarak değerlendirilmesinin, bir suçun faili ve mağdurunun aynı kişi olamayacağına ilişkin ceza hukuku ilkesine aykırı olacağını ve erkek çocuğu bakımından m. 103 (f. 2) hükmünün, kız çocuğu bakımından ise m. 103 (f. 1) hükmünün uygulanması gibi eşitliğe, adalete ve hakkaniyete aykırı uygulamalara neden olacağını, ayrıca kız çocuğunun erkek çocuğundan büyük olduğu hallerde istismarın tanımıyla uyuşmayacak durumların ortaya çıkacağını belirterek karşı oy kullanmıştır. Daire üyesi, A ile B'nin eylemlerinin cinsel istismar niteliğinde olmadığını belirterek haklarında beraat kararı verilmesi gerektiği görüşünde olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, mağdur ile aynı yaşta olup aynı zamanda eylemin mağduru durumunda bulunan A ile B hakkında mağdur ve fail sıfatlarının birleşmesi nedeniyle, çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalarının hakkaniyete ve eşitlik ilkesine aykırı olacağını, fail ile mağdur sıfatlarının birleşmesinin ceza hukuku prensiplerine aykırı olacağını, uygulamada cinsel ilişkinin aktif tarafının fail, pasif tarafının mağdur kabul edilerek sorunun çözümüne gidilmeye çalışılsa da, bu durumun yasal bir dayanağının bulunmadığını ve bu şekildeki bir ayrımın eşitlik ilkesinin ihlaline yol açacağını belirtmiş ve A ile B hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur⁴.

³ Dikkat edilmelidir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesi A ile B'nin çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılmalarında bir isabetsizlik görmemiş, yalnızca suçun yukarıda bahsedilen nitelikli hali ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin uygulanmasında isabetsizlik bulunduğuna karar vermiştir.

⁴ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bozma kararı üzerine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 308. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilmiş olan itiraz yetkisini kullanmıştır. Söz konusu madde CMK'nın "Kanun Yolları" başlıklı Altıncı Kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı Üçüncü Kısımında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının bir olağanüstü kanun yolu olduğunu kabul etmiştir. Olağan ve olağanüstü kanun yolları arasındaki ayrım ise hakkında kanun yoluna başvurulmuş hükmün kesinleşmiş veya kesinleşmemiş olmasına göre yapılmaktadır. Bu nedenle de ceza dairesinin bozma kararı verdiği hallerde henüz ortada kesinleşmiş bir hükmün varlığından bahsedilemeyeceğinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisini kullanamaması gerekir. Söz konusu yetki yalnızca ceza dairesinin hükmün kesinleşmesini sağlayan onama kararıyla sınırlı olarak kullanılabilir. Ancak somut olayda da görüldüğü üzere, Yargıtay CMK, m. 308 (f. 1)'de yer alan "Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün (02.03.2024 tarih ve 7499 sayılı Kanun ile hükümde yapılan değişiklik uyarınca; 01.06.2024 tarihinden

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, dava zamanaşımının dolmuş olması nedeniyle itirazın değişik gerekçeyle kabulüne, Daire'nin bozma kararının kaldırılmasına, ilk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılan kamu davalarının düşmesine karar vermiş ve bu nedenle 15 yaşından küçük çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın cinsel ilişkiye girmelerinin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

V. HUKUKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A) Aile C'nin Cinsel İlişkiye Girmiş Olmaları, Onların Ceza Hukuku Sorumluluklarını Gerekli mi? Ceza Hukuku Sorumluluklarını Gerektirmede Kabul Edildiği Takdirde Bunun Maddi Ceza Hukuku Bakımından Gerekçesi Nedir ve Bu Durumda Kişiler Hakkında Yürütülen Ceza Muhakemesinde Hangi Hükümün Tesis Edilmesi Gerekir?

Somut olayda hem A hem de C 14 yaşındadırlar. Bu nedenle, burada değerlendirilmesi gereken suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçudur. Söz konusu maddede, 15 yaşından küçük olan veya 15 yaşından büyük olmakla birlikte cinsel istismara ilişkin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocuğun "rızasıyla" gerçekleştirilmiş olsa bile suç olarak kabul edilmiştir⁵. Zira maddede belirtilen kategorinin kapsamına giren bir çocuğun cinsel istismar teşkil eden fiile yönelik geçerli bir rızasından söz edilememektedir⁶. Dolayısıyla, 15 yaşından küçük çocuklara karşı cinsel davranışlar gerçekleştirilmesi, çocuğun rızası bulunsu dahi, kural olarak suç teşkil etmektedir.

itibaren verilecek hükümler bakımından bir ay) içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. *Sanığın lehine itirazda süre aranmaz*" şeklindeki düzenlemede kararın onama veya bozma kararı olması bakımından bir sınırlandırmaya gidilmeksizin yalnızca "karar"dan söz edilmiş olması dolayısıyla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna gidebileceğini kabul etmektedir. Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 664 vd.

⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 394; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 400; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 385.

⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 380; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 400-401; Taner, s. 385.

Ancak aynı yaş grubunda bulunan, başka bir deyişle her ikisi de 12-15 yaş grubu içerisinde yer alan çocukların birbirlerine yönelik karşılıklı istek içerisinde gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar bakımından da aynı değerlendirmenin yapıp yapılamayacağı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Zira bu tür durumlarda aslında her iki çocuk bakımından da kanuni tanıma uygun davranışların gerçekleşmiş olduğu ileri sürülebilmektedir. Ayrıca kanuni tanımda faile ilişkin herhangi bir sınırlandırmada bulunulmamış olması karşısında, öğretide çocukların da bu suçun faili olabilecekleri haklı olarak dile getirilmektedir⁷. Dolayısıyla, bu tür durumlarda nasıl bir yol izleneceği çözümlenmesi gereken bir hukuki sorun teşkil etmektedir.

İlk görüşe göre, bu tür durumlarda her iki çocuğun da çocukların cinsel istismarı suçunu işlediklerini kabul etmek ve çocukların her ikisini de cezalandırmak gerekecektir⁸. Esasında bu görüşte olan yazarlar, sorunun bu şekilde çözümlenmesinin ideal bir çözüm olduğunu düşünmelerinden ziyade, maddenin düzenleniş biçimi karşısında başka türlü hareket edilmesinin mümkün olmadığını düşünmeleri nedeniyle bu kanaattedirler⁹. Nitekim, bu görüşteki yazarların bir kısmı çocuklar arasındaki yaş farkının dikkate alınarak kanuni tanımda değişiklik yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir¹⁰.

Diğer bir görüşe göre, çocuklardan yalnızca birinin suçu işlediğini kabul etmek ve yalnızca bu çocuğu cezalandırmak gerekecektir. Hangi çocuğun fail olarak kabul edileceği hususunda da iki tane ölçütün geliştirildiği söylenebilir. Bu ölçütlerden ilki erkeğin yahut duhul şeklindeki davranışı gerçekleştiren kişinin fail olarak kabul edilmesi yönündedir. Yargıtay'ın benimsediği uygulama da bu yöndedir¹¹. Öğreti tarafından geliştirilmiş olan ikinci ölçüte

⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 360; Tezcan/Erdem/Önok, s. 379; Taner, s. 373; Mahmut Koca/Özge Bozkurt/İbrahim Akar, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu” in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 648.

⁸ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 249; Elif Ergüne, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), s. 64.

⁹ Soyaslan, s. 249-250.

¹⁰ Soyaslan, s. 250.

¹¹ Yargıtay'ın 12-15 yaş grubundaki çocuklar arasındaki cinsel ilişkilerde erkek çocuğunun cinsel istismar suçundan cezalandırılmasını doğrudan veya dolaylı olarak uygun bulduğu kararlar için bkz. Yarg. 14. CD., 2016/10559 E., 2021/4080 K., 07.06.2021; Yarg. 14. CD., 2017/4917 E., 2021/4381 K., 21.06.2021; Yarg. 9. CD., 2021/21754 E., 2021/8114 K.,

göre ise, cinsel davranışların veya cinsel ilişkinin gerçekleşmesi bakımından ısrarcı ve ikna etmeye yönelik çabalarda bulunan tarafın fail olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹².

Üçüncü ve son görüşe göre ise bu tür durumlarda çocukların ikisinin de cezalandırılmaması gerekir¹³. Türk ceza hukuku doktrininde hâkim konumunda olan görüşün de bu son görüş olduğu belirtilmelidir. Bu görüşteki yazarların birçok dayanak noktası bulunmaktadır. Öncelikle bu suçun ihdas edilme sebebinin, küçükleri zihinsel ve fiziksel yönden kendilerinden daha gelişmiş olan yetişkinlere karşı korumak olduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Buna göre, çocukların cinsel istismarı suçu aslında çocukların istenmeyen erken cinsellik tecrübelerinden korunmaları ve bu suretle cinsel özgürlüklerinin güvence altına alınması amacıyla düzenlenmiş bir suçtur¹⁵. Maddenin düzenlenmesi sırasında, akranlar arasındaki cinsel davranışların da bu suç tipi kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmemiş ve yalnızca çocukların yetişkinler tarafından istismar edilmesini önlemek amaçlanmıştır¹⁶. Ne var ki, yukarıda da belirttiğimiz üzere, uygulama tam tersi yönde gelişmiştir.

Aynı yaş grubunda yer alan çocukların karşılıklı istek içerisinde birbirlerine yönelik gerçekleştirdikleri cinsel davranışlarda, çocukların cinsel istismarı suçunun koruduğu hukuki değerin ihlal edilmiş olmayacağı da benzer şekilde savunulmaktadır¹⁷. Yazarlara göre, söz konusu suç tipi çocukların cinsel yönden sömürülmelerini önlemek amacıyla ihdas edildiğinden,

30.09.2021; Yarg. 14. CD., 2016/2414 E., 2020/785 K., 04.02.2020 (İzzet Özgenç, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (4), s. 269). Aynı yönde tespit için bkz. Özgenç, Akran Çocuklar, s. 266. 15 yaşından küçük çocukların cinsel istismar suçunun faili olabileceklerine ilişkin bir diğer karar için bkz. Yarg. 14. CD., 2013/3949 E., 2014/14374 K., 16.12.2014.

¹² Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF-HAD, 2016, 22 (1), s. 46.

¹³ İzzet Özgenç, “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, 2020, XXIV (1), s. 263; Özgenç, Akran Çocuklar, s. 266; Tezcan/Erdem/Önok, s. 380; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395.

¹⁴ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 660; Taner, s. 386.

¹⁵ Taner, s. 386; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

¹⁶ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

¹⁷ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

akranların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlarda suçun koruduğu hukuki değer ihlal edilmemiş olacaktır¹⁸.

Aynı yönde, akranlar arasındaki cinsel davranışlarda hem maddenin başlığında hem de madde metninde yer verilen “istismar” olgusunun da gerçekleşmiş olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹. Bir cinsel istismar olgusu bulunmadığı takdirde, ceza hukukunun akranlar arasındaki cinsel davranışlara müdahale etmesi uygun olmayacaktır²⁰.

Bir diğer görüşe göre ise, bu suç tipinin faili yalnızca 15 yaşını doldurmuş çocuklar olabilir²¹. Bu nedenle, 15 yaşından küçük çocukların iradeyi etkileyen herhangi bir neden bulunmaksızın, isteyerek karşılıklı cinsel davranışlarda bulunmaları durumunda fail olarak kabul edilmeleri mümkün olmayacaktır.

Benzer şekilde, bu tür durumlarda çocukların fail olarak kabul edilemeyeceği, zira aksi yönde bir kabulün bir kişinin aynı suç bakımından hem fail hem de mağdur olamayacağı yönündeki ceza hukukunun temel ilkelerinden birine²² aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır²³. Bununla bağlantılı olarak da her iki çocuğun da hem fail hem de mağdur sıfatını taşıdığı takdirde, esasında suçun faili ile mağdurunun belirlenemediği bir durumun söz konusu olacağı ileri sürülmektedir²⁴. Suçun faili ile mağduru belirlenemediğinden, suçun tipiklik unsuru da gerçekleşmemiş olacağından, çocuklardan herhangi birinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır²⁵. Öğretide bu görüşü eleştiren bazı yazarlar, çocukların karşılıklı cinsel

¹⁸ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661. Akranlar arasındaki cinsel davranışların cezalandırılmasının normun ihdas edilme amacıyla örtüşmeyeceği doğru olmakla birlikte, söz konusu suç tipiyle korunan hukuki değer esasında kanuni tanımda sayılan yaş gruplarındaki çocukların cinsel özgürlüğünün korunması olduğunu unutmamak gerekir. Tezcan/Erdem/Önok, s. 379; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 415.

¹⁹ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 660-661.

²⁰ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

²¹ Özgenç, Felsefi Temel, s. 263.

²² Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 118; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 374; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 433.

²³ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395.

²⁴ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

²⁵ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

davranışlar gerçekleştirdiklerinden bahisle, fail ile mağdur sıfatlarının aynı davranışta birleşmediğini ifade etmektedirler²⁶.

Son olarak, cinsel ilişkiye giren her iki çocuğun da cezalandırılması durumunda, erkek olan çocuğun, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden (TCK, m. 103 (f. 2)) cezalandırılması, buna karşılık kız olan çocuğun çocukların cinsel istismarı suçunun temel halinden (TCK, m. 103 (f. 1)) cezalandırılması şeklinde adaletsiz bir sonucun da ortaya çıkacağı ifade edilmektedir²⁷.

Bu konudaki görüşlerin değerlendirilmesine geçecek olursak, öncelikle kanuni tanımda faile yönelik bir sınırlandırmanın bulunmadığını ifade etmemiz gerekir. Bu nedenle, kadın, erkek, yetişkin veya çocuk herkes bu suçun faili olabilir²⁸. Esasında, TCK, m. 103 (f. 1, dördüncü cümle) hükmü de *“sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır”* ifadesi ile bunu teyit etmektedir. Ancak bu hükmü, karşılıklı isteğe bağlı olarak, 12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışların cezalandırılacağı şeklinde yorumlamamak gerekir²⁹. Söz konusu hüküm, çocuğun “rızası” bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlara yönelik olarak getirilmiş bir düzenlemedir³⁰. Dolayısıyla, çocukların cinsel istismarı suçunda 12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların cebir, tehdit veya hile gibi karşındakinin iradesini etkileyen bir halin bulunduğu durumlarla sınırlı olarak fail sıfatını taşıyabilecekleri belirtilmelidir. Esasında öğretide bu tür durumlarda çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleşmiş olacağı hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır³¹.

12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar arasında karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlarda her iki çocuğun da cezalandırılacağı yönündeki görüşlere iştirak etmemekteyiz. Öncelikle, bu tür bir çözümün benimsenmesinin, cinsel davranışların mahiyetini anlayabilecek olgunluğa erişmemiş çocukların korunması için getirilmiş bir hükmün, bu tür davranışları

²⁶ Taner, s. 385; Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 157.

²⁷ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395.

²⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 394; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 393.

²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 380.

³⁰ Benzer yönde bkz. Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 648.

³¹ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 648.

mahiyetini tam olarak anlayamadan gerçekleştiren çocukların aleyhine bir sonuç doğuracağını göz önünde bulundurmak gerekir. Bu tür bir uygulama kanun hükmünün amacından açık bir sapma teşkil edecektir.

Ayrıca, kanun hükmünün bu konuda farklı bir uygulamaya imkân vermediği yönündeki görüşü³² de isabetli bulmamaktayız. Zira TCK m. 103'te açıkça “cinsel istismar”dan söz edilmektedir. Bu ifade her ne kadar birinci fıkranın son cümlesinde “*on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*” ve “*diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*” şeklinde tanımlanmış olsa da, istismar kavramının başlı başına bir anlam taşıdığını da gözden kaçırmamak gerekir. Karşılıklı isteğe bağlı olarak cinsel ilişkiye giren veya cinsel davranışlarda bulunan çocuklar arasında “istismar” olgusunun ne şekilde vücut bulmuş olacağını izah etmek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla, söz konusu hükmün lafzı bu tür durumlarda çocukların cezalandırılmasını zorunlu kılmamaktadır.

Bu tür durumlarda çocuklardan yalnızca birinin cezalandırılması yönündeki görüşlerin de isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle, bu yönde bir argümanın herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Erkek çocuğunun veya duhul şeklindeki davranışı gerçekleştiren kişinin fail olarak kabul edilmesinin hiçbir pozitif dayanağı yoktur³³. TCK'da cinsel suçlarda cinsiyet bakımından bu konuda bir ayırmda bulunulmamıştır³⁴. Erkek çocuğunun doğrudan fail olarak kabul edilmesi, bu anlamda, Türk ceza hukukunun cinsel suçlara ilişkin düşünsel yapısı ile de çelişen bir anlayışı ortaya koymaktadır. Ayrıca, cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlarda erkek ile kız çocuğunun gerçekleştirdiği davranışlar arasında ne gibi bir farklılığın bulunduğu da izaha muhtaçtır. Öte yandan, böyle bir kabul, vücuda organ sokma şeklindeki davranışların iki erkek çocuğu arasında gerçekleştirilmesi veya vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki davranışların iki kız çocuğu arasında gerçekleştirilmesi hallerinde de çözümü belli olmayan hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların birbirleriyle isteyerek girdikleri

³² Ergüne, s. 64.

³³ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661. Benzer yönde bkz. Kartal, s. 156.

³⁴ Özgenç, Felsefi Temel, s. 260; Koca/Üzülmez, Özel, s. 393.

cinsel ilişkilerde erkek olan çocuğun fail olarak kabul edilmesinin bir diğer sakıncası ise daha büyük yaştaki kız çocuğunun mağdur, daha küçük yaştaki erkek çocuğunun ise fail konumuna gelme ihtimalinin bulunmasıdır. Gerçekten de 12 yaşını yeni bitirmiş bir erkek çocuğu ile 15 yaşına girmek üzere olan bir kız çocuğu cinsel ilişkiye girdikleri takdirde, kız çocuğu erkek çocuğundan neredeyse üç yaş büyük olduğu halde, erkek çocuğu fail olarak kabul edilecektir. Böyle bir durumda yaşça küçük olan çocuğun kendisinden daha büyük birisini istismar etmiş olması şeklinde çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Taraflardan birinin ısrarcı davranmış olmasının ise iradeyi etkileyecek bir boyuta varmadığı sürece failin tayininde belirleyici bir kıtas olamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar taraflardan biri bu durumda ikna eden konumunda olaksa da en nihayetinde cinsel davranışların karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirilmiş olacağını gözden kaçırmamak gerekir. Buradaki ikna etmeye yönelik çabalar cebir, tehdit veya hile boyutuna eriştiği takdirde, elbette bu yönde çabalarda bulunan kişi suçun faili olarak kabul edilebilecektir. Kanaatimizce burada nispeten makul olan kıtas yaşı büyük olan çocuğun fail olarak kabul edilmesidir fakat bunun da doğru bir çözüm olmadığını belirtmek gerekir³⁵. Zira çocukların yaşları arasında birkaç günlük farkın bulunduğu ihtimallerde, bu çocuklardan birinin diğerini istismar ettiğini ileri sürmek pek de gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durumda da iki çocuğun yaşları arasında ne kadar bir farkın bulunmasının gerekeceği şeklinde objektif kıstaslarla çözümlenmesi pek de mümkün olmayan sorunlar ortaya çıkacaktır. Ayrıca, yaşı büyük olan çocuğun daima diğerinden daha olgun olacağını kabul etmek de hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Bu nedenlerle, 12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışların cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun temel sebebi ise, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 103'te açıkça "istismar" olgusundan söz edilmiş olmasıdır. Aynı yaş grubu içerisinde yer alan çocukların rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdikleri veya birbirlerine karşı cinsel davranışlar gerçekleştirdikleri durumlarda bir istismar olgusunun varlığından bahsedilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, bu tür durumlarda kişiler hakkında yürütülmekte olan ceza muhakemesinde hangi hüküm türünün tesis edilmesi gerekeceğine de

³⁵ Bu konuda eleştiri için bkz. Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

açıklık getirmek gerekmektedir. Somut olayda, Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nde karşı oy kullanan Daire üyesi beraat hükmü verilmesi gerektiğini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu tür durumlarda kanuni tanımda yer verilmiş olan istismar olgusu ve dolayısıyla suçun tipiklik unsuru gerçekleşmemiş olacağından, CMK’nın m. 223 (f. 2) hükmü uyarınca beraat kararı verilmesi gerekecektir.

B) B’nin, A ile C’nin Rızası Dahilinde, Onların Girmiş Oldukları Cinsel İlişkiye Dair Görüntüler Kaydetmesi Suç Teşkil Eder Mi?

Bu ihtimalde temel olarak üç tane suç tipinin değerlendirilmesi gerekir: özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK, m. 134 (f. 1)), kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK, m. 135 (f. 1-2)) ve müstehcenlik suçu (TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle)). Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından madde metninde yalnızca “*kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal*” edilmesinden söz edilmiştir. Kişilerin cinsel veya çıplak görüntülerinin izlenmesinin bu kapsama girdiğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır³⁶. Ayrıca, aynı fıkranın ikinci cümlesinde suçun “*gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi*” şeklinde tanımlanan nitelikli hali de gerçekleşmiştir.

Somut olayda aslında özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilebilecek görüntülerin kayda alınması söz konusudur fakat kişiler bu görüntülerin izlenmesine ve kaydedilmesine rıza göstermektedirler³⁷. Böyle bir durumda artık özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Her ne kadar A ile C, 14 yaşında olsalar da özel hayatlarını paylaşma yönündeki iradelerine en azından kendi akranlarıyla paylaşımları bakımından değer atfedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, bu yaş grubundaki kişilerin iradelerine birbirleriyle cinsel ilişkiye girme bakımından önem atfedilmesi fakat bundan daha az öneme sahip olan özel hayatlarını başkalarına açmaları bakımından iradelerine önem atfedilmemesi şeklinde çelişkili bir sonuç da ortaya çıkacaktır.

³⁶ Koca/Üzülmez, Özel, s. 603-604; Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9 (1), s. 145.

³⁷ Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 311-312. krş. İzzet Özgenç, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (2), s. 263. Özel hayatın gizliliği hakkında insan haysiyetinin ve kişiliğinin ihlal edilmemesi kaydıyla vazgeçilebileceği yönünde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Özel, s. 606. Bu konuda ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 625.

Ayrıca burada çocukların söz konusu görüntülerin kaydedilmesine rıza göstermelerinin suçun hukuka aykırılık unsurunun değil tipiklik unsurunun oluşmasına engel olduğu kanaatinde olduğumuzu da belirtmemiz gerekir³⁸. Zira rızaya dayalı olarak bir kişinin özel hayatının izlenmesi veya kaydedilmesi durumunda, madde metninde yer verilmiş olan ve “*bozma, zarar verme, yasa ve düzene uymama*” anlamlarına gelen “*ihlal*” olgusunun gerçekleşmiş olmayacağı kanaatindeyiz³⁹.

Somut olayda kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşup oluşmadığı sorusunun yanıtlandırılabilmesi için öncelikle “kişisel veri” kavramının üzerinde durmak gerekmektedir. 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun m. 3 (f. 1, d bendi) hükmü uyarınca kişisel veri; “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” ifade etmektedir. TCK’nın 135. maddesinin gerekçesinde de “*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi*”nin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰. Bu tanımlardan yola çıkarak bazı yazarlar bir verinin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için bunun bir gerçek kişiye ait olması ve kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılması şeklinde iki kıstasın varlığını aramaktadırlar⁴¹. Bu tanımların uluslararası belgelerdeki tanımların neredeyse tamamıyla örtüştüğü ve uluslararası belgelerde de kişisel verinin “*doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilgili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi*” şeklinde tanımlandığı belirtilmiştir⁴².

Son yıllarda öğretilerde kişisel veriler üzerine yapılan çalışmalarda Avrupa Birliği’nin bağımsız danışma organlarından birisi olan Madde 29 Çalışma Grubu’nun⁴³ (*Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*) yayımlamış olduğu 20 Haziran 2007

³⁸ Yetişkinler bakımından özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda rızanın mahiyeti için bkz. Özgenç, Rıza, s. 274-275.

³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 20.12.2023.

⁴⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 544.

⁴¹ Koca/Üzülmez, Özel, s. 614; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 540.

⁴² Bahri Öztürk/Elif Altınok Çalışkan/Serkan Seyhan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 15. Yazarlar uluslararası metinlere örnek olarak Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün 1980 yılında yayımladığı ve 2013 yılında revize ettiği rehber ilkeler ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nü göstermektedirler.

⁴³ 25 Mayıs 2018 tarihinde yerini Avrupa Veri Koruma Kurulu (*European Data Protection Board*) almıştır.

tarihli “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüşü”ne özel bir önem atfedilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla, kişisel veri kavramı açıklanırken söz konusu Görüş’te yer alan açıklamalara da değinmek gerekmektedir.

Madde 29 Çalışma Grubu (WP29) Avrupalı kanun koyucuların kişisel veri kavramını kasıtlı olarak oldukça geniş bir kapsama sahip olacak şekilde tanımladıklarını ifade ettikten sonra belli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilginin kişisel veri kapsamında olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Öğretide, “herhangi bir bilgi” ifadesinin kullanılmış olmasının kişisel verinin kapsamına giren hususları oldukça genişlettiği ifade edilmektedir⁴⁶. Nitekim WP29 da bu ifadenin kişi hakkında açıklama getiren her türlü hususu kapsadığını belirtmektedir⁴⁷. Kişi hakkındaki bu bilgilerin objektif veya sübjektif mahiyette olması mümkündür. Buna göre, kişinin kanında yer alan maddelere ilişkin bir rapor da bankacılık sektöründe borcunu ödeme konusunda hakkında duyulan güvene ilişkin bir beyan da kişisel veri olarak kabul edilebilir⁴⁸. Kişinin özel veya aile hayatına ilişkin bilgiler ile ne tür faaliyetler gerçekleştirdiğine dair bilgilerin (iş ilişkileri veya ekonomik ya da sosyal davranışları) de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir⁴⁹.

Öte yandan bilginin herhangi bir formatta bulunması da mümkündür. Kişisel verinin kelimeler, sayılar, görüntüler veya sesler ile ifade edilmesi mümkün olup, kâğıtta yazılı olarak, bilgisayar hafızasında kod olarak veya video teybinde görüntü olarak pek çok şekilde bulunması mümkündür. Kişi hakkında bilgi içermeleri kaydıyla ses veya görüntüler de kişisel veri olarak değerlendirilir⁵⁰. Öğretide bugün için teknolojinin gelişmişliği karşısında

⁴⁴ Nadezhda Purtova, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, Law, Innovation and Technology, 2018, 10 (1), s. 44 vd.; Nur Buğçe Bakırel, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 17 vd.; Irmak Erdoğan, Yapay Zekâ ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 64.

⁴⁵ Madde 29 Çalışma Grubu, “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüş” (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf), 2007, Erişim Tarihi: 11.04.2024, s. 4-6.

⁴⁶ Purtova, s. 48.

⁴⁷ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁴⁸ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁴⁹ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁵⁰ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 7.

kişilere ilişkin pek çok şeyin teknolojik imkanların kullanılması suretiyle birer bilgi haline getirilmesinin mümkün olduğu ve belirtilmektedir⁵¹.

WP29'un bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda özellikle somut olayın koşullarının göz önünde bulundurulması suretiyle karara varılması yönünde bir yaklaşımı öne çıkardığı belirtilmektedir⁵². Bu durumun özellikle verinin bir kişiye ilişkin olup olmadığına ve verinin kişinin belirlenebilir olmasını sağlayıp sağlamadığına karar verilmesi bakımından geçerli olduğu ve bu nedenle söz konusu hususlarda karar verilirken yorum veya değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir⁵³.

WP29, bir verinin bir kişiye ilişkin olduğunun kabulü için içerik, amaç veya sonuç unsurlarından birinin bulunması gerektiğini belirtmiştir⁵⁴. İçerik unsuru, somut olaya ilişkin bütün koşullar göz önünde bulundurulduğunda belli bir kişi hakkında bilgi verildiğinin söylenebildiği hallerde sağlanmış olacaktır (bir kişi hakkında hastanede yapılan testlerin sonuçları veya bir şirketin klasöründe belli bir müşterinin ismiyle yer alan bilgiler)⁵⁵. Amaç unsuru, somut olaydaki tüm koşullar göz önünde bulundurulduğunda verinin bir kişinin durumunu veya davranışlarını değerlendirmek veya etkilemek için kullanıldığı veya kullanılmasının muhtemel olduğu söylenebildiği takdirde sağlanmış olacaktır⁵⁶. Sonuç unsuru ise somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulduğunda verinin kullanımının belli bir kişinin hak ve menfaatleri üzerinde etki doğurmasının muhtemel olduğu hallerde gerçekleşmiş olur. Buradaki olası neticenin kişi üzerinde büyük etki doğuracak mahiyette olmasına gerek bulunmamaktadır. Kişinin bu verinin işlenmesi nedeniyle başkalarından farklı bir muameleye tabi tutulma ihtimalinin bulunması yeterlidir⁵⁷.

WP29, bilginin kişinin belirlenmesini veya belirlenebilir olmasını sağlaması kriterini ise, söz konusu bilginin kişinin içinde bulunduğu

⁵¹ Purtova, s. 53.

⁵² Purtova, s. 44.

⁵³ Purtova, s. 44.

⁵⁴ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁵ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁶ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁷ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 11.

topluluktaki diğer kişilerden ayırt edilebilmesini sağlayacak mahiyette olması şeklinde açıklamaktadır⁵⁸. Buna göre, kişinin görünüşü hakkındaki belirtiler (boyu, saçının rengi gibi) ile adı veya mesleği gibi şahsi bilgileri de kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁹. Söz konusu bilginin tek başına kişinin belirlenmesini sağlaması gerekmez. Kişinin fiziki, psikolojik, mental, ekonomik, kültürel, sosyal kimliğine ilişkin bir veya birden çok unsurdan yararlanılması suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilmesi mümkün olabiliyor ise bu yeterlidir⁶⁰.

Öğretide de WP29'un ortaya koymuş olduğu kıstaslarla uyumlu olacak şekilde kişisel verilere ilişkin tanımlar yapılmaktadır: *“Kişisel veri, bir gerçek kişinin kimliğinin açıkça belirlenmesine yarayan ya da kişinin kim olduğu eldeki bu bilgiyle açıkça belirlenemese de başka bilgilerle bir araya getirildiğinde, analiz edildiğinde veya eşleştirildiğinde kişiyi belirlenebilir kılmaya yarayan onunla ilgili her türlü bilgidir”*⁶¹.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz bilgiler çerçevesinde kişisel verilerin oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, öğretide yakın gelecekte kişisel verilerin kapsamının sınırlandırılmasına ihtiyaç bulunmadığı da belirtilmektedir. Zira hem kişileri etkileyebilecek mahiyetteki verilerin bu şekilde bir hukuki korumayı gerektirdiği hem de kişisel verilerin teoride geniş bir kapsama sahip olmakla birlikte bunun uygulamada öyle olmadığı, kişisel verilerin korunmasına hala gereken önemin verilmediği ifade edilmektedir⁶².

Yukarıdaki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, kişilerin çıplak görüntülerinin de kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁶³. Zira bu durumda belirli bir gerçek kişiye ilişkin bir veri mevcuttur. Ancak bunun için söz konusu çıplak görüntülerin kime ait olduğunun belirlenebilir olması gerekmektedir. Şayet kişinin yüzünün hiçbir şekilde görünmediği ve kime ait olduğu belirlenemeyen bir görüntü

⁵⁸ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁵⁹ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁶⁰ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁶¹ Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 52.

⁶² Purtova, s. 73.

⁶³ Benzer yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel, s. 627. Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 549.

söz konusu ise bu durumda ortada bir kişisel verinin varlığını kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak TCK, m. 135 (f. 1)’de de açıkça belirtildiği üzere kişisel verilerin “*hukuka aykırı olarak*” kaydedilmesi gerekmektedir⁶⁴. Kişilerin bu görüntülerin kaydedilmesine rıza gösterdikleri bir durumda artık kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedildiğinden söz edilemeyeceğinden, suçun unsurları da gerçekleşmemiş olacaktır⁶⁵. Bu konuda davranışlarının mahiyetini idrak edebilen çocukların rızalarına yine geçerlilik tanınması gerektiği görüşündeyiz. Aksi takdirde, “kişisel veri” kavramının oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu⁶⁶ da göz önünde bulundurulduğunda, ceza sorumluluğunun sınırları bu suç bakımından kabul edilemeyecek ölçüde genişletilmiş olacaktır.

Kaldı ki, kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin suç tipi genel norm niteliğinde bir düzenlemedir. Öğretideki ağırlıklı görüş, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna göre özel norm niteliğinde olduğu ve “*özel norm – genel norm ilişkisi*” nedeniyle özel hayatın gizliliği suçunun öncelikle uygulanacağı yönündedir⁶⁷. Başka bir deyişle, bu iki suç arasında görünüşte içtima ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, somut olayda kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin normun uygulama alanı bulması her halükârda mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce olayda yalnızca müstehcenlik suçu gerçekleşmiştir. TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle) uyarınca: “**Müstehcen** görüntü, yazı veya sözleri içeren **ürünlerin üretiminde çocukları**, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri **kullanan** kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır”. Somut olayda müstehcen ürünlerin üretiminde A ile C’nin, yani iki çocuğun kullanılması söz konusudur. Ürün kelimesinin sözlük anlamı; “*doğadan elde edilen, üretilen yararlı şey; hasılat, mahsul*”dür⁶⁸. Dolayısıyla, müstehcenlik suçunun

⁶⁴ Bu konuda bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 553.

⁶⁵ Suç tipinde yer verilen “hukuka aykırı olarak” ifadesi hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7 (1), s. 424-436.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 549-550.

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 543; Koca/Üzülmmez, Özel, s. 628; Akyürek, s. 227-228. Aksi yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel, s. 589.

⁶⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 12.04.2024.

oluşumu bakımından müstehcen ürünlerin ticari veya ekonomik bir amaçla üretilmesinin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Ancak, öğretide söz konusu suçun kanuni tanımında “ürün” kelimesine yer verilmiş olmasının sebebinin fiziksel nesne şeklinde veya elektronik ortamda oluşturulan ürünlerin tamamının suçun kapsamına alınmak istenmesi olduğu belirtilmektedir⁶⁹. Bu nedenle, her ne kadar müstehcen ürünlerin üretimiyle genellikle ekonomik bir çıkar elde ediliyor olsa da bunun suçun gerçekleşmesi bakımından gerekli bir unsur olmadığı ifade edilmektedir⁷⁰.

Bu noktada müstehcenlik suçunun mağdurunun kim olduğunun açıklığa kavuşturulmasında da fayda bulunmaktadır. Öğretideki hâkim görüş bu suçun mağdurunun hem ürünün üretiminde kullanılan çocuk hem de suç tipinin TCK’nın özel hükümlerinin “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı Üçüncü Kısım’ının “*Genel Ahlak Karşı Suçlar*” başlıklı Yedinci Bölümü’nde düzenlenmiş olması sebebiyle toplum olduğu yönündedir⁷¹. Buna karşılık, öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre bu tür durumlarda suçun mağduru yalnızca toplumdur⁷². TCK’da çocuğun cinsel dokunulmazlığının bireysel olarak korunmasına yönelik getirilmiş düzenlemeler esasında çocukların cinsel istismarı suçu (TCK, m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK, m. 104) ve cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesine ilişkin nitelikli halidir (TCK, m. 105 (f. 1))⁷³. Müstehcenlik suçuyla ise kamu ahlakı korunmakta ve suç tipinin ihlaliyle bütün toplum mağdur olmaktadır⁷⁴.

Nitekim çocuğun rızasının bulunup bulunmamasının suçun oluşumuna herhangi bir etkisinin bulunmadığı hem öğreti hem de uygulamada kabul edilmektedir⁷⁵. Müstehcenlik suçunda genel ahlak korunduğundan ve

⁶⁹ Özgenç, Rıza, s. 273-274.

⁷⁰ Özgenç, Rıza, s. 273. Ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasının yeterli olduğu, ürünlerin üretiliş şekli ve amaçları konusunda herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı yönünde görüş için bkz. Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13 (1), s. 599.

⁷¹ Taneri, s. 590; Gülden Atilla Öztürk, Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 185-186; Veli Özer Özbek, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 124.

⁷² Neslihan Can, “Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/6) Bağlamında Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), s. 284.

⁷³ Can, s. 281-284.

⁷⁴ Can, s. 281-284.

⁷⁵ Özgenç, Rıza, s. 253; Özbek, Müstehcenlik, s. 126-127; YCGK 2014/603 E., 2015/66 K.,

suçun mağduru bir bütün olarak toplum olduğundan çocuğun suç tipinde yasaklanan fiillere rıza göstermesi suçunu oluşumunu etkilemeyecektir⁷⁶. Dolayısıyla, burada A ile C'nin rızalarının bulunması müstehcenlik suçunun oluşumu bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir. Ayrıca, müstehcen ürünlerin üretimi bağlamında profesyonel bir üretim sürecinin bulunması gerekmemektedir. Kişilerin bireysel kullanım için bu tür ürünleri üretmesi de suçun oluşması açısından yeterlidir⁷⁷. Ürünün hiç kullanılmamış olması da suçun oluşumu bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır⁷⁸.

Bu suçun mağdurunun müstehcen ürünün konusu olan çocuk değil, toplum olduğunu kabul etmemizin bir diğer sonucu ise müstehcen ürünün üretimine isteyerek katılan çocuğun da suçun faili olabileceğidir. Şayet suçun mağdurunun müstehcen ürünün konusu olan çocuk olduğu kabul edilmiş olsaydı, fail ile mağdur sıfatları aynı suçta birleşemeyeceğinden⁷⁹, çocuğun suçun faili olamayacağının kabul edilmesi gerekirdi⁸⁰.

Dolayısıyla, B'nin somut olayda müstehcenlik suçundan (TCK, m. 226 (f. 3)) cezalandırılması gerekir. Ancak, bu müstehcen ürünün üretiminin A, B ve C'nin bu konuda anlaşmasına dayalı olarak gerçekleştirildiği bir ihtimalde A ve C'nin de B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçunun müsterek failleri olarak kabul edilmeleri gerekir.

C) B'nin, C'nin Bilgisi ve Rızası Dışında, A ile C Arasındaki Cinsel İlişkiyi İzleyip, Cinsel İlişkinin Görüntülerini Kaydetmesi Hangi Suçu Oluşturur? A ile B'nin Bu Suç Bakımından Müsterek Fail Olarak Kabul Edilmeleri Mümkün Müdür?

C'nin A ile girmiş olduğu cinsel ilişkinin, C'nin bilgisi ve rızası dışında, B tarafından kaydedilmesi durumunda yukarıda yaptığımız açıklamalar büyük ölçüde değişmektedir. Öncelikle burada C'nin çıplak, cinsel nitelikte görüntülerinin bilgisi ve rızası olmaksızın kaydedilmesi, artık özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. C'nin özel hayatının

24.03.2015.

⁷⁶ Can, 281.

⁷⁷ Özgenç, Rıza, s. 273-274; Özbek, Müstehcenlik, s. 128. YCGK 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.

⁷⁸ YCGK 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.

⁷⁹ Koca/Üzülmez, Genel, s. 118; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel, s. 374; Akbulut, s. 433.

⁸⁰ Bu konuda bkz. Can, s. 283.

gizliliği, görüntülerin kayda alınması suretiyle ihlal edildiğinden, suçun nitelikli hali (TCK, m. 134 (f. 1, ikinci cümle)) de gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun unsurları da oluşmuş olacaktır (TCK, m. 135 (f. 1-2)). Zira C'nin cinsel yaşamına ilişkin kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydedilmiş olacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu suç ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu arasında “*özel norm – genel norm ilişkisi*” bulunduğundan, görünüşte içtima ilkeleri uyarınca yalnızca özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin olan norm uygulama alanı bulacaktır⁸¹.

B'nin, A ile C'nin girdikleri cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmesi yine müstehcenlik suçunun (TCK, m. 226 (f. 3)) gerçekleşmesine de sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, somut olayda hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de müstehcenlik suçu gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, bu iki suç aynı fiil ile işlendiği takdirde, iki suç arasında farklı neviden fikri içtima hükmünün (TCK, m. 44) uygulanması gerekmektedir⁸². Bu nedenle, B'nin daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekir.

Burada A'nın, B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçunun müşterek faili olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun da yanıtlanması gerekir. Müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda müşterek faillerin her birinin tipiklikte tarif edilen maddi unsurları tam anlamıyla gerçekleştirmiş olması ayrı ayrı aranmaz⁸³. Öğretide müşterek failliğin kabulü için birlikte suç işleme kararının bulunması ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulması yeterli görülmektedir⁸⁴. Bu kapsamda C ile cinsel ilişkiye girerek ondan habersiz olarak cinsel ilişkinin görüntülerinin kaydedilmesini sağlayan A'nın, B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçu bakımından müşterek fail olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira birlikte suç işleme kararı ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet söz konusudur.

⁸¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 543; Koca/Üzülmez, Özel, s. 628; Akyürek, s. 227-228.

⁸² Yarg. 12. CD., 2014/19480 E., 2015/5315 K., 30.03.2015; Yarg. 14. CD., 2014/9227 E., 2017/4650, 11.10.2017 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 622). Farklı yönde görüş için bkz. Özgenç, Rıza, s. 276.

⁸³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 601.

⁸⁴ Özgenç, Genel, s. 600-613.

D) B'nin A ile C Arasındaki Cinsel İlişkiye Dair Kaydettiği Görüntüleri İfşa Edeceğinden Bahisle C'yi Kendisiyle Cinsel İlişkiye Girmeye Zorlaması Hangi Suç veya Suçları Oluşturur?

Burada dört tane suç tipinin değerlendirilmesi gerekmektedir: şantaj suçu, tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçu ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu. Öncelikle B'nin, C'ye kendisiyle cinsel ilişkiye girmedeği takdirde elindeki görüntüleri ifşa edeceğini söylemesi tehdit ve şantaj suçlarının oluşumuna sebebiyet verebilir. Burada görüntülerin kaydedilmiş olmasında C'nin rızasının olup olmamasının tehdit ve şantaj suçlarının oluşumu bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. B'nin davranışı şantaj suçunun TCK, m. 107 (f. 2)'de düzenlenmiş olan *“kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı ... tehdidinde bulunulması”* şekline uygun düşmektedir. Gerçekten de B, kendisiyle cinsel ilişkiye girmedeği takdirde C'nin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikte hususları açıklayacağı tehdidinde bulunmaktadır. Şantaj suçu failin yarar sağlamak maksadıyla mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verebilecek hususu açıklayacağını bildirmesiyle tamamlandığından⁸⁵, somut olayda da B'nin C'yi arayarak bu hususu bildirmesiyle suç tamamlanmıştır.

Suç tipinde bahsi geçen “yarar” kavramı yalnızca ekonomik yararlar ile sınırlı değildir⁸⁶. Failin maddi veya manevi herhangi bir yararı elde etmek maksadıyla hareket etmiş olması yeterlidir⁸⁷. Öte yandan *“şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı”* şeklindeki ifade de ilk başta görüntülerin ifşa edilmesini kapsamına almıyormuş gibi bir izlenim oluşturabilir. Ancak, “açıklamak” kelimesinin *“izah etmek, açıkça söylemek”* şeklindeki anlamlarının yanı sıra, *“belirtmek, göstermek, açığa vurmak”* gibi anlamları da bulunmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla, bir başkasını elindeki cinsel ilişki görüntülerini ifşa edeceğinden bahisle tehdit etmek de şantaj suçunun kapsamına girmektedir⁸⁹.

⁸⁵ Koca/Üzülmez, Özel, s. 465.

⁸⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 464.

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 463.

⁸⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 16.12.2023.

⁸⁹ Benzer yönde bkz. Neslihan Demirkol, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2017, Yüksek Lisans Tezi, s. 85.

⁸⁹ Yarg. 12. CD., 2022/1620 E., 2022/3898 K., 18.05.2022; Yarg. 12. CD., 2021/5277 E.,

B'nin davranışı aynı zamanda tehdit suçunu da (TCK, m. 106 (f. 1, üçüncü cümle)) oluşturmaktadır. Zira B, elindeki görüntüleri ifşa edeceğinden bahsederek, C'yi “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” etmektedir. Bu suç da failin mağdura gerçekleştirilmesi kendi elinde olan “*sair kötülüğü*” gerçekleştireceğinden bahsetmesiyle tamamlanmakta olup, ayrıca söz konusu kötülüğün gerçekleştirilmesi gerekmemektedir⁹⁰. Öğretide tehdit suçu ile şantaj suçunun TCK, m. 107 (f. 2) hükmünde düzenlenmiş olan hali arasında “*genel norm – özel norm ilişkisi*” bulunduğundan, bu tür durumlarda yalnızca şantaj suçuna ilişkin hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir⁹¹.

Esasında özel – genel norm ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için özel normun, hem genel normdaki unsur ve özellikleri taşıması hem de ilave olarak başkaca özel bir unsur taşıması gerekir⁹². Şantaj suçu tehdit suçunun kanuni tanımındaki bütün unsurları bünyesinde barındırmadığından da burada özel – genel norm ilişkisinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak söz konusu ilişkinin kabulü bakımından özel normun, genel normu içeren suç tipinin tamamını kapsamamasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Şayet özel norm, genel normu içeren suç tipinin işleniş biçimlerinden birisini her halükârda bünyesinde barındırıyorsa özel – genel norm ilişkisinin varlığının en azından bu kısım bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan TCK, m. 107 (f. 2)'deki şantaja ilişkin düzenleme her halükârda “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle*” tehdidi de içerir. Bu kısım bakımından özel – genel norm ilişkisinin söz konusu olduğunu düşündüğümüzden özel normun öncelikli uygulanmasına ilişkin görünüşte içtima ilkesi uyarınca yalnızca şantaj suçundan ceza verilmesi gerekir⁹³.

Bundan 15 gün sonra C'nin, B'nin belirttiği yere gelip görüntülerinin ifşa edileceği tehdidiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlanmış olması ise çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini (TCK, m. 103 (f. 2, birinci cümle)) oluşturmaktadır. Zira B, C'yi tehdit edip onunla cinsel ilişkiye girerek onu cinsel yönden istismar etmiş ve istismarı vücuduna organ sokmak suretiyle gerçekleştirmiştir. Ayrıca TCK, m. 103 (f. 4) uyarınca: “*cinsel istismarın,*

2021/6888 K., 13.10.2021; Yarg. 12. CD., 2021/1558 E., 2021/6595 K., 06.10.2021.

⁹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 423-426.

⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 467; Koca/Üzülmez, Özel, s. 467; Burak Bilge, “Şantaj Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 6 (1), s. 154-155.

⁹² Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 183; Koca/Üzülmez, Genel, s. 563.

⁹³ İçel, s. 173 vd.

birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır”. C, B’nin tehdidi nedeniyle onunla cinsel ilişkiye girmiş olduğundan söz konusu nitelikli hal de gerçekleşmiş olacaktır. Belirtelim ki, bu durumda bileşik suç söz konusu olduğundan B ayrıca tehdit veya şantaj suçlarından cezalandırılmayacaktır. Bileşik suç durumunda “*tipik fiil tekliği*” söz konusu olmakta ve birden fazla farklı davranış kanuni tanım ile tek bir fiil haline getirilmektedir⁹⁴.

Son olarak, B’nin tehdit yoluyla, C’yi cinsel ilişkiye girmek için kendi evine gelmeye zorlaması aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK, m. 109 (f. 1)) oluşturmaktadır. Ayrıca, B’nin fiili işlemek için tehdit kullanması (TCK, m. 109 (f. 2)), suçu bir çocuğa karşı işlemesi (TCK, m. 109 (f. 3, f bendi)) ve suçu cinsel amaçla işlemesi (TCK, m. 109 (f. 5)) nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hallerinin varlığından da söz edilebilir. Bununla birlikte, öğretide ve uygulamada, cinsel istismarın zorunlu kıldığı hürriyet kısıtlamasının ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermeyeceği, bunun cinsel istismar fiilinin içerisinde değerlendirileceği haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁵. Buna göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için, cinsel istismarın veya cinsel saldırının zorunlu kıldığı ölçünün dışında da bir hürriyet kısıtlamasının varlığı gereklidir⁹⁶. Somut olayda bu tür bir hürriyet kısıtlaması bulunmadığından, B yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır.

E) C, A ile Girmiş Oldukları Cinsel İlişkinin Görüntülerini Kaydetmiş Olsaydı ve Bunları İfşa Edeceğinden Bahisle A’yı Kendisiyle Tekrar Cinsel İlişkiye Girmeye Zorlamış Olsaydı, Hangi Suçlar Gerçekleşmiş Olurdu?

Öncelikle C’nin, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkiyi A’nın rızası dahilinde kayıt altına alması durumunda kişisel verileri kaydetme ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşmayacağını ve fakat müstehcenlik

⁹⁴ Bu konuda bkz. Neslihan Göktürk, Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 131-133; Koca/Üzülmez, Genel, s. 564 vd.

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400; Koca/Üzülmez, Özel, s. 410; YCGK, 2018/41 E., 2021/148 K., 30.03.2021 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400).

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400.

suçunun oluşacağını yukarıda ikinci soruya verdiğimiz yanıtlar ile aynı gerekçeye dayanarak söyleyebiliriz.

C'nin, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkiyi A'nın bilgisi ve rızası dışında kayıt altına alması durumunda ise önceki yanıtlarımızdan farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira A, C ile cinsel ilişkiye girerek özel hayatını onunla paylaşmaktadır. Ancak, bu görüntülerin kaydedilmesine yönelik bir rızası bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinin (TCK, m. 134 (f. 1, ikinci cümle)) gerçekleştiğinden söz edilemez. Zira öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, söz konusu nitelikli halin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle suçun temel halinin gerçekleşmiş olması gerekir⁹⁷. Oysa, somut olayda A ile C isteyerek cinsel ilişkiye girdiklerinden burada özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temel hali gerçekleşmemiştir. Buna karşılık, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi söz konusu olduğundan, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK, m. 135 (f. 1-2)) gerçekleşmiştir⁹⁸. Ayrıca, müstehcenlik suçu (TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle)) da gerçekleşmiş olacaktır. Bu iki suç tek bir fiil ile işlenmiş olacağından, farklı neviden fıkri içtima uygulanarak daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan dolayı ceza verilmesi gerekecektir.

C'nin A'yı, girmiş oldukları cinsel ilişkinin görüntülerini ifşa edeceğinden bahisle cinsel ilişkiye zorlaması bakımından temel olarak dördüncü soruya verdiğimiz yanıtlar geçerlidir. Buna göre, C, A'ya karşı çocukların cinsel istismarı suçunu işlemiş olacaktır. Ancak burada farklı olarak, TCK, m. 103 (f. 2)'te yer alan "*cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi*" şeklindeki nitelikli hal uygulama alanı bulmayacak, yalnızca çocukların cinsel istismarı suçunun temel hali ile birlikte, cinsel istismarın tehdit kullanılarak işlenmiş olmasına ilişkin nitelikli hal uygulanacaktır (TCK, m. 103 (f. 4)). Zira, Yargıtay'ın ve öğretide bir kısım yazarların da kabul ettiği üzere, söz konusu hükümde "*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*"ndan bahsedildiği için, bu hüküm kişinin kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokturması durumunda uygulama alanı bulmaz⁹⁹.

Buna karşılık, öğretideki diğer bir görüş, mağdurun faile organ veya sair

⁹⁷ İzzet Özgenç ve diğerleri, Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 185-186.

⁹⁸ Özgenç ve diğerleri, s. 185.

⁹⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 377; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 402; Ergüne, s. 64; Yarg. 14. CD., 2018/7926 E., 2019/10020 K., 17.06.2019 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 345).

bir cisim sokmaya zorlandığı hallerde dolaylı faillik yoluyla TCK, m. 102 (f. 2) hükmünün uygulama alanı bulabileceğini savunmaktadır¹⁰⁰. Yazarlara göre, neticede konvansiyonel anlamda bir cinsel ilişki söz konusu olduğundan ve penetrasyon gerçekleştiğinden, artık fiilin cinsel saldırının temel hali olarak değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır¹⁰¹. Esasında, yazarların bu tür durumlarda konvansiyonel anlamda cinsel ilişkinin gerçekleştiği ve artık nitelikli halin uygulanması gerektiği yönündeki eleştirilerinde bir haklılık payı mevcuttur. Neticede suçun nitelikli hali bakımından vücuda bir organ sokulması aranarak, cinsel ilişkiye girmenin, diğer cinsel davranışlardan daha ağır cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, bir kadının bir erkeği cinsel ilişkiye zorlaması durumunda, bir erkeğin bir kadını cinsel ilişkiye zorlamasından farklı bir sonucun ortaya çıkması bize göre de eleştirilebilir bir husustur. Bununla birlikte, hükmün mevcut halinin farklı bir uygulamaya imkân vermediği kanaatindeyiz. Söz konusu hükmün, mağdurun faile organ sokmaya zorlandığı haller bakımından uygulanmasının kıyas yasağını ihlal edeceği kanaatindeyiz. Öte yandan bu tür durumlarda failin dolaylı faillik yoluyla nitelikli halden sorumlu tutulmasının da teorik yönden izahı güç bir çözüm önerisi olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

¹⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Akyürek G, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Bakırel NB, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Bilge B, “Şantaj Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 6 (1), 131-160.
- Can N, “Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/6) Bağlamında Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), 276-313.
- Çelikel S, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Demirkol N, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2017, Yüksek Lisans Tezi.
- Eker Kazancı B, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, 2007, 9 (1), 131-164.
- Erdoğan I, Yapay Zekâ ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Ergüne E, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), 54-97.
- Göktürk N, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin

- İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7 (1), 407-450.
- Göktürk N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- İçel K, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Koca M/Bozkurt Ö/Akar İ, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu” in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2020, 633-668.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2023.
- Madde 29 Çalışma Grubu, “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüş” (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf), 2007, Erişim Tarihi: 11.04.2024.
- Memiş Kartal P, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Özbek VÖ, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç İ, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (4), 265-271.
- Özgenç İ, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (2), 251-288.
- Özgenç İ, “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, 2020, XXIV (1), 257-283.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç İ/Kılıç AŞ/Ölmez G/Genç FU/Baytemir Kontacı B/Ünal OG/Yurtlu F, Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Öztürk B/Altınok Çalışkan E/Seyhan S, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Purtova N, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, Law, Innovation and Technology, 2018, 10 (1), 40-81.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Taner FG, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Taneri G, “Müstehcenlik Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13 (1), 561-624.
- Tezcan D/Erdem MR/Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>).
- Yenerer Çakmut Ö, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF-HAD, 2016, 22 (1), 35-51.
- Yokuş Sevik H, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, CKHD, 2015, 3 (2), 119-145.

Yokuş Sevrük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

KARARLAR

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/41 E., 2021/148 K., 30.03.2021.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2021/21754 E., 2021/8114 K., 30.09.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2014/19480 E., 2015/5315 K., 30.03.2015.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2021/1558 E., 2021/6595 K., 06.10.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2021/5277 E., 2021/6888 K., 13.10.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2022/1620 E., 2022/3898 K., 18.05.2022.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2013/3949 E., 2014/14374 K., 16.12.2014.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2014/9227 E., 2017/4650 K., 11.10.2017.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2016/10559 E., 2021/4080 K., 07.06.2021.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2016/2414 E., 2020/785 K., 04.02.2020.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/4917 E., 2021/4381 K., 21.06.2021.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2018/7926 E., 2019/10020 K., 17.06.2019.