

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER: TÜRK VE ALMAN CEZA KANUNLARI BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

THE LEGAL INTEREST PROTECTED BY THE CRIME OF SEXUAL
ABUSE OF CHILDREN: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH REGARD
TO TURKISH AND GERMAN PENAL CODES

Çağrı Tuğışat KEMALOĞLU*  

ÖZET

Çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurunun çocuk ve haksızlık içeriği ile öngörülen cezaların yüksek olması nedeniyle hukukun ve birçok bilim dalının sürekli tartışma sahasıdır. Çalışma, çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değerlerin ne olduğu konusunu ele alarak Türk ve Alman ceza hukuku öğreti ve uygulamasında konuya dair savunulan görüşleri karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Alman ceza hukuku, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren cinsel suçlara yaklaşımını değiştirerek ahlaki önceleyen anlayışı terk etmiş ve bireylerin haklarını önceleyen anlayışı benimsemiştir. Bu dönüşümün Türk ceza hukukundaki yansıması ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle olmuştur. Ancak, cinsel suçların düzenlendiği bölümde yer alan suçlarla korunan hukuki değerlerin ne olduğuna ilişkin olarak hem Türk hem de Alman ceza hukuku öğretisinde görüş birliği sağlanamamış; suç ile cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük, cinsel alanda kendi kararını verme ve müdahalede bulunmamış cinsel gelişim gibi farklı hukuki değerlerin korunduğu ileri sürülmüştür. Çalışmada savunulan görüşe göre ise bu hukuki değerler her durumda birbirini dışlayan değil, birbirini tamamlayan bir fonksiyon icra etmektedir.

* **Doktora Öğrencisi**, Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/HAMBURG, **E-Posta:** ctkemaloglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-9091-1726, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1548827.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Kemaloğlu, Çağrı Tuğışat, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçuyla Korunan Hukuki Değer: Türk ve Alman Ceza Kanunları Bağlamında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 837-884.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This work has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Anahtar Kelimeler: Çocukların cinsel istismarı, Cinsel özgürlük, Cinsel dokunulmazlık, Cinsel alanda kendi kararını verme, Müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim

ABSTRACT

The offence of sexual abuse of children remains a subject of constant debate within the field of law and various other disciplines due to the vulnerability of its victims, the nature of the harm involved and the severity of the prescribed penalties. This study addresses the question of which legal interest is protected by the crime of sexual abuse of children and presents a comparative analysis of the views put forward in Turkish and German criminal law doctrine and practice. Since the second half of the 20th century, German criminal law has shifted its approach to sexual crimes by abandoning a morality-based perspective in favour of one that prioritizes individual rights. This transformation was reflected in Turkish criminal law with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237 in 2005. However, there is no consensus among either Turkish or German legal scholars as to which legal interest is protected by the crimes regulated under the section on sexual offences, and it has been argued that various legal interests are protected by such crimes—including sexual inviolability, sexual autonomy, sexual self-determination, and undisturbed sexual development. According to the view adopted in this study, these legal interests do not necessarily always exclude one another; rather, they serve complementary functions.

Keywords: Sexual abuse of children, Sexual autonomy, Sexual inviolability, Sexual self-determination, Undisturbed sexual development

ZUSAMMENFASSUNG

Die Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern ist aufgrund der Tatsache, dass das Opfer ein Kind ist, des Unrechtsgehalts sowie der angedrohten hohen Strafen ein Gegenstand anhaltender Diskussionen in der Rechtswissenschaft und in vielen anderen Disziplinen. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, welches Rechtsgut durch die Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern geschützt wird, und analysiert vergleichend die hierzu vertretenen Auffassungen in der türkischen und deutschen Strafrechtslehre sowie -praxis. Das deutsche Strafrecht hat seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts seinen Zugang zu Sexualdelikten geändert, den moralorientierten Ansatz aufgegeben und stattdessen einen auf die Rechte des Individuums ausgerichteten Ansatz übernommen. Diese Entwicklung fand im türkischen Strafrecht mit dem Inkrafttreten des türkischen Strafgesetzbuches Nr. 5237 im Jahr 2005 ihren Niederschlag. Hinsichtlich der Frage, welches Rechtsgut durch die in dem Abschnitt über Sexualdelikte geregelten Straftatbestände geschützt wird, besteht jedoch weder in der türkischen noch in der deutschen Strafrechtslehre Einigkeit. Vielmehr wird vertreten, dass durch die Tat verschiedene Rechtsgüter wie die sexuelle Unversehrtheit, die sexuelle Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder die ungestörte sexuelle Entwicklung geschützt werden. Nach der in dieser

Arbeit vertretenen Auffassung schließen sich diese Rechtsgüter nicht in jedem Fall gegenseitig aus; vielmehr erfüllen sie eine einander ergänzende Funktion.

Schlüsselwörter: Sexueller Missbrauch von Kindern, Sexuelle Freiheit, Sexuelle Unversehrtheit, Sexuelle Selbstbestimmung, Ungestörte sexuelle Entwicklung

EXTENDED ABSTRACT

The offence of sexual abuse of children remains a subject of constant debate within the field of law and various other disciplines due to the vulnerability of its victims, the nature of the harm involved and the severity of the prescribed penalties. This study addresses the question of which legal interest is protected by the crime of sexual abuse of children and presents a comparative analysis of the views put forward in Turkish and German criminal law doctrine and practice. Since the second half of the 20th century, German criminal law has shifted its approach to sexual crimes by abandoning a morality-based perspective in favour of one that prioritizes individual rights. This transformation was reflected in Turkish criminal law with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237 (“TPC”) in 2005. However, there is no consensus among either Turkish or German legal scholars as to which legal interest is protected by the crimes regulated under the section on sexual offences, and it has been argued that various legal interests are protected by such crimes—including sexual inviolability, sexual autonomy, sexual self-determination, and undisturbed sexual development. According to the view adopted in this study, these legal interests do not necessarily always exclude one another; rather, they serve complementary functions.

Although the title of the section on sexual offences—“Crimes Against Sexual Inviolability”—as well as the reasoning behind Article 102 of the TPC might suggest that the protected legal interest is sexual inviolability, diverging interpretations have been offered in the Turkish criminal law literature. It has been argued that what is actually protected may be the child’s sexual autonomy, based on the idea that this autonomy exists inherently, even if it cannot yet be exercised due to legal incapacity. On the other hand, it has also been maintained that the relevant provisions aim to protect the child’s bodily and psychological integrity. In addition, hybrid perspectives have been introduced, proposing that the crime protects not only sexual autonomy or inviolability but also the child’s right to undisturbed sexual development.

German criminal law reflects a similarly diverse doctrinal landscape. Since the reforms of 1969, the section dealing with sexual offences has been titled “Crimes Against Sexual Self-Determination,” replacing the older, morality-centred terminology. In the German criminal law literature, sexual self-determination has been interpreted both positively—as the freedom to engage in sexual activity based on one’s own will—and negatively—as protection from unwanted sexual conduct. Based on this framework, four main views have been developed: (1) protection of negative sexual self-determination as freedom from external interference; (2) protection of undisturbed sexual development; (3) protection of general development; and (4) protection of

sexual inviolability or integrity.

Based on the comparative analysis presented in this study, it is argued that the crime of sexual abuse of children is best classified as a crime of abstract endangerment. While it may often result in concrete harm, requiring proof of such harm in every case would severely hinder effective prosecution. The criminal norm is therefore justified in protecting legal interests that are endangered by the act itself—regardless of whether actual damage can be proven. These include sexual inviolability, negative sexual self-determination, and undisturbed sexual development.

In conclusion, the findings of this study suggest that the legal interests protected by the crime of sexual abuse of children should not be understood as mutually exclusive. Rather, they form an interconnected framework of values that collectively safeguard the child's multifaceted interests, encompassing their overall developmental integrity. These include sexual inviolability, (negative) sexual self-determination, and the right to undisturbed development—not only in the sexual domain but also in terms of general personal, emotional, and psychological growth. Recognizing this interrelationship allows for a more coherent and comprehensive understanding of the protected legal interests and prevents the overly narrow application of criminal norms related to the sexual abuse of children.

GİRİŞ

Çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurunun çocuk olması ve diğer maddi ve manevi unsurları açısından haksızlık içeriği ile öngörülen cezaların yüksek olması nedeniyle hukukun ve birçok bilim dalının sürekli tartışma sahasıdır. Konunun ceza hukuku boyutunda en önemli noktalarından biri suçla korunan hukuki değerdir. Zira bu hususta yapılacak belirlemeye göre suç bağlamında yapılacak dogmatik ve bilhassa hukuki değeri ihlal eden davranış biçimlerinin neler olduğu ve neler olması gerektiğine ilişkin tartışmalar daha sağlam bir zeminde yürütülebilecektir. Keza bir suç ile korunan hukuki değerlerin öneminin her durumda, bilhassa ilgili ceza hükmü yorumlanırken ve işlenen fiillerin hangi suç tanımlarına uyduklarına dair bir belirleme yapılırken göz önünde bulundurulması, kanun koyucunun gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasını ve böylece daha isabetli çıkarımlarda bulunulmasını; uygulayıcıların ise daha adil kararlar vermesini sağlayacaktır.

Alman ceza hukukunda 1969 yılında yapılan reform ile cinsel suçlarda 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülmeye başlayan anlayış değişikliği, Türk ceza hukukundaki yansımaları ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK” veya “Kanun”) ile bulmuştur. Alman kanun

koyucusu, Alman Ceza Kanunu’nun (“ACK”) 13. bölümünde yer alan “Ahlaka Karşı Cürümler ve Cünhalar (*Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*)”¹ bölümünün başlığını, Alman Federal Temyiz Mahkemesinin 1969 tarihli kararında² ifadesini bulan ve 1969 yılında yapılan kanun değişikliğine³ de yansıyan anlayış değişikliğine uygun olarak – ve *Schroeder*’in önerisini⁴ benimseyerek – “Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar” (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*)” olarak değiştirmiş ve cinsel suçlar bağlamında Alman ceza hukukunda ahlaki önceleyen anlayıştan bireylerin haklarını önceleyen anlayışa geçilmiştir.⁶

Alman ceza hukukundaki dönüşümün bir benzeri Türk ceza hukukunda da yaşanmıştır. Daha önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlıklı bölüm altında düzenlenen cinsel suçlar, yeni Kanun’da “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Bölüm başlığının bu bölümde düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer için de bir ipucu verdiği düşünülebilir. Nitekim kanun koyucu cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102 gerekçesinde “*cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlâl edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.*”⁷ açıklamasına yer vermiş ve böylece aynı bölümde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçuyla (TCK m. 103) korunan hukuki değer de “cinsel dokunulmazlık” olduğuna işaret etmiştir. Ancak kanun koyucunun bu tespitine karşın çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer ne olduğu hususunda Türk ceza hukuku öğretisinde görüş birliği bulunmamaktadır.

¹ ACK § 12/1 hükmüne göre cürümler (*Verbrechen*), alt sınırı için bir yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülmüş hukuka aykırı fiillerdir. Cünhalar (*Vergehen*) ise ACK § 12/2 hükmüne göre alt sınırı için bir yıldan az hapis veya para cezası öngörülmüş hukuka aykırı fiillerdir.

² BGH, Urteil vom 22.7.1969 - 1 StR 456/68, BGHSt 23, s. 43 (“Fanny Hill” kararı): “*Ceza Kanunu’nun görevi, yetişkin vatandaşlar için cinsel alanda ahlaki bir standart belirlemek değil, toplumsal düzeni ihlallerden ve ağır tacizlerden korumaktır.*”

³ BGBl. I s. 645.

⁴ Schroeder, “Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, s. 15.

⁵ Çalışmada “*sexuelle Selbstbestimmung*” kavramının Türkçe karşılığı olarak neden “cinsel alanda kendi kararını verme” kavramının tercih edildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda I.

⁶ Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 15; Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 6; Bu dönüşüm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Laubenthal, kn. 12 vd.

⁷ TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

İfade etmek gerekir ki yalnızca bölüm başlığından yola çıkılarak korunan hukuki değerın tespiti isabetli değildir. Zira bir bölüm başlığının o bölümde yer alan bütün suçları kapsayacak şekilde bir hukuki değer belirleyebilmesi mümkün değildir.⁸ Bölüm başlıklarının korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin olarak ancak bir çıkış noktası teşkil edebileceği ve bu suretle sonraki akıl yürütmeler için yol gösterici olabileceği kanısındayız. Bundan dolayı hem Kanun'daki "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında hem de Alman Ceza Kanunu'ndaki "Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen suç tipleriyle hangi hukuki değerin korunduğu, her suç tipi bağlamında ayrı ayrı belirlenmelidir.⁹

Çalışmada öncelikle Türk ceza hukukunda konu bağlamında ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Akabinde ise Alman ceza hukukundaki görüşler incelenecek ve her iki hukuk sistemindeki görüşler ışığında suçun hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapılacaktır.

Türk ceza hukukunda TCK m. 6(b) ve Çocuk Koruma Kanunu ("ÇKK") m. 3/1 hükümlerine göre henüz on sekiz yaşını doldurmamış herkes *çocuk* olarak nitelendirilmekte ve Alman ceza hukukunun aksine çocuk/ genç ayrımı yapılmamaktadır. Alman ceza hukukunda ise ACK § 176/1 hükmüne göre on dört yaşın altındaki bir kimse *çocuk* (*Kind*) olarak nitelendirilirken, Gençlik Mahkemeleri Kanunu (*Jugendgerichtsgesetz*) § 1/2 hükmüne göre on dört yaşını tamamlamış olan on sekiz yaşın altındaki kimseler *genç* (*Jugendlicher*) olarak nitelendirilmektedir.¹⁰

I. KENDİ KARARINI VERME (*SELBSTBESTIMMUNG*) KAVRAMI ÜZERİNE

Çalışma konumuz bağlamında ileri sürülen görüşlerin yorumlanmasına

⁸ Karşl. Eschelbach, § 176 kn. 4: "13. bölümün Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar olarak isimlendirilmesi, hukuki değere ilişkin belirlemeye dair ancak sınırlı bir anlam ifade etmektedir."; Keza aynı yönde bkz. Dreher, s. 47: "Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar' bölüm başlığı, hukuki değerin eksiksiz bir nitelendirmesini yapamaz. Zira bazı hükümler için [...] bu yönde bir hukuki değer nitelendirmesi ya yapılamaz ya da ancak çok zahmetli şekilde yapılabilir. Buna ek olarak, (yeni hâli § 184h[1] olan ACK) § 184c[1] hükmünde 'korunan her bir hukuki değer için' ifadesiyle yapılan tanım, bu bölümde yer alan farklı suçların aynı hukuki değeri (korumadığını), her bir suç için farklı bir hukuki değerin söz konusu olduğunu göstermektedir."; Sturm, s. 4: "(13. bölümün) başlığı bölüm içeriğinin en önemli kısmını kapsıyor olsa da oldukça sınırlı kalmaktadır."

⁹ Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12; Alman hukuku bağlamında karşl. Brockmann, s. 221 vd.

¹⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Laubenthal/ Baier/ Nestler, kn. 58.

katkı sağlayacağını düşündüğümüz için, Türk hukukundaki görünümü ele almadan önce *kendi kararını verme* (*Selbstbestimmung*) kavramının Türkçe karşılığına ilişkin kısa bir belirleme yapmakta fayda görmekteyiz.

Yukarıda değinildiği üzere Alman Ceza Kanunu’nda çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği 13. bölümün adı “Cinsel Alanda Kendi Kararını Verme” olarak belirlenmiştir. *Selbstbestimmung* kavramının karşılığı olarak Türk hukukunda *Turhan*¹¹ ve *Dursun*¹² tarafından “özelbelirlenim” kavramı kullanılırken, *Keskin*¹³ tarafından “bizzat karar verme” kavramı tercih edilmektedir. Alman Ceza Kanunu’nun *Yenisey* ve *Plagemann* tarafından yapılan çevirisinde ise başlık, “*Bireyin Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir. Ancak yazarlara göre “*Alman Hukukundaki terim, bireyin kendisine ait olan cinsel davranışlarını yönlendirme hakkının korunduğunu ifade et(tiği)*” için, yazarlar Türk Ceza Kanunu terminolojisine uygun olarak “*cinsel dokunulmazlık*” terimini kullanmayı tercih etmiştir.¹⁴ *Öztan* ise kişinin özel hayat alanının korunması bağlamında *Selbstbestimmungsrecht* kavramının karşılığı olarak “*kişinin kendisinin karar verme hakkı*” ile “*kişinin serbest karar verme hakkı*” ifadelerini kullanmaktadır.¹⁵

Kanaatimizce *özelbelirlenim* ifadesi etken bir çağrışımdan ziyade edilgen bir çağrışıma sahiptir ve Almanca kavramdaki müspet yönü (*Bestimmung*) tam olarak ifade edememektedir. *Bizzat karar verme* kavramı ise *Selbstbestimmung* kavramının içerdiği *serbestçe, hiçbir baskı altında kalmadan, özgürce karar verme*¹⁶ olgusunu tam anlamıyla karşılayamamaktadır. Zira kişi, bir cebir sonucunda da bir şeyi *bizzat* yapmaya karar ver(diril)ebilir.¹⁷ Önemli olan, verilen kararın özgür iradenin ürünü olup gerçekten kişinin *kendi* kararı olup

¹¹ Turhan, s. 203 kn. 410 vd.

¹² Dursun, s. 173.

¹³ Keskin, s. 26 vd.

¹⁴ Yenisey/ Plagemann, s. 266 dn. 108.

¹⁵ Öztan, s. 284.

¹⁶ Karşl. Sick, s. 51; Keskin, s. 61.

¹⁷ Nitekim baskı altında olsa dahi kişinin verdiği karar yine kendisinin vermiş olduğu bir karardır. Bu nedenle ceza hukukunda örneğin cebir veya tehdit nedeniyle bir başkasının malına zarar veren kişinin işlediği fiil, haksızlık niteliğini korumaya devam etmekte ancak kusurluluğa ilişkin bir değerlendirme yapılabilmektedir. Böylece belirli şartlar altında faile ya hiç ceza verilmemekte ya da cezada indirimle gidilmektedir. Bu bağlamda bkz. Özgenç, s. 469, s. 496 vd., zorunluluk hâli bağlamında s. 498 vd.

olmadığıdır. Bu nedenle *Selbstbestimmung* kavramının karşılığı olarak *kendi kararını verme* ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatinde¹⁸ olduğumuzdan çalışmada *sexuelle Selbstbestimmung* kavramının Türkçe karşılığı olarak *cinsel alanda kendi kararını verme* kavramı kullanılacaktır.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜM

Kanun'da cinsel suçların düzenlendiği bölümün başlığı “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” olarak belirlenmiş ve cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102 hükmü gerekçesinde “(b)u bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.”¹⁹ denilmek suretiyle kanun koyucunun bölüm başlığına ilişkin seçiminin bilinçli bir tercih olduğu ve bu suçlarla korunan hukuki değeri de ifade ettiği açıklanmıştır. Ancak durum böyle olsa da cinsel suçlarla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık mı yoksa cinsel özgürlük veya başka bir hukuki değer mi olduğu tartışmalıdır. Nitekim yukarıda değinildiği üzere yalnızca bölüm başlığından yola çıkılarak korunan hukuki değere ilişkin bir belirlemede bulunulması isabetli değildir. Zira bir bölüm başlığı ve bu başlığın işaret ettiği kavramın o bölümde yer alan bütün suçları kapsayacak bir hukuki değer tespiti yapılabilmesi mümkün değildir. Bu durum en açık biçimde cinsel saldırı (TCK m. 102) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) suçları bağlamında belirgin hâle gelmektedir. Zira cinsel saldırı suçu ile çocukların cinsel istismarı suçunun aynı hukuki değeri koruduğunu ileri sürmek, bu suçların mağdurun yaşı ve öngörülen ceza miktarları dışında birbirinden farkları olmadığını kabul etmeyi gerektirir. Kanun koyucu yalnızca mağdurun yaşını dikkate alarak ayrı bir suç düzenlemeyi düstur olarak kabul etse idi örneğin TCK m. 82/1(e) hükmü ile kasten öldürme, TCK m. 94/2(a) hükmü ile de işkence fiillerinin çocuğa karşı işlenmesini nitelikli hâl olarak değil, tıpkı TCK m. 103 gibi müstakil suç olarak düzenlemesi gerekirdi.

Türk öğretisinde ileri sürülen görüşler – ifade edilişlerindeki birtakım nüanslar dikkate alınmadığında – genel olarak üç görüş altında kümelenmektedir: 1) Cinsel özgürlük, 2) Cinsel dokunulmazlık ve 3) Karma görüşler.

¹⁸ Aslında Keskin de kavramın içeriğine ilişkin olarak bireyin bir hususta iradesini “serbestçe” oluşturma hakkına atıfta bulunmaktadır. Keskin, s. 27, 273; Nitekim yazara göre “bizzat” kelimesi, kararın kişinin kendisi tarafından verilmesini kapsamaktadır ve iradenin serbestçe oluşumu da “karar verme” fiilinin kapsamına dâhildir: s. 28 dn. 16.

¹⁹ TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

A. Cinsel Özgürlük

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer *cinsel özgürlük* olduğu öğretide yaygın biçimde kabul edilmektedir. Söz gelimi *Taner*'e göre kişinin doğuştan itibaren korunmaya değer bir cinsel özgürlüğü vardır. Çocuklar bu özgürlükleri üzerinde ancak on beş yaşından itibaren – TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yarattığı gri alana rağmen – tasarrufta bulunabilseler de cinsel istismar suçunun koruduğu hukuki değer tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi²⁰ çocuğun cinsel özgürlüğüdür.²¹ Yazara göre, cinsel özgürlüğün hukuki değer olarak benimsenmemesi hâlinde alternatif olarak çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi hukuki değer olarak kabul edilmelidir.²²

Ünver'e göre ise

*“(c)insel suçların korudukları hukuksal değer, münferit suç tiplerinde daha da somutlaştırılarak alt ayırımlara indirgenenler hariç, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilir ve bunun ihlal şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık etmektedir.”*²³

Yazara göre çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında bu cinsel özgürlük, çocukların kendilerine rağmen korunmaktadır.²⁴

B. Cinsel Dokunulmazlık

Hukuki değere ilişkin olarak öğretide bazı yazarlar tarafından kanun koyucunun bölüm başlığındaki tercihiyle aynı doğrultuda bir belirleme yapılmaktadır. Söz gelimi *Özgenç*, kanunda cinsel suçlar bağlamında korunan hukuki değer *cinsel dokunulmazlık* olarak belirlendiğini, hukuki değer *cinsel özgürlük* olarak ifade edilmemesinin ise bilinçli bir tercih olduğunu

²⁰ Koca/ Üzülmüş, s. 376; *Taner*, s. 86; *Tezcan/ Erdem/ Önok*, s. 324 vd.; *Centel/ Zafer*, s. 231.

²¹ *Taner*, s. 67 vd., 70, 363; Ancak ifade etmek gerekir ki TCK m. 102 ve m. 103 birbirinden farklı hukuki değerleri koruyan iki ayrı suçtur. Aksi bir kabul, her iki hükmün ayrı maddelerde düzenlenmesi ve çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların *cinsel istismar* olarak nitelendirilmesi ve daha ağır cezalarla karşılanması yaklaşımını boşa çıkarır. Ayrıca karşı. *Brockmann*, s. 223 vd.

²² *Taner*, s. 363.

²³ *Ünver*, *Hukuksal Değer*, s. 1033.

²⁴ *Ünver*, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 311 vd.; *Karşl. Brockmann*, s. 240 vd.

ifade etmektedir.²⁵ Nitekim yazara göre

*“[...] kişiler cinsel arzularının tatmini amacıyla başkalarının vücut dokunulmazlığını ihlâl edemezler. Kişiler, cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik partnerini belirlerken, fizikî ve ruhi gelişmişlik düzeyi, cinsiyet, akrabalık ilişkisi ve medeni hal gibi bazı doğal ve hukuki sınırlama ölçütlerine riayet etmekle yükümlü kılınmıştır.”*²⁶

Memiş Kartal’a göre ise rızasına hukuki sonuç bağlanmayan bir çocuğun cinsel özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden, çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocuğun ruh ve beden gelişimi ile cinsel dokunulmazlığıdır.²⁷ Benzer biçimde *Ergüne*, korunan hukuki değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğü olduğu görüşündedir.²⁸

C. Karma Görüşler

Bazı yazarlar tarafından cinsel istismar suçuyla yukarıdaki hukuki değerlerin yanında veya bunlardan farklı olarak başka hukuki değerlerin korunduğu ileri sürülmektedir. Örneğin *Koca ve Üzülmaz*’e göre çocukların cinsel istismarı suçuyla cinsel özgürlüğün yanı sıra çocukların sağlıklı cinsel gelişime sahip olmaları korunmak istenmiştir.²⁹ *Tezcan ve diğerlerine* göre ise korunan hukuki değer cinsel özgürlüğün yanında, kişilerin erken cinsel deneyimden uzak tutulmalarıdır. Böylece çocuğun engelsiz (sağlıklı) cinsel gelişiminin korunması amaçlanmıştır.³⁰ *Özbek ve diğerlerine* göre korunan hukuki değer çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleridir.³¹ *İşten* ise cinsel istismar suçuyla çocukların cinsel özgürlükleri, cinsel dokunulmazlıkları ile düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimlerinin korunduğu görüşündedir.³² *Yılmaz*’a göre bu suçla

“çocuğun ruhsal ve bedensel gelişimi, [...] cinsel yönden sağlıklı gelişimi korunmakla birlikte, çocuğun belirli bir yaşa kadar tasarruf hakkı olmasa da

²⁵ Özgenç, Cinsel Suçlar, s. 260.

²⁶ Özgenç, “Cinsel Suçlar”, s. 260.

²⁷ Memiş Kartal, s. 138, 143 vd.

²⁸ Ergüne, s. 54, 57.

²⁹ Koca/ Üzülmaz, s. 403.

³⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 382.

³¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 359.

³² İşten, s. 139, 142.

*doğuştan itibaren korunmaya değer bir cinsel özgürlüğü [...] bulun(makta) ve ayrıca (bu suç ile) cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlüğü (de korunmaktadır) [...]”.*³³

Nihayet Yargıtay’a göre “*kanun koyucu TCK’nun 103. maddesinde tanımlanan suçu ihdas etmekle, küçük yaştaki çocuk mağdurların beden ve ruh sağlığını korumayı amaçlamaktadır.*”³⁴ Böylece Yargıtay da cinsel dokunulmazlığın korunduğu yönündeki kanun koyucunun benimsediği kabulle³⁵ örtüşen ve birbirini tamamlayan bir anlayışı benimsemiş görünmektedir.

III. ALMAN CEZA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜM

Alman kanun koyucusuna göre *cinsel alanda kendi kararını verme* – bir hukuki değer olarak – Alman Ceza Kanunu 13. bölümde düzenlenen suçların her biri bağlamında ayrı ayrı somutlaşmaktadır.³⁶ Nitekim ACK § 184h(1) hükmünde yer alan ve cinsel davranışların yalnızca, korunan her bir hukuki değer bağlamında önem arz eden belirli ağırlıktaki davranışlar olduğu yönündeki hüküm de buna işaret etmektedir.³⁷ ACK § 176’da düzenlenen çocukların cinsel istismarı (*Sexueller Missbrauch von Kindern*) suçu bağlamında somutlaşan hukuki değere ilişkin ileri sürülen görüşler incelendiğinde esas olarak dört görüş öne çıkmaktadır: 1) Geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme – dışsal belirlemelerden korunma veya savun(ul)ma hakkı, 2) müdahalede bulunulmamış/ intakt³⁸ cinsel gelişim,

³³ Yılmaz, s. 1427.

³⁴ YCGK., E. 2015/255 K. 2018/120 T. 27.3.2018; YCGK., E. 2014/844 K. 2018/17 T. 23.1.2018 (Aksi belirtilmedikçe Yargıtay kararları www.lexpera.com.tr adresinden alınmıştır.)

³⁵ TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

³⁶ Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12.

³⁷ Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12; Laubenthal, kn. 30; Eisele, Vor § 174 kn. 1a; Maurach/Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 15; Sick, s. 50; Beck, s. 53; Bottke, s. 544; Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 48.

³⁸ *İntakt*, kelime anlamı olarak *dokunulmamış (unversehrt)*, *zarar görmemiş (unbeschädigt)* ve *orijinal hâlinde* anlamlarına gelir. Wahrig-Burfeind, s. 775; <<https://www.duden.de/rechtschreibung/intakt>>; <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/intact>> (Her biri için erişim tarihi: 25.8.2024); Motamot çeviri yapıldığında *rahatsız edilmemiş* olarak çevrilebilecek “*ungestört*” sıfatı, kanaatimizce “müdahalede bulunulmamış” veya “intakt” kavramlarına karşılık gelmektedir. Biz ise çalışmamızda, Türkçe terminolojiye daha uygun olacağı gerekçesiyle “müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim (*ungestörte sexuelle Entwicklung*)” ve “müdahalede bulunulmamış genel gelişim (*ungestörte Gesamtentwicklung*)” kavramlarını kullanmayı tercih ettik.

3) müdahalede bulunulmamış genel gelişim ve 4) cinsel bütünlük veya cinsel dokunulmazlık.

A. Geniş (Menfi) Anlamda Cinsel Alanda Kendi Kararını Verme – Dışsal Belirlemelerden Korunma veya Savun(ul)ma Hakkı: İstenmeyen Cinsel Davranışlardan Özgür Olma Hâli³⁹

Bu görüşte olan yazarlara göre çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocukların geniş⁴⁰ anlamda cinsel alanda kendi kararını ver(ebil)meleridir.⁴¹ Burada bahsi geçen, dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme (*positive sexuelle Selbstbestimmung*) değil, geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermedir (*negative sexuelle Selbstbestimmung*).⁴² Böylece kişinin serbestçe kendi karar vermediği cinsel davranışlara, başka bir deyişle cinsel saldırılara (*fremdbestimmte sexuelle Übergriffe*) karşı savun(ul)ma hakkı (*Abwehrrecht*), bu gibi saldırılara maruz kalmama özgürlüğü koruma altına alınmıştır.⁴³ Keza cinsel alanda kendi

³⁹ (*Negative*) sexuelle Selbstbestimmung im weiteren Sinne – Schutz vor Fremdbestimmung oder das Abwehrrecht: Freiheit von unerwünschten sexuellen Handlungen

⁴⁰ Geniş anlamda sıfatının nitelendirdiği, “cinsel alanda” değil “cinsel alanda kendi kararını verme” kelime öbeğidir.

⁴¹ Renzikowski, § 176 kn. 1, karşı. Vor § 174 kn. 8, 25; Sick/ Renzikowski, s. 611; Hörnle, *LK-StGB*, § 174 kn. 34, 46, § 176 kn. 2; Laubenthal, kn. 29 vd.; Çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerinin, savunma hakkı (*Abwehrrecht*) anlamındaki cinsel alanda kendi kararını verme ile birlikte korunduğuna dair bkz. Eisele, § 176 kn. 1a; Lenz, s. 33 vd., Lenz, cinsel alanda kendi kararını verme hakkına alternatif olarak cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğü teriminin de kullanılabileceği görüşündedir. Keza yazara göre çocukların cinsel istismarı suçu menfi anlamda cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğünü, başka bir deyişle istenmeyen cinsel davranışlardan bağışık tutulma özgürlüğünü ihlal etmektedir: s. 37; Karşl. Wolters, § 176 kn. 3: Wolters’e göre ise çocuklarda cinsel alanda kendi kararını verme mevcut olmadığı için hüküm ile çocuklar “her tür dışsal belirlemeden” korunmaktadır; Keza karşı. BGH, Beschl. v. 24.8.2023 – 2 StR 271/23, *NSiZ*, 2024, s. 166, kn. 6 (Bir cinsel davranış ciddiye bağlamında); Hukuki değer geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme olduğu kabulünün eleştirisi için bkz. Brockmann, s. 220 vd.

⁴² Hörnle, Vor § 174 kn. 34, § 176a kn. 1; Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; “Daha yakından incelendiğinde, müspet anlamda hak ile menfi anlamda hak arasındaki karşılık aslında görünüşte bir problemdir. Esasen bunlar, aynı madalyonun iki yüzüdür.”: Sick/ Renzikowski, s. 604; Karşl. Keskin, s. 81: Yazar kendi kararını vermeyi müspet bir kavram olarak kabul etmektedir ve yazara göre bunun belirli sınırlar içerisinde ileri sürülmesi gerekir.

⁴³ Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; Sick/ Renzikowski, s. 604; Lenz, s. 37; Bottke, s. 536 vd., 540 vd., 553 vd.; Hörnle, *Sexuelle Selbstbestimmung*, s. 851, 859 vd.; Laubenthal tarafından dışsal belirlemeden özgür olma hâli, “potansiyel mağdurun, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde cinsel bir faaliyete dâhil olmak isteyip istemediğine ve ne şekilde dâhil olmak istediğine kendisinin bizzat karar verebilmesi için gerekli zihinsel ve fiziksel koşulları muhafaza etmesi” olarak tanımlanmaktadır. Laubenthal, kn. 29; Savunma hakkıyla ilgili

kararını verme kavramı genel ve kapsayıcı şekilde anlaşılmalıdır.⁴⁴

Bu bağlamda ifade edelim ki ceza hukukunu ilgilendiren, bireyin müspet (dar) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkını hayata geçirmesini suç tanımlamaları yoluyla bilfiil sağlamak değildir. Ceza hukukunun amacı, arzu edilmeyen cinsel davranışlara karşı bireyin savunma hakkını, başka bir deyişle – menfi (geniş) anlamda – cinsel alanda kendi kararını verme hakkı veya özgürlüğünü⁴⁵ veya bu gibi davranışlardan – yaşı veya içinde bulunduğu başka zorlayıcı sebeplerden ötürü – bağışık tutulma hakkını güvence altına almaktır.⁴⁶ Bir kimseyi cinsel alanda kendi kararını verme hakkını kullanmaktan alıkoyan kişinin fiilini ise şartları varsa cebir (TCK m. 108 ve ACK § 240) suçu bağlamında değerlendirmek gerekir.⁴⁷

Nitekim çocukların, cinsellikleri üzerinde müspet anlamda bir tasarrufta bulunma özgürlükleri⁴⁸ bulunmamakta ve kanun koyucu tarafından rızalarına hukuken, başka bir deyişle normatif olarak bir değer atfedilmemektedir.⁴⁹ Çocuklar söz konusu olduğunda ceza hukukunun bilhassa ilgilendiği husus onların – menfi (genel) anlamda – cinsel alanda kendi kararını verme

olarak ayrıca bkz. Hörnle, *Sexueller Missbrauch von Kindern*, s. 334 vd.

⁴⁴ Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; “*Elbette, cinsel alanda kendi kararını verme kavramı kişisel özgürlük kavramından daha geniştir.*”: Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 15; Sick, s. 50; Sick/ Renzikowski, s. 607; Heger, *Lackner/Kühl StGB*, Vor § 174 kn. 1; Bottke, s. 544; Laubenthal, kn. 30, karışl. kn. 427, *Laubenthal’e göre cinsel saldırı* (ACK § 177) suçuyla *cinsel alanda kendi kararını verme* dar anlamda da korunmaktadır: kn. 30; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, Vor § 174 kn. 1a; Bezjak, s. 110: “*Cinsel alanda kendi kararını verme kavramı (bu kavramın otonom çekirdeğinden) daha geniş anlaşılmalıdır. Böylece bu kabul, cinsel alanda kendi kararını verme (ifadesinin Alman) Ceza Kanunu’nun 13. bölümünün tamamının başlığını oluşturması ve bu bölümdeki tüm ceza hükümlerinin bu kavrama dayandırılması gerekliliğiyle de uyumludur. Cinsel alanda kendi kararını verme ne kadar geniş bir şekilde anlaşılırsa, (ceza hükümlerinin cinsel alanda kendi kararını verme kavramına dayandırılmasının) başarılı olma ihtimali de o kadar artacaktır.*”; Geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kavramıyla *mağdura* değil *faile* odaklanıldığı yönünde karışl. Brockmann, s. 218 vd.

⁴⁵ *Negative(s) sexuelle(s) Selbstbestimmungsrecht veya Selbstbestimmungsfreiheit.*

⁴⁶ Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 34; Sick, s. 51; Sick/ Renzikowski, s. 604, 611; Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 16.

⁴⁷ Brockmann, s. 218 ve dn. 313: Örneğin evli olmayan bireylerin birbirleriyle cinsel anlamda yakınlaşmalarını dinî veya ahlaki saiklerle engellemek bu bağlamda değerlendirilebilir.

⁴⁸ *Positive Dispositionsfreiheit.*

⁴⁹ Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 34. Ancak bu durum örneğin TCK m. 103/1(a ve b) hükümleri kapsamı dışında kalan çocukların, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel nitelikteki davranışları için geçerli değildir.

haklarıdır⁵⁰: Çocukların istenmeyen cinsel davranışlara karşı savun(ul)ma hakları bulunmaktadır.⁵¹

Alman Ceza Kanunu’nun 13. bölüm başlığının isim babası olan *Schroeder*’in⁵² de aralarında bulunduğu *Maurach* ve *diğerlerine* göre bu bölümde düzenlenen suçlar

“cinsel alanda kendi kararını vermeyi, cinsel yaşamda geniş anlamda kendi kararını verme gibi korumamaktadır. Daha ziyade korunan, cinsel davranışlara karşı menfi özgürlük⁵³ olup – her ne kadar pekâlâ düşünülebilir olsa ve cinsel alanda kendi kararını vermenin kapsamlı biçimde korunmasına katkı sağlayabilecek olsa da – cinsel davranışlar için özgürlük⁵⁴ değildir.”⁵⁵

Fischer’e göre ise

“13. bölümün koruma kapsamının özünü cinsel alanda kendi kararını verme, başka bir deyişle kişinin cinsel faaliyetin yeri, zamanı, şekli ve partnerine kendi karar verme özgürlüğü oluşturmaktadır. Buna belirli cinsel faaliyetlere karşı (olumsuz yönde) karar verme özgürlüğü de dâhildir. Kendi kararını verme, insan onurundan kaynaklanan genel kişilik hakkının bir parçasıdır; birçok yönden kişinin entelektüel, ahlaki ve sosyal kimliğiyle bağlantılıdır.”⁵⁶

Yazar TCK m. 102’nin muadili olarak görülebilecek ACK § 177 hükmünün *“cinsel alanda kendi kararını verme, başka bir deyişle kişinin kendi isteğine uygun olarak cinsel faaliyetin zamanına, türüne, şekline ve partnerine karar verme özgürlüğünü”* koruduğu görüşündedir.⁵⁷ Böylece genel anlamdaki cinsel alanda kendi kararını verme, cinsel saldırı suçu söz konusu olduğunda müspet anlamda cinsel alanda kendi kararını ver(ebil)me olarak somutlaşmaktadır. Yazara göre ACK § 176 hükmü bağlamında

⁵⁰ *Das Recht auf negative sexuelle Selbstbestimmung.*

⁵¹ Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 46.

⁵² Schroeder, “Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, s. 14 vd.; Kanun gerekçesi için bkz. Bundestagsdrucksache 7/514, s. 5.

⁵³ *Negative Freiheit vor sexuellen Handlungen.*

⁵⁴ *Freiheit zu sexuellen Handlungen.*

⁵⁵ Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 16.

⁵⁶ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 71. Auflage, CH Beck, 2024, Vor § 174 kn. 5.

⁵⁷ Fischer, *StGB*, § 177 kn. 2; Fischer, *Sexuelle Selbstbestimmung*, s. 75, 87.

somutlaşan hukuki değer ise “çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin” herhangi bir müdahale olmadan gelişmesi imkânıdır.⁵⁸

Fischer ile benzer şekilde *Ziegler*, ACK § 176 hükmüyle esas olarak çocukların genel gelişimlerinin cinsel davranışlarla olumsuz etkilenmesinden korunduğu görüşündedir. Böylece çocukların bilhassa cinsel alanda kendi kararını verme yeteneği⁵⁹ edinebilme imkânları korunmaktadır.⁶⁰

Sick’e göre cinsel alanda kendi kararını verme kavramı somut olarak, “mağdurun (o) anda, (orada) ve (o) kişi tarafından cinsel bir olaya dâhil edilmek isteyip istemediğine bizzat karar verebilme yeteneği için gerekli fiziksel ve zihinsel koşulların muhafaza edilmesi gerektiği anlamına gelir.”⁶¹ *Sick* ve *Renzikowski*’ye göre ise

“kendi kararını verme, kişinin seçim özgürlüğüne sahip olmasıdır. Özgür bir seçim, kişinin belirli bir düzeyde entelektüel yeterliliğe sahip, mevcut alternatiflerin farkında ve kendi tercihlerine göre anlamlı bir seçim yapmak için yeterli bilgiye sahip olmasını gerektirir. Kendi kararını verme, bilhassa şiddet veya tehdit yoluyla, ancak aynı zamanda hile veya diğer başka uygunsuz etkileme şekilleriyle de olumsuz etkilenebilir. Kanun bu gibi durumları genellikle ‘cinsel istismar’ (örneğin ACK §§ 174 vd., 179, 182) olarak nitelendirmektedir.”⁶²

Keza yazarlar kendi kararını verme hakkı ile borçlar hukukundaki haklar arasında bir paralellik de kurmaktadır. Buna göre “*Alman Medeni Kanunu* (‘AMK’) § 903 hükmüne göre mülkiyet, eşya üzerinde istenildiği gibi tasarrufta bulunma ve başkalarını (eşyaya) herhangi bir etkide bulunmaktan men etme yetkisi verir. Subjektif hakların bu klasik tanımı, kendi kararını verme hakkı için de geçerlidir.”⁶³ Ancak yazarlara göre “(m)ülkiyette olduğu gibi kişinin kendi bedeni üzerinde de bir nesne gibi tasarruf hakkından söz edilip edilemeyeceği veya beden ile tasarruf sahibinin bir bütün olarak ele alınması gerekip gerekmediği hususları tartışmalı [...]” olsa da, çok daha önemli bir hakka ilişkin olduğu için cinsel alanda kendi kararını vermeyi

⁵⁸ *Fischer*, *StGB*, § 176 kn. 2.

⁵⁹ *Fähigkeit zu sexueller Selbstbestimmung*.

⁶⁰ *Ziegler*, § 176 kn. 2.

⁶¹ *Sick*, s. 51.

⁶² *Sick/ Renzikowski*, s. 605.

⁶³ *Sick/ Renzikowski*, s. 604 vd.

mülkiyet hakkından daha az kapsamlı bir biçimde anlamak her hâlükârda tutarsız olacaktır.⁶⁴

Hörnle'ye göre ise “cinsel alanda kendi kararını verme, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda belirli bir cinsel yakınlaşmayı kabul etme veya etmeme serbestisine sahip olması anlamına gelir. Kişinin, o andaki iradesine uymayan tüm cinsel faaliyetlere karşı savunma hakkı vardır.”⁶⁵ Bireysel özelliklerinden ve gelişim düzeylerinden bağımsız olarak çocuklara karşı gerçekleştirilen veya failin kendi üzerinde çocuklar tarafından gerçekleştirilmesine izin verdiği davranışların peşinen serbestçe verilmiş bir karara dayanmadığı kabul edildiğinden örneğin ACK § 176/1(1 ve 2)'deki suçlar birer zarar suçudur.⁶⁶ Nitekim yazara göre

“Cinsel suçlara ilişkin yasakların meşruiyeti, zararların veya somut tehlikelerin olası tüm eylem türlerini kapsayan bir ispatından kaynaklanmaz. Gerçek tehlike suçlarının aksine bu suçlarda haksızlık tipe uygun fiilde hâlihazırda mündemiçtir. Cinsel istismar, yalnızca çocuk bilahare (istismarın sonuçlarıyla) başa çıkamayabilir diye kınanmaz. Cinsel davranış daha ziyade her bireyin özel hayatına saygı duyulması hakkını ve buna bağlı olan cinsel alanda kendi kararını verme hakkını ihlal eder.”⁶⁷

⁶⁴ Sick/ Renzikowski, s. 605, dn. 13; Keza karşı. Schulhofer, s. 100 vd.

⁶⁵ Hörnle, LK-StGB, § 177 kn. 1.

⁶⁶ Hörnle, LK-StGB, § 176 kn. 2.

⁶⁷ Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 44, Keza Hörnle'nin bu yaklaşımını Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 10 ile karşı.: “Kanun koyucu zararlı nitelikleri henüz açıkça kanıtlanmamış veya dışlanmamış olan fiilleri cezasız bırakamaz. Fiilin zararsızlığı sabit olmadığı sürece bu fiile müsamaha gösterilmesi bir risk teşkil eder. Kanun koyucunun böyle bir riskle bağlantılı tehlikeyi kabul edip edemeyeceği büyük ölçüde koruma konusunun önemine bağlıdır. Koruma konusunun önemi ne kadar yüksekse kanun koyucunun kabul edebileceği risk de o kadar düşük olacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda (§ 176) korumanın konusu o kadar yüksek bir seviyededir ki çocuklara yönelik cinsel saldırıların zararlılığı belirli bir dereceye kadar şüpheli olsa bile bu Tasarı, suçun kapsamının daraltılmasını önermemektedir.”; Keza aynı yönde bkz. Lenz, s. 32 vd.; Karşı. Renzikowski, § 176 kn. 1, 3; Bilimsel araştırmalar sonucu elde edilen veriler çerçevesinde kanun koyucunun yasama yetkisinin sınırlanabilirliği üzerine karşı. Jäger-Helleport, s. 39 vd., Yazara göre cinsel suçlar bağlamında ahlaki korumadan hukuki değer korumasına geçişle birlikte dayanağa sahip hukuki değerler bilhassa önemli hâle gelmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki hukuki değer koruması demek, ilgili değer açısından zararlılığı behemehâl bilimsel verilerle ispatlanmış hususların korunması anlamına gelmemelidir. Böyle bir durum ceza hukukunda özellikle tehlike suçları, tehlike suçları özelinde de soyut tehlike suçlarının tamamen dayanağını kaybetmesi anlamına gelebilir. Nitekim *in dubio pro reo* ilkesinin yasama faaliyetleri söz konusu olduğunda uygulanamayacağına dair karşı. Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Keza karşı. Wolters, § 176 kn. 3.

B. Çocukların Müdahalede Bulunulmamış Cinsel Gelişimi⁶⁸

Alman ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre çocukların cinsel istismarı suçuyla korunması amaçlanan hukuki değer geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermenin yanı sıra çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimleridir.⁶⁹

Bezzak'a göre çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarla onların cinsel alanda kendi kararını verme hakları değil, genel kişilik hakları⁷⁰ ihlal edilmektedir; bu kişilik haklarının içinde ise müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim ve bununla bağlantılı olarak müdahalede bulunulmamış genel gelişim bulunmaktadır.⁷¹ Keza yazar, geniş (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermeyi, müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramının eş

⁶⁸ *Ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern.*

⁶⁹ Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 35; BGH Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; Beschl. v. 19.12.2008 – 2 StR 383/08, BGHSt 53, s. 119; BGH, Urteil vom 16. 6. 1999 – 2 StR 28–99, BGHSt 45, s. 132, *NJW*, 1999, s. 2977: “*Burada incelenen ACK § 176a, ACK § 176 hükmünün bir nitelikli hâlidir. Bu hüküm ile çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini korumak amaçlanmıştır.*”; BGH, 14.8.2007 – 1 StR 201/07, *NSiZ* 2007, s. 700; BGH, Beschluss vom 20.8.2003 – 2 StR 285/03, *NSiZ-RR*, 2004, s. 42; BGH, Beschluss vom 07.10.1997 – 4 StR 389/97, *StV*, 1998, s. 657; Auffermann/ Vogel, s. 491; *Eisele*'ye göre müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim, *cinsel alanda kendi kararını verme* ile birlikte korunmaktadır: *Eisele, Schönke/Schröder StGB*, Vor § 174 kn. 1b, § 174 kn. 1, § 176 kn. 1a, 3, § 180 kn. 1.; Heger, *Lackner/Kühl StGB*, Vor § 174 kn. 1; Gössel, § 6 kn. 1; Schetsche, s. 202, 204; Karşl. Laubenthal, kn. 97, 438; Çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin serbestçe gelişmesi imkânının korunduğu yönünde karşl. Fischer, *StGB*, § 176 kn. 2; Dışsal belirlemeden korumanın ya “müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime” ya “müdahalede bulunulmamış genel gelişime” ya da “cinsel alanda kendi kararını vermeye” hizmet edeceği yönünde karşl. *Bezzak*, s. 107 vd.; Keza karşl. Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Cinsel istismar suçuyla sadece cinsel alanda kendi kararını vermenin korunduğu düşüncesiyle aksi yönde bkz. Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 1 vd., kn. 31; Keza bkz. Sick/ Renzikowski, s. 606 vd.; Papathanasiou, § 176 kn. 12; “[...] ‘hukuki değer’ olarak ‘müdahalede bulunulmamış gelişimi’ kabul etmek zaten anlamsızdır; çünkü bu öncül zaten aradığımız (işlevsiz) sonucu içerir: (Cinsel bir hareketle müdahalede bulunulmamış) cinsel gelişime, cinsel bir hareketle her zaman müdahale edilmiş olur. Öte yandan, cinsel gelişim sürecindeki farazi normal bir gencin hangi koşullar altında cinsel bir hareket nedeniyle ‘istenmeyen bir gelişime’ (bunun ne anlama geldiği dahi tartışmalıdır) sürüklenebileceğini ve hatta zarar görebileceğini belirlemek mümkün değildir.” düşüncesiyle aksi yönde bkz. Wolters, § 184h kn. 12, keza bkz. § 176 kn. 3.

⁷⁰ *Allgemeine Persönlichkeitsrechte.*

⁷¹ *Bezzak*, s. 109, 120: “*Genel kişilik hakkının bir yansıması olarak, geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme, öncelikle ACK § 176 hükmünün hukuki değeri olarak belirlenmelidir. Bu cinsel alanda kendi kararını verme, çocuğun sonunda otonom bir cinsel alanda kendi kararını verme (yeteneğine) sahip olacağı müdahalede bulunulmamış gelişim evresini korur.*”

anamlısı olarak kabul etmekte⁷² ve müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramını dikkat çekici şekilde şöyle tarif etmektedir:

“[...] her çocuk doğuştan itibaren bünyesinde sağlam bir duygu çekirdeği taşır. Bu çekirdek neşe, öfke, mutluluk, muhtaç olma gibi her duygunun temel yapı taşıdır. Çocuğun gelişimi sırasında bu çekirdeğin etrafında iyi ve kötü deneyimlerden oluşan koruyucu bir tabaka oluşur. İntakt koruyucu tabaka bu duyguların olgunlaşmasını destekler. Cinsel istismar bu koruyucu tabakayı yok sayar ve doğrudan duygusal çekirdeğe saldırır. Çocuklar buna farklı şekillerde tepki verirler (örneğin hayal dünyalarına kaçma, iletişimi kesme, obezite, bağımlılık gibi). Bu yolla içlerindeki duygu çekirdeklerini korumaya çalışırlar. müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim hukuki değeri, sağlam duygu çekirdeğini korumayı başka biçimde tarif etmektedir.”⁷³

Bezjak’a göre çocukların dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakları bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu bir taraftan çocukların rızalarına hukuki değer atfetmeyip diğer taraftan çocuğun dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme haklarını korumak isteyemez.⁷⁴ Buna göre

“özgür iradesine dayanarak cinsel bir eylemin gerçekleşmesine izin vermeye veya bunu reddetmeye karar veren kimse cinsel alanda kendi karar vermiştir. ‘Kendi kararını verme’ kavramı, bu kararı başka bir kimsenin değil ilgili kişinin bizzat kendisinin verdiğiine vurgu yapar. Bu nedenle ACK § 176’daki otonomiden arındırılmış alan ile bilhassa otonomiye şart koşan cinsel alanda kendi kararını verme hukuki değeri arasında bir çelişki bulunmaktadır.”⁷⁵

Keza yazara göre

“rıza ehliyetinin yokluğu kendi kararını vermenin ihlaline değil, bunun ortadan kalkmasına yol açar. Cinsel alanda kendi kendine karar verilmiş bir cinsel eylem rıza ehliyeti olmadan mevcut değildir. Rıza ehliyeti olmayan bir kimse, kendisine teklif edilen cinsel yakınlaşmayı nasıl ele alacağı konusunda müspet veya menfi otonom kararlar alamaz. Cinsel partnerin rızası olmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel alanda kendi

⁷² Bezjak, s. 120.

⁷³ Bezjak, s. 113.

⁷⁴ Bezjak, s. 108 vd.

⁷⁵ Bezjak, s. 108 vd.

kararını vermeyi değil mağdurun genel kişilik hakkını ihlal eder. Zira genel kişilik hakkı bireyin kendi kişiliğini geliştirmesi için gerekli temel koşulların muhafaza edilmesine (sürdürülmesine) hizmet eder. Çocuğun rızası olmadan cinsel eylemler gerçekleştirilirse kanun koyucuya göre bu durum, söz konusu bu temel koşulları olumsuz olarak etkiler. Cinsel davranışla temel koşullara müdahalede bulunulmuş olur. Ancak bu müdahale, çocuklarda mevcut olmayan cinsel alanda kendi kararını vermeyi değil, genel kişilik hakkının diğer görünüm biçimleri olan müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi ve müdahalede bulunulmamış genel gelişimi olumsuz olarak etkiler.”⁷⁶

Böylece *Bezjak*, *dar* anlamda cinsel alanda kendi kararını verme ile *geniş* anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kavramlarından yalnızca ikincisinin korunan hukuki değer olabileceğini savunmaktadır.⁷⁷ Yazara göre *dar* anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kişinin cinselliği üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi anlamına gelirken⁷⁸ *geniş* anlamda cinsel alanda kendi kararını verme (dışsal belirlemelerden korunma⁷⁹), müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimin eş anlamlısıdır.⁸⁰ *Dar* (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme, otonom biçimde karar verme ehliyetiyle sınırlıdır ve kendi kararını vermenin esas çekirdeğini oluşturur.⁸¹ *Geniş* (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme ise – *dar* (müspet) anlamda cinsel

⁷⁶ *Bezjak*, s. 109, Nitekim yazara göre, “*cinsel alanda kendi kararını verme bireyin kişiliğinin en mahrem özünün bir unsurudur. Fiziksel temasla veya fiziksel temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar, özel hayatın bu dokunulmaz alanını olumsuz yönde etkiler. Cinsel faaliyetlerin veya müstehcen görüntülerin izlenmesi de failin çocuğa dayattığı oldukça kişisel bir husustur.*”: s. 107.

⁷⁷ *Bezjak*, s. 110 vd.

⁷⁸ *Bezjak*, s. 110 vd.

⁷⁹ *Bezjak*, s. 107 vd.: “*Ancak daha yakından incelendiğinde dışsal belirlemeden koruma bağımsız bir hukuki değer ifade etmez. Zira diğer hukuki değerlerin her biri koruduklarının ne olduğunu müspet biçimde belirtirken (örneğin müdahalede bulunulmamış gelişim veya bununla bağlantılı olarak cinsel alanda kendi kararını verme), dışsal belirlemeden koruma yalnızca menfi biçimde neyden (üçüncü bir kişinin cinsel istismar niteliğindeki hareketlerinden) korunduğunu belirtir. ACK § 176 hükmünün dışsal belirlemeden koruduğuna dair ifade, dışsal belirlemeden somut olarak neyin korunduğuna dair bir ifade içermemektedir. (Bundan dolayı) ACK § 176 arkasında yatan hukuki değerden bahsedilmemektedir: [...] Dışsal belirlemeden koruma ya müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime ya müdahalede bulunulmamış genel gelişime ya da cinsel alanda kendi kararını vermeye hizmet eder.*”

⁸⁰ *Bezjak*, s. 112, s. 116 ve bilhassa s. 120: “*Dışsal belirlemeden koruma, müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim hukuki değerine hizmet eder.*”

⁸¹ *Bezjak*, s. 110.

alandaki kendi kararını vermeyi de içeren – söz konusu bu çekirdekle sınırlı değildir ve onun bir kısmı aynı zamanda bu çekirdeği çevrelemektedir. Bu bağlamda akla, cinsel alanda kendi kararını verme yeteneğinin ilk gelişmeye başladığı evre ile hastalık, yaş veya başka bir engel nedeniyle bu çekirdekten uzakta kalarak az gelişim gösterdiği veya hiçbir gelişim gösteremediği evre gelmektedir.⁸² Nitekim *Bezjak*'a göre dar anlamda cinsel alanda kendi kararını verme ile geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme arasındaki sınırlar geçişkendir. Ancak normatif bir sınır da çizilmesi gerektiği için⁸³ örneğin bir çocuk Alman ceza hukukuna göre on dört, Türk ceza hukukuna göre ise on beş yaşını doldurmakla, on dördüncü veya on beşinci yaş günlerinden bir önceki gün hiç sahip olmadığı – veya doğal olarak sahip olsa da normatif olarak sahip olmadığı kanun tarafından buyurulan – irade serbestisinin tamamını elde edemese de kanun koyucu bu yaşların doldurulmasından önce çocukların dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkına sahip olmadıklarını ve cinsel davranışlara herhangi bir şekilde rıza gösteremeyeceklerini, gösterecekleri dahi bunun bir anlam ifade etmeyeceğini peşinen kabul etmiş ve böylece onların geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme haklarını koruma altına almıştır.⁸⁴

Eschelbach, “*müdahalede bulunulmamış*” gelişim nitelendirmesinin hâlihazırda kavramsal olarak tartışmalı olduğu görüşündedir. Zira yazara göre *müdahalede bulunulmamış* olma kavramı somut olayda yapılmayan⁸⁵ bir incelemenin sonucuna işaret eder. Bundan dolayı – hukuki değer olarak gelişim bozukluğu (*Entwicklungsstörung*) yaklaşımı mutlaka benimsenmek isteniyorsa – *müdahalede bulunulmamış* olma kavramıyla kastedilenin, çocuğun cinsel gelişiminin doğal akışından sapmasına yol açacak, sekteye uğraticı etkilerden bağışık olması hâli olduğu kabul edilmelidir.⁸⁶

Öte yandan Alman ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar çocukların zihinsel, bedensel ve bununla bağlantılı cinsel gelişimlerinin her bir çocuk için farklı seyredeceğinden, bu konuda ideal bir cinsel gelişimden

⁸² *Bezjak*, s. 110 vd.

⁸³ *Renzikowski, MK-StGB*, § 176 kn. 2.

⁸⁴ *Bezjak*, s. 111.

⁸⁵ Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere cinsel istismar suçu bir *soyut tehlike suçu* olduğu için kanaatimizce böyle bir belirleme yapılmasına da gerek yoktur.

⁸⁶ *Eschelbach*, § 176 kn. 4.

bahsedilemeyeceğinden⁸⁷ ve bu hususta yeterince bilimsel veri olmadığından bahisle⁸⁸ korunan hukuki değerın çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimleri olduğunu kabul etmemektedir. Bu görüşteki yazarların bir kısmına göre korunan hukuki değer geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermedir.⁸⁹ Söz gelimi Hörnle’ye göre, 13. bölümde yer alan ve çocukları cinsel davranışlardan korumayı amaçlayan suçlarla korunduğu ileri sürülen “müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim” kavramı yanlış anlaşılmaya müsaittir. Zira yazara göre

“(y)etışkinliğe giden yolda dış etkiler tek başlarına zararlı değildir. Cinsellik başka bir kişiyle etkileşim anlamına geldiğine göre, bunun için gerekli olan sosyal becerilerin edinilmesi gerekir. [...] küçükleri genel olarak cinsel temastan korumak [...] ceza hukukunun görevi olamaz. ‘Müdahalede bulunulmamış’ (kavramı), yalnızca küçüklerin daha büyük bedensel, zihinsel ve sosyal kırılganlıklarının dikkate alınması gerektiği anlamına gelebilir.”⁹⁰

⁸⁷ Karşl. Bezjak, s. 112 vd.

⁸⁸ Kanun koyucu bu bilimsel “belirsizliğe” karşın, korunan hukuki değeri göz önünde bulundurarak cinsel istismar suçlarında fiil ile sonradan ortaya çıkması muhtemel neticeler arasındaki nedensellik bağı tam olarak tespit edilemediği için, başka bir deyişle “zararsızlığın belirliliği” söz konusu olmadığı için cezalandırılabilirlik için bu belirsizliği dahi yeterli görmüştür. Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 10: “Kanun koyucu zararlı nitelikleri henüz açıkça kanıtlanmamış veya dışlanmamış olan fiilleri cezasız bırakamaz. Fiilin zararsızlığı sabit olmadığı sürece bu fiile müsamaha gösterilmesi bir risk teşkil eder. Kanun koyucunun böyle bir riskle bağlantılı tehlikeyi kabul edip edemeyeceği büyük ölçüde koruma konusunun önemine bağlıdır. Koruma konusunun önemi ne kadar yüksekse kanun koyucunun kabul edebileceği risk de o kadar düşük olacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda (§ 176) korumanın konusu o kadar yüksek bir seviyededir ki çocuklara yönelik cinsel saldırıların zararlılığı belirli bir dereceye kadar şüpheli olsa bile bu Tasarı, suçun kapsamının daraltılmasını önermemektedir.”; Keza ayrıca bkz. Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 35; Laubenthal, kn. 439; Jäger-Helleport, s. 38; Karşl. Sturm, s. 6.

⁸⁹ Sick/ Renzikowski, s. 607: Yazarlar, bir taraftan cinsel istismarın sonuçlarına ilişkin bilimsel netlik olmadığı için cinsel gelişimin korunan hukuki değer olamayacağını ifade etmekte (s. 606 vd.) diğer taraftan ise herhangi bir sonucu olmasa da cinsel istismarın cezalandırılabilir olduğunu savunmaktadırlar (s. 607); Keza aynı yönde bkz. Renzikowski, § 176 kn. 1 vd. (bilhassa kn. 3), kn. 55; Wolters, § 176 kn. 3 ve bilhassa § 184h kn. 12; Lenz, s. 32 vd.; Karşl. Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 44; Korunan hukuki değer olarak çocukların psikolojik, psikoseksüel ve fiziksel gelişimlerinin kabul edilmesi gerektiği yönünde karşl. Jäger-Helleport, s. 38 vd., 62; Dışsal belirlemeden korumanın ya “müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime” ya “müdahalede bulunulmamış genel gelişime” ya da “cinsel alanda kendi kararını vermeye” hizmet edeceği yönünde karşl. Bezjak, s. 107 vd.

⁹⁰ Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 41; Ancak ifade etmek gerekir ki ceza hukukunun yetişkinliğe giden yolda çocuklara cinsel bağlamdaki sosyal becerileri kazandırma görevi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla “müdahalede bulunulmamış (ungestört)” ifadesinin, küçüklerin kırılganlıklarının dikkate alınmasının ötesinde bir anlam taşıdığı kanaatindeyiz.;

Nitekim cinsel suçlara ilişkin reform yapan kanunun genel gerekçesinde bu husus “(k)anun koyucu, bireyin özgürlüğünün ve gençlerin cinsel alandaki müdahalede bulunulmamış gelişimlerinin belirli tehlikelere maruz kaldığını göz önünde bulundurmalıdır”⁹¹ ve “hukuki değer olarak bilhassa cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğü, gençlerin müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi ve cinsel nitelikli ciddi tacizlerden korunma zikredilmelidir”⁹² ifadeleriyle belirtilmiştir.

Öte yandan ifade edelim ki TCK m. 104’te düzenlenen *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla* kıyaslanabilecek olan ACK § 182/3 hükmünün (*Gençlerin cinsel istismarı*), gençlerin cinsel alanda kendi kararını verme haklarını koruduğu ileri sürülmektedir.⁹³ Söz konusu hüküm ile on sekiz yaşından küçük bir çocuğun yirmi bir yaşından büyük bir yetişkine karşı cinsel alanda kendi kararını verme yeteneğine sahip olmamasının bu yetişkin tarafından sömürülmesi cezalandırmaktadır.

Korunan hukuki değer *çocuğun cinsel gelişimi* değil de *cinsel alanda kendi kararını verme* olduğu kabul edildiğinde, Alman ceza hukukundaki yaygın görüşe göre cinsel istismar suçunun örneğin uyumakta olan bir çocuğa veya henüz çok küçük yaştaki bir bebeğe karşı da işlenebilmesi mümkündür. Zira böyle bir durumda mağdurların cinsel davranışlara karşı koyma iradeleri veya söz konusu davranışları algılama imkânları bulunmasa da gerçekleştirilen davranış *çocuğun hukuki alanına* güncel bir saldırı niteliği taşımaktadır.⁹⁴

Keza karşı. Bezjak, s. 112 vd.; Jäger-Helleport, s. 38 vd.; Schetsche, s. 211.

⁹¹ Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 9

⁹² Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 9 vd.

⁹³ Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 182 kn. 2; Fischer, *StGB*, § 182 kn. 2; Hörnle, *LK-StGB*, § 182 kn. 1; Laubenthal, kn. 670; Renzikowski, *MK-StGB*, § 182 kn. 1; ACK § 182 ile de müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimin korunduğu yönünde bkz. Kusch/ Mössle, s. 1505 vd.: “[...] § 182 (hükmi), 14 ve 15 yaşındaki gençlerin müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini, kendilerinden yaşça büyük partnerlerle travmatize edici cinsel yakınlaşmalara karşı korur.”; ACK § 182 ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim ve olgunlaşmanın korunan hukuki değer olduğu yönünde bkz. Schroeder, s. 1502.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 16. 6. 1999 - 2 StR 28-99, BGHSt 45, s. 131; Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 3, 30; Hörnle, *LK-StGB*, § 176 kn. 2, 10; Hörnle, *MK-StGB*, § 184h kn. 28; Wolters, § 176 kn. 3 vd., § 184h kn. 7; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 3, § 184h kn. 18; Lenz, s. 28 vd.; Sick/ Renzikowski, s. 607; Laubenthal, kn. 124, 446, çocuk tarafından üçüncü bir kişi üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar bağlamında bkz. kn. 454; Korunan hukuki değer *müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim* olarak kabul edildiği ancak fiziksel temasın varlığı hâlinde uyuyan çocuğa karşı da cinsel istismar suçunun işlenebileceği yönünde karşı. BGH Urt. v. 24.9.1991 - 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; Aynı yönde bkz. Molketin, s. 179 vd.; Aynı yönde bkz. Bezjak, s. 167; “Mağdur tarafından olayların dış seyrinin bilinçli

Cinsel istismarın fiziksel temas olmaksızın da işlenmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda⁹⁵, kanaatimizce uyuyan bir çocuğa karşı işlenen cinsel nitelikteki davranışları ikili bir ayrıma tabi tutmak gerekir: Cinsel istismarın varlığı, cinsel davranışların fiziksel temasla gerçekleştirilmesi hâlinde kabul edilmeli, fiziksel temas olmaması hâlinde ise kabul edilmemelidir. Zira ikinci durumda, uyuyan bir çocuğun müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimi kanımızca henüz tehlikeye atılmış değildir.⁹⁶ Bu nedenle müdahalede bulunulmamış (cinsel) bir gelişim sonucunda üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkını elde edeceği cinsel alanda kendi kararını verme hakkını (veya özgürlüğünü) serbestçe kullanabilmesini engelleyecek veya engellemeye elverişli bir davranış bulunmamaktadır. Keza cinsel taciz suçundaki rahatsız etme koşulu böyle bir durumda (uyku hâlinde olduğundan) gerçekleşmeyeceği için cinsel taciz suçundan cezalandırılma da söz konusu olmaz. Bu gibi durumlarda aleniyet olduğu sürece hayasızca hareketler⁹⁷ suçundan veya söz gelimi uyuduğu esnada fail tarafından çocuğa müstehcen pozlar verdirilmesi ve bunların görüntülerinin kayda alınması hâlinde müstehcenlik (TCK m. 226/3) suçundan dolayı failin sorumluluğuna gidilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayız.

bir şekilde algılanmaması hâlinde, belirli bir ciddiyet eşliğine sahip bir cinsel eylemin gerçekleştiği söylenemez.” düşüncesiyle aksi yönde bkz. Beck, s. 94; Beck’in bu görüşünün eleştirisi için bkz. Bezjak, s. 167.

⁹⁵ Nitekim kanaatimizce cinsel istismar fiziksel temas olmaksızın da işlenebilir. Kemaloğlu, s. 616 vd.; Söz konusu çalışmada yer alan “Buna göre, cinsel istismar amacıyla bir çocukla görüştüğünü zannedip aslında kendini çocuk gibi tanıtan bir kimseyle veya bir bilgisayar yazılımıyla görüşen kimsenin bu davranışı (konu üzerinde hata), **ACK § 176a/3 2.** cümledeki teşebbüs düzenlemesi uyarınca Cyber-Grooming’e (**ACK § 176a/1[3]**) teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır.” (s. 637) ile “Ancak bu kişi Sweetie 2.0 ile iletişime Almanya’da geçmiştire **ACK § 176a/3 2.** cümlede yer alan elverişsiz teşebbüse ilişkin düzenleme sayesinde **ACK § 176a/1(3)** hükmünde düzenlenen Cyber-Grooming suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.” (s. 637 dn. 158) cümlelerinde geçen “**ACK § 176a/1(3)**” ile “**ACK § 176a/3**” ibarelerinin doğrusu sırasıyla “**ACK § 176b/1**” ve “**ACK § 176b/3**” olmalıdır.

⁹⁶ Bezjak, s. 167; Molketin, s. 179.

⁹⁷ “Sanık [...] gece vakti, 17 yaşındaki mağdur(un) [...] ailesi ile beraber yaşadığı evin zeminden 1-2 metre yüksekte olan açık penceresine yaklaşır, uyumakta olan mağduru gizlice gözetlemeye başladığı sırada, parkasının önünü açıp, pantolonun fermuarını çözerek, tanıklar [...] tarafından da görülecek şekilde alenen mastürbasyon yapması biçiminde sübutu kabul edilen eyleminin TCK’nın 225/1. madde ve fıkrasında tanımlanan hayasızca hareketler suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., T. 27.9.2017, E. 2016/1129 K. 2017/6742.

C. Çocukların Müdahalede Bulunulmamış Genel Gelişimi⁹⁸

Alman ceza hukuku öğretisinde bir kısım yazar tarafından çocukların cinsel istismarı suçu ile müdahalede bulunulmamış genel gelişimin korunduğu ileri sürülmektedir.⁹⁹ Bu görüşteki yazarlara göre cinsel istismarın olumsuz etkileri kendini yalnızca cinsel hayat üzerinde değil, cinsel alan dışındaki alanlarda da göstermekte; cinsel istismar, depresyon ve kaygı bozukluğu gibi birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir.¹⁰⁰

Kanaatimizce ise müdahalede bulunulmamış genel gelişim ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim birbirini tamamlayan iki kavramdır. Zira müdahalede bulunulmamış bir genel gelişim olmadan müdahalede bulunulmamış bir cinsel gelişim de olamayacaktır.¹⁰¹ Dolayısıyla biz müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi, müdahalede bulunulmamış genel gelişim kavramıyla birlikte *müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişim* şeklinde okumaktayız.

⁹⁸ *Ungestörte Gesamtentwicklung von Kindern.*

⁹⁹ Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 34: “§ 176 (hükmü) [...] cinsel hareketler nedeniyle 14 yaşın altındaki çocukların genel gelişimlerinin zarar görmesini engellemeyi amaçlar.”; BGH, Beschluß vom 21.9.2000 - 3 StR 323/00, NJW, 2000, s. 3726; Cinsel suçlara dair 1973 yılında yapılan reformun amacına uygun olanın, korunan hukuki değer olarak cinsel gelişim aşamasında bulunan genç insanların genel gelişimlerinin cinsel hareketlerle zarar görmesini engellemek olduğu yönünde bkz. BGH, Urteil vom 24.09.1980 - 3 StR 255/80, BGHSt 29, s. 340, NJW, 1981, s. 135; BGH, Beschluß vom 20.04.1989 - 4 StR 161/89, StV, 1989, s. 433: “Hüküm (ACK § 176), bir çocuğun genel gelişimini erken cinsel deneyimlerden uzak tutma amacını taşır.”; BGH, Urteil vom 24.3.2010 - 2 StR 10/10, NStZ-RR, 2010, s. 240; Sanığın internet üzerinden görüntülü görüşme yaptığı beş ve on üç yaşındaki çocuklara, görüşme esnasında cinsel organını gösterip mastürbasyon yaptığı olayda Alman Federal Temyiz Mahkemesine göre, çocuk önünde cinsel davranışlara ilişkin düzenleme (o zamanki ACK § 176/4[1], şimdiki ACK § 176a) dikkate alındığında “çocukların müdahalede bulunulmamış genel gelişimlerini korumak için onların bu türden karşılaşmalardan kapsamlı şekilde uzak tutulmaları gerektiğine şüphe yoktur.”; BGH, Beschluss vom 21.4.2009 - 1 StR 105/09, NJW, 2009, s. 1893; Wolters, § 176 kn. 3; Açıkça genel gelişim demese de bkz. Sturm, s. 6; Karşl. Fischer, StGB, § 176 kn. 2: “(ACK) § 176 hükmü, çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin serbestçe gelişmesi imkânını korumaktadır”; Genel gelişimin de facto korunduğu yönünde karşl. Bezjak, s. 116.

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 24.09.1980 - 3 StR 255/80, BGHSt 29, s. 340; Hörnle, LK-StGB, § 176 kn. 1; Karşl. Kett-Straub, s. 261: “Bir insanın cinsel kimliği kişiliğinin bir parçası olduğundan, çocuğun genel gelişimi hükümle korunan değer olarak görülebilir.”; Dışsal belirlemeden korumanın ya “müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime” ya “müdahalede bulunulmamış genel gelişime” ya da “cinsel alanda kendi kararını vermeye” hizmet edeceği yönünde karşl. Bezjak, s. 107 vd.

¹⁰¹ Benzer yönde karşl. “Müdahalede bulunulmamış genel gelişim, kanun koyucu tarafından zikredilen bir hukuki değer değildir; ancak yine de zikredilen hukuki değerlerle birlikte dolaylı olarak korunmaktadır.”; Bezjak, s. 120.

D. Cinsel Bütünlük¹⁰² veya Başka Bir İfadeyle: Cinsel Dokunulmazlık¹⁰³

Brockmann'a göre çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği ACK § 176 hükmüyle çocuğun cinsel bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığı korunmaktadır.¹⁰⁴ Yazara göre “suçun gerçekleşmesi açısından çocuğun cinsel davranışı reddetmiş olması şartı aranmıyorsa, bilhassa cinsel yakınlaşmayı reddetme özgürlüğü anlamına gelen dar anlamda cinsel alanda kendi kararını vermeyi ACK § 176 ile korunan hukuki değer olarak kabul etmek de tutarsızdır”.¹⁰⁵ Zira cinsel istismar suçunun tipikliği – bu bağlamda herhangi bir irade özgürlüğü bulunmayan – çocuğun iradesine karşı bir hareketin varlığını aramamaktadır. Dolayısıyla bir taraftan çocuğun iradesinin önemsizliğini kabul edip diğer taraftan (dar veya geniş anlamda) cinsel alanda kendi kararını vermenin hukuki değer olarak kabul edilmesi çelişkilidir.¹⁰⁶ *Schetsche* tarafından bu çelişkili durum “kendi kararını verme paradoksu (*Selbstbestimmungs-Paradoxon*)” olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁷ Yazara göre

“(ACK) § 182 (gençlerin cinsel istismarı) hükmünün temel bir eleştirisi ancak Alman ceza hukukunun cinsel suçlara ilişkin temel sorunu olan kendi kararını verme paradoksuyla yüzleşerek yapılabilir: (Örneğin yaşı nedeniyle) kendi kararını verme hakkına sahip olmayan bireylerin korunması, – en azından yol gösterici olarak da olsa – cinsel alanda kendi kararını vermeye

¹⁰² *Sexuelle Integrität*.

¹⁰³ *Sexuelle Unversehrtheit*.

¹⁰⁴ *Brockmann*, s. 239, 242, 248 vd., 252, 258 vd. Cinsel bütünlük ve cinsel dokunulmazlık kavramı hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 252 vd. Yazar *cinsel dokunulmazlık* kavramını *cinsel bütünlük* kavramının eş anlamlısı olarak kullanmaktadır: s. 239, 252; Keza bu bağlamda karşı. *Bundestagsdrucksache* 14/6709, s. 7; Cinsel istismar suçuyla çocuğun cinsel bütünlüğünün korunduğundan bahisle aynı yönde bkz. *Baumhöfener*, s. 33.

¹⁰⁵ *Brockmann*, s. 224.

¹⁰⁶ Keza *Brockmann* bu görüşüyle aynı zamanda geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını vermenin de hukuki değer olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Zira yazar bir yandan değer atfedilen bir iradeye sahip olamayacak çocuğun geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme durumunda da olamayacağı görüşündedir. Ancak ifade etmek gerekir ki geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kavramı çocuğun iradesini konu almaz. Çocuk herhangi bir iradeye sahip olamayacak kadar küçük yaşta olsa (örneğin bir yaşında bebek) veya örneğin on altı yaşında bir ergen olsa dahi kanun koyucu – gelişimlerini sekteye uğratma tehlikesi barındırdığını kabul ederek – çocukların kendilerine rağmen onları istenmeyen cinsel davranışlardan korumaktadır. *Brockmann*, s. 228 vd.; Bu görüşüyle yazar – sonuçta farklı hukuki değer tespitinde bulunsa da – gidiş yolu itibarıyla *Bezjak*'ın görüşüyle kısmen benzeşmektedir: *Bezjak*, s. 108 vd.

¹⁰⁷ *Schetsche*, s. 202.

vurgu yapan bir ceza hukuku çerçevesinde nasıl gerekçelendirilebilir?”¹⁰⁸

Brockmann’a göre cinsel bütünlük, bir kimsenin dışsal cinsel uyarılardan (*sexuelle Reize*)¹⁰⁹ özgür olmasıdır. Söz konusu cinsel uyarılar kişinin özel alanına nüfuz ettiğinde kişinin cinsel bütünlüğü de bozulmuş olur.¹¹⁰ Yazara göre

“her insan, yaşı ve zihinsel kapasitesinden bağımsız olarak, adeta görünmez bir kabuk gibi etrafında taşıdığı bu tür bir cinsel bütünlüğe sahiptir. Cinsel uyarılar bu kabuğa nüfuz ettiğinde kabuk zarar görür. Bu cinsel uyarılar dışsal (egzojen) olmalıdır; başka bir deyişle dışarıdan gelmelidir. Bu nedenle, içsel (endojen) cinsel uyarılar, örneğin dışsal etki olmadan ortaya çıkan cinsel fanteziler ve hayaller cinsel bütünlüğü etkilemez.”¹¹¹

Zira bu gibi uyarılar dışsal herhangi bir etkiden bağımsız olarak doğrudan ilgili kişinin kendi zihninde ortaya çıkmaktadır.

“Bir uyarı veya stimulus, bir tepki yaratmaya elverişli bir etkidir. Bir uyarının mutlaka bir tepkiye neden olması gerekmez, yalnızca bunu yaratmaya uygun genel elverişliliğe sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla cinsel uyarılar cinsel bir tepkiye yol açabilecek etkilere sahiptir. Hem bedensel hem de zihinsel değişiklikler cinsel tepkiler olarak nitelendirilebilir. Bu tepkilere, haz verici ve tahrik edici olandan tiksindirici veya endişe verici olana kadar tüm spektrumu kapsayan farklı duygular eşlik edebilir. Cinsel uyarılar tarafından tetiklenen tepkiler bu nedenle her zaman hoş olarak algılanmaz, bunlar aynı zamanda bunun aksi duyguları da tetikleyebilir.”¹¹²

Keza yazara göre cinsel yönden uyarılma, vücuda fiziksel temas yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir fiziksel temas olmaksızın cinsel uyarıya elverişli bir olayın görüntülü biçimde aktarılması suretiyle de gerçekleşebilir.¹¹³

¹⁰⁸ Schetsche, s. 202.

¹⁰⁹ Cinsel uyarı kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Brockmann s. 253 vd.

¹¹⁰ Brockmann, s. 253.

¹¹¹ Brockmann, s. 253.

¹¹² Brockmann, s. 253.

¹¹³ Brockmann, s. 254 vd. Keza bu bağlamda, cinsel istismar suçunda vücut bütünlüğünün (*körperliche Integrität*) neden korunan hukuki değer olamayacağına ilişkin olarak karşı. s. 248 vd.

IV. SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE

Bir suçun hukuki niteliğinin belirlenmesi, başka bir deyişle tehlike suçu mu zarar suçu mu olduğu ayrımı, suç teorisinin tartışmalı alanlarından. Bir görüşe göre bu ayrımın suç ile korunan hukuki değer üzerinden yapılması gerekirken, diğer bir görüşe göre ise suçun konusu üzerinden yapılmalıdır.¹¹⁴

İfade edelim ki cinsel istismar suçu konu ile hukuki değer içeriksel ve şekli açıdan örtüştüğü suçlardandır.¹¹⁵ İçerik olarak örtüşmektedir; zira cinsel istismar suçunun konusu, mağdur çocuğun vücududur.¹¹⁶ Kanaatimizce cinsel istismar suçu fiziksel temas olmaksızın da işlenebileceğinden¹¹⁷ suçun konusu olan “vücudun” suçla ilk aşamada korunması amaçlanan hukuki değer olan müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi de kapsar biçimde geniş yorumlanması ve örneğin çocuğun akıl sağlığının da vücut kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce konu ile hukuki değer şekli olarak da örtüşmektedir. Zira cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değer olan müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişime yalnızca çocuğun suç nedeniyle bedensel gelişiminin (maddi bütünlüğünün) sekteye uğratılması yoluyla değil, aynı zamanda zihinsel gelişiminin (manevi bütünlüğünün) sekteye uğratılmasıyla da müdahalede bulunulmuş ve böylece korunan hukuki değer ve bu hukuki değerle içeriksel ve şekli açıdan örtüşen suçun konusu üzerinde bir tehlike yaratılmış olur.¹¹⁸ Dolayısıyla bir suçun zarar suçu mu tehlike suçu mu olduğu belirlenirken hangi ayrım türü benimsenirse benimsensin cinsel istismar suçu kanaatimizce bir soyut tehlike suçudur. Zira bu suç bakımından korunan hukuki değer (müdahalede bulunulmamış [cinsel] gelişim) mutlaka ihlal edilmiş olması ([cinsel] gelişimin sekteye uğraması/ bozulması) veya suçun konusunun (mağdurun vücudu/ maddi ve manevi bütünlüğü) bir zarara uğraması şartı aranmamaktadır.

Alman ceza hukukundaki yaygın görüşe göre fiilin korunan hukuki

¹¹⁴ Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde bu hususta ileri sürülen görüşler için bkz. Ünal, s. 138 vd., bilhassa s. 157 vd.

¹¹⁵ Karşl. Roxin/ Greco, § 2 kn. 65. Yazarlara göre örneğin dolandırıcılık suçunda (ACK § 263) konu ile hukuki değer birbiriyle içerik ve şekli açıdan örtüşmekte, suçun hem konusu hem de korunan hukuki değer *malvarlığı* olmaktadır. Konu ile hukuki değer içerik olarak örtüştüğü ancak şekli açıdan farklılaştığı suç tipi ise örneğin kasten öldürme suçudur (ACK § 212). Bu suçun konusu bir *insan* iken, suç ile korunan hukuki değer *yaşam*dır.

¹¹⁶ Koca/ Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 408.

¹¹⁷ Kemaloğlu, s. 616 vd.

¹¹⁸ Cinsel istismar ve psikolojik zarar ilişkisi için bkz. aşağıda “V.”

değer açısından somut bir zarara veya zarar tehlikesine neden olması gerekmediğinden¹¹⁹ çocukların cinsel istismarı suçu kural olarak bir soyut tehlike suçudur.¹²⁰ Cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değeri çocukların cinsel alanda kendi kararını verme hakkı olarak kabul eden *Hörnle*'ye göre ise suç kural olarak bir zarar suçudur.¹²¹ Ancak yazara göre

“[...] mevcut ampirik bulgulara rağmen haksızlığı yalnızca sonradan birtakım sonuçların ortaya çıkmasına ilişkin artan riske dayandırarak açıklamak ikna edici olmaz. Himaye altında bulunan kişilere kötü muamele (suçu) (§ 225) söz konusu olduğunda dahi haksızlık birinci derecede bu risklerde değil, doğrudan bedensel bütünlüğü ihlal eden harekette yatmaktadır. Aynı durum (ACK) § 176 için de geçerlidir: Bu tür fiiller, hareket gerçekleştirildiği sırada ilgili kişilerin haklarını ihlal eder. Sonradan ortaya çıkan sonuçlar neticenin haksızlığını artırır, ancak bu tür sonuçlara dair kanıt olmasa dahi cezaya müstehak bir fiil bulunmaktadır. Çocuğun bedeni üzerinde cinsel eylemlerde bulunan veya onun cinsel faaliyetlerde bulunmasını sağlayan kimse, çocuğun mahremiyetine saygı gösterilme ve cinsel alanda kendi kararını verme haklarını ihlal etmiş olur.”¹²²

Keza *Hörnle*'ye göre “bilinen tehlike suçlarının aksine (cinsel suçlarda)

¹¹⁹ “Küçüklerin korunmasına yönelik suçlar bu nedenle özgün nitelikte soyut tehlike suçlarıdır: bilinen soyut tehlike suçlarının aksine, tehlikenin sadece somut olaylarda bulunduğu varsayılmakla kalmaz; aynı zamanda bunun her durumda kesin olarak kanıtlanması da mümkün değildir. Bu tür suçlar hukuken uygundur; zira ‘in dubio pro reo’ [...] ilkesi yasama faaliyetine uygulanamaz ve failin önceden uyarılması nedeniyle uygulanmasına gerek de yoktur.” Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Bu hususun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Ziegler, § 176 kn. 2; Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, kn. 1610.

¹²⁰ BGH Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; BGH, Urteil vom 13.01.1987 - 1 StR 654/86, NJW, 1987, s. 2450; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 1a; Fischer, *StGB*, § 176 kn. 2; Wolters, § 176 kn. 3; Papathanasiou, § 176 kn. 13; Laubenthal/ Baier/ Nestler, kn. 428, 439; Kett-Straub, s. 261; Gössel, § 6 kn. 2; Molketin, s. 179; Karşl. Lenz, s. 32; Eschelbach, § 176 kn. 3, 5; Ziegler, *BeckOK StGB*, § 176 kn. 2; Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bezjak, s. 121 vd., bilhassa s. 125 vd.

¹²¹ ACK § 176/1(1 ve 2) hükümlerinin zarar suçu olduğu düşüncesiyle aksi yönde bkz. *Hörnle*, *LK-StGB*, § 176 kn. 2, § 176a kn. 4. Ancak yazara göre ACK § 176/1(3)'te düzenlenen suçun ([cinsel faaliyet için] bir çocuğu sunma veya bulacağını vaat etme [*Anbieten oder Versprechen des Nachweises eines Kindes*]) meşruiyeti, bu hükümde tarif edilen davranış biçimlerinin tehlikeliliğinden kaynaklanmaktadır ve bundan dolayı bu hükümde düzenlenen suç bir soyut tehlike suçudur: § 176 kn. 3, aynı yönde § 176a/2 hükmü bağlamında: § 176a kn. 5; *Hörnle* ile aynı yönde Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 4, 6; § 176/1(3) ve § 176a/1(3) ve 2 ve § 176b hükümleri için *Hörnle/ Renzikowski* ile benzer yönde karşı. Brockmann, s. 237.

¹²² *Hörnle*, *LK-StGB*, § 176 kn. 2, ayrıca bu bağlamda karşı. Vor § 174 kn. 44 vd.

haksızlık, tipe uygun fiilde hâlihazırda mündemiçtir."¹²³

Brockmann'a göre ise cinsel istismar mağduru çocuğun, "fiil nedeniyle cinsel bütünlük olan hukuki değeri doğrudan ve güncel bir zarara uğrar. Farklı alternatiflerde tanımlanan fiiller, cinsel uyarılardan 'özgür olma' durumunu doğrudan olumsuz olarak etkileyen cinsel uyarılara maruz bırakmayı içerir."¹²⁴ Böylece, cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değer in çocuğun cinsel dokunulmazlığı (veya cinsel bütünlüğü) olduğu görüşündeki yazara göre suç bir zarar suçudur.¹²⁵

Cinsel istismar suçunu soyut tehlike suçu veya zarar suçu olarak kabul eden görüşlere göre cezalandırılabilirlik açısından gerçekten bir zararın tespit edilmiş olmasına gerek yoktur.¹²⁶ Zira örneğin suçun bir zarar suçu olduğunu kabul edenlere göre genellikle hukuki değer olarak kabul edilen soyut nitelikteki *cinsel alanda kendi kararını vermenin* tam olarak nasıl bir zarara (ihlale) uğradığının tespiti mümkün değildir. Bu nedenle örneğin, gerçekten fiilî olarak ortaya çıkan bir zarardan dolayı cezanın artırılması çifte değerlendirme yasağına¹²⁷ (TCK m. 61/3, ACK § 46/3) aykırılık teşkil etmez.¹²⁸

¹²³ Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 44, § 174 kn. 1; *Brockmann* korunan hukuki değerin ne olduğu konusunda *Hörnle*'den farklı görüşte olsa da tıpkı *Hörnle* gibi fiilin işlenmesiyle hukuki değerin ihlale uğratıldığı ve bundan dolayı cinsel istismar suçunun bir zarar suçu olduğu görüşündedir: *Brockmann*, s. 258 vd.

¹²⁴ *Brockmann*, s. 258, keza *Brockmann*, cinsel dokunulmazlığın (veya bütünlüğün) yalnızca fiziksel temas yoluyla değil, aynı zamanda fiziksel temas içermeyen davranışlarla da ihlal edilebileceği görüşündedir. Buna göre "(ö)zellikle de cinsel davranışların hukuki değerin ait olduğu kişinin üzerinde gerçekleştirildiği durumda, bu kişinin özel alanına bir müdahale ve bir sınır aşımı olduğu açıktır. (Bireyin) mahrem alanına bir müdahale, başka bir deyişle bir bütünlük ihlali gerçekleşmektedir. Aynı durum cinsel davranışlarla (fiziksel temas olmaksızın) karşılaşılması hâlinde de geçerlidir. Zira böyle bir durumda mahrem alana bedensel olarak olmasa da duyular yoluyla algılanabilecek uyarılarla nüfuz edilmektedir.": s. 239.

¹²⁵ *Brockmann*, s. 258 vd. Ancak yazar, hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı alternatiflerinde cinsel istismar suçunun bir soyut tehlike suçu olduğu görüşündedir: s. 237, 258 vd. ile dn. 490.

¹²⁶ *Eschelbach*, § 176 kn. 3.

¹²⁷ *Kinzig*, § 46 kn. 45: "(ACK § 46/3) hükmüne göre, hâlihazırda suçun kanuni unsuru olan hususlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınamaz (çifte değerlendirme yasağı [*Verbot der Doppelverwertung*]). Bu yasağın nedeni, yalnızca bu unsurların bulunması hâlinde davranışın cezalandırılabilir olması ve (kanun koyucu tarafından) ceza aralığı belirlenirken zaten dikkate alınmış olmalarıdır; başka bir deyişle bu yasak kanun koyucu ile hâkim arasındaki iş bölümünün bir ifadesidir."

¹²⁸ *Eschelbach*, § 176 kn. 3.

Türk öğretisinde *Taner*, “*korunan hukuki menfaatin*” cinsel özgürlük olduğu ve (gayri maddi bir varlık olan) bu menfaatin ne zaman somut olarak zarar gördüğünün tespit edilmesinin güç ve göreceli olduğu görüşündedir. Bundan dolayı yazara göre cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları birer *somut* tehlike suçu olarak kabul edilmelidir.¹²⁹ Ancak – diğer hususların yanı sıra – korunan hukuki değer uğratıldığı zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının tespitindeki zorluk nedeniyle de suç kanaatimizce soyut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Zira TCK m. 103 ile korunan hukuki değer olarak çocuğun sağlıklı ve düzgün cinsel gelişiminin veya – üzerinde tasarrufta bulunma hakkı olmasa da – cinsel özgürlüğünün korunduğunun kabul edildiği ihtimallerde, fiil ile sağlıksız ve anormal cinsel gelişim veya soyut bir değer olan cinsel özgürlük arasındaki illiyet kurulamadığında cezalandırma imkânsız hâle gelecektir. Nitekim bir çocuğun sağlıksız (anormal) genel veya cinsel gelişimi fiilden hemen sonra tespit edilemeyeceğinden ve fiilin üzerinden aylar geçtikten sonra yapılacak adli psikiyatrik ve bedensel muayene sonunda tespit edilecek rahatsızlıkların da cinsel istismar fiili nedeniyle ortaya çıktığının kesin olarak ispatı her zaman mümkün olmadığından¹³⁰ – ceza (muhakemesi) hukukunun aradığı kesinlik de göz önünde bulundurulduğunda (Ceza Muhakemesi Kanunu [“CMK”] m. 223/2[e]) – failler cezasız kalacaktır. Zira somut tehlike suçlarında – soyut tehlike suçlarının aksine – hukuki değer somut olarak bir tehlikeye uğratılması bizzat suçun bir unsurudur ve bu suçlarda tehlikenin bir zarara dönüşmesinin tesadüfe bağlı olduğu kabul edilir.¹³¹ Nitekim soyut/ gayri maddi olduğu gerekçesiyle cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değer zarar gördüğünün tespitinin güç ve göreceli olduğunu kabul ettikten sonra suçu – hukuki değer somut olarak tehlikeye uğratılması şartının (ve hâliyle bunun ispatının) arandığı¹³² – somut tehlike suçu olarak sınıflandırmak bir çelişkidir.

Kanun koyucu korunan hukuki değer önemini dikkate alarak bazı suçlar bağlamında hukuki değer soyut bir tehlikeye uğratılmasını dahi

¹²⁹ *Taner*, s. 272.

¹³⁰ *Karşl. Bežjak*, s. 126.

¹³¹ BGH, *Beschl. v. 30.6.2015 – 4 StR 188/15, NZV*, 2016, s. 345; BGH, *Urteil vom 30.03.1995 – 4 StR 725/94, NStZ* 1996, s. 83; *Wessels/ Beulke/ Satzger*, kn. 43; *Roxin/ Greco*, § 11 kn. 149.

¹³² İfade edelim ki *Taner* tarafından ayırımın korunan hukuki menfaate (değer) göre yapıldığı anlaşılmaktadır: (*Taner*, s. 272). Dolayısıyla bu paragraftaki açıklamalarımızın, zarar/ tehlike suçu ayırımının korunan hukuki değere göre yapılması hâline ilişkin olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

cezaya müstehak görmektedir.¹³³ Suç ile korunan hukuki değerın önemi de dikkate alındığında TCK m. 103'te düzenlenen suçun bir soyut tehlike suçu olduğunun ve cezalandırılabilirlik için mağdurun genel veya cinsel gelişiminin somut herhangi bir zarara uğramış olmasının aranmadığının kabulü gerekir.

TCK m. 102/5 ve m. 103/6'nın önceki hâllerinde düzenlenen "beden veya ruh sağlığının bozulması" neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâli, suçun bir soyut tehlike suçu olduğu da dikkate alındığında, ayrıca söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlin uygulanmasının doğuracağı sakıncaların giderilmesi amacıyla 6545 sayılı Kanun m. 59 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim kanun koyucuya göre, yürürlükten kaldırılan bu düzenleme

*"[...] suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır."*¹³⁴

V. DEĞERLENDİRME

Buraya kadar Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer ve suçun niteliği bağlamında ileri sürülen görüşler ile yer yer kendi görüşlerimiz aktarılmıştır. Bu başlık altında ise konuya ilişkin genel bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki çocukların cinsel istismarı suçuyla çocukların *sağlıklı* bir genel gelişime ve bununla bağlantılı olarak *sağlıklı* bir cinsel gelişime sahip olma haklarının korunduğu görüşü isabetli değildir. Ceza hukukunun görevi çocuklara sağlıklı bir gelişimi *doğrudan* sunmak değil, çocukların bu sağlıklı gelişimin gerçekleşmesi evresini yaşama imkânlarını korumaktan ibaret olmalıdır. Ceza hukuku ancak çocukların cinsel gelişimlerine müdahalede bulunulmaması düsturunu koruyabilir. Böylece çocuğun cinsel gelişiminin dışsal bir müdahaleye uğramaması güvence

¹³³ "(Soyut tehlike suçlarının) hepsi somut bir tehlikeyi kolayca tetikleyebilen ve bundan dolayı kanun koyucu tarafından bu hâliyle cezaya müstehak görülen oldukça tehlikeli davranış biçimleridir. Korumanın yoğunluğu somut tehlike suçlarıyla karşılaştırıldığında, soyut tehlike suçlarında ceza sorumluluğunun tehlikenin ortaya çıkmasına bağlı kılınmaması, aksine tehlikeli olduğu düşünülen davranışın hâlihazırda tipe uygun olduğu kabul edilerek ceza hukuku korumasının öne çekildiği söylenebilir.": Satzger, s. 114.

¹³⁴ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 20 vd.

altına alınır. Nitekim çocuğun gelişimi, cinsel istismar dışındaki herhangi bir sebepten ötürü de sağlıklı seyretebilmeyebilir. Bu sebep doğal bir sebep olabileceği gibi cinsel istismar dışındaki bir haksız fiil nedeniyle dışsal başka bir sebep de olabilir. Başka bir deyişle çocuk, cinsel istismara uğramasa dahi fiziksel veya psikolojik olarak yine sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilir. Bu açıklamalarımız doğrultusunda, kanaatimizce ilk aşamada *çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimleri* çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer olarak kabul edilmelidir.

Öte yandan çocukların kullanmaya ehil olmadıkları bir cinsel özgürlükleri olduğunu ve cinsel istismar suçuyla bu özgürlüğün korunduğunu kabul etmektense onların yaşı (Türk hukukunda on beş yaş altı, Alman hukukunda on dört yaş altı istisnasız) ya da gelişim düzeyleri veya iradeyi etkileyen başka bir nedene maruz kalmaları nedeniyle kendilerine rağmen korunan bir *cinsel dokunulmazlıklarının* bulunduğu kabul edilmelidir.¹³⁵ Bu *dokunulmazlık* ise *menfi* anlamda *cinsel alanda kendi kararını verme* kavramına karşılık gelmektedir. Kanun'da *cinsel dokunulmazlığa karşı suç* kavramıyla kastedilenin de bu negatif yön olduğu kanaatindeyiz. Başka bir deyişle ceza hukukunun ilgilendiği, bireylerin başkalarıyla cinsel yakınlaşmalar yaşama haklarından ziyade, başka kimselerce veya belirli çocuklar (TCK m. 103/1[a ve b]) söz konusu olduğunda kendileri tarafından gerçekleştirilecek veya bu çocukların kendilerine karşı gerçekleştirilmesine göz yumacakları istenmeyen cinsel davranışlardan korunma ve bu davranışlara karşı savunulma haklarıdır.¹³⁶ Bu savunulma hakkı da Türk ceza hukukundaki cinsel dokunulmazlık kavramına tekabül eder. Dolayısıyla ne TCK m. 102'de ne TCK m. 103'te ne de TCK m. 105'te korunan hukuki değer müspet anlamda cinsel özgürlüktür: Bu suçlarla korunan, bireylerin istenmeyen cinsel davranışlarla muhatap olmama, bu türden davranışlara maruz bırakılmama haklarıdır.¹³⁷ TCK m. 103'te düzenlenen suç bağlamında ise ayrıca *çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimleri* koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, savunma hakkı kavramı edilgen olarak *savunulma* hakkı olarak anlaşılmalıdır. Bu savunulma hakkının konusuysa çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimlerine yönelik tehlikelerden korunmalarıdır.

¹³⁵ Ünver, s. 311 vd.

¹³⁶ Bu bağlamda örneğin cinsel yakınlaşmaya dair talebin çocuğun kendisinden geliyor olması önemsizdir. Zira hangi hukuki değer korunduğu benimsenirse benimsensin bu değer çocukların kendilerine rağmen korunmaktadır. Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 1a, § 184h kn. 19; Ünver, s. 311 vd.; Laubenthal, kn. 440; Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 32.

¹³⁷ Aynı yönde bkz. Yalçın Sancar, s. 100; Erdem/ Türay, s. 70.

Zira ortada bir savunulma hakkı varsa aktüel olarak savunulan bir değer de bulunmalıdır. Bu değeri hiçbir özelleştirme yapmaksızın – çocukların hâlihazırda sahip olmadıkları – *müspet (dar) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme* veya başka bir deyişle *cinsel özgürlük* olarak belirlemek isabetli değildir. Nitekim böyle bir belirleme durumunda bir suç ile aktüel olarak var olmayan bir hakkın (müspet [dar] anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkının) bir karşı koyma/ savunma hakkının konusu olduğu şeklinde çelişkili bir sonuca varmak gerekir: Aktüel olarak mevcut olmayan bir değer için savunma da yapılamaz.

Keza ifade edelim ki cinsel alanda kendi kararını verme ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramları birbirlerini dışlayan değil,¹³⁸ birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Müdahalede bulunulmamış bir cinsel gelişim olmadan sağlıklı bir cinsel alanda kendi kararını verme yeteneği de ol(uş)amayacaktır.

Öte yandan ifade etmek gerekir ki bir kimsenin bir hakka sahip olabilmesi (hak ehliyeti) ile bir hak üzerinde tasarruf edebilmesi (fiil ehliyeti) birbirinden farklı şeylerdir. Fiil ehliyetine sahip olmak için üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir hakka sahip olmak mutlaka gerekli olsa da fiil ehliyeti hak ehliyetinin olduğu her durumda bulunmayabilir.¹³⁹ Örneğin bir çocuk miras edinme hakkına sahiptir (4721 sayılı Türk Medenî Kanunu [“TMK”] m. 8), ancak miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilmek için fiil ehliyeti bulunmamaktadır (TMK m. 14, 352, 361).¹⁴⁰ Keza bir hakka karşı yönelmiş bir davranışın cezaya müstehak bir haksızlık olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka üzerinde tasarruf edilebilir bir hakkın bulunması gerekmez.¹⁴¹ Nitekim örneğin tam ve sağ doğumla bir insanın kişiliği başlar (TMK m. 28/1) ve kişi hak ehliyetine sahip olur (TMK m. 28/2). Bir kimse nasıl ki on sekiz yaşına gelene kadar kural olarak fiil ehliyeti olmadığı için örneğin kendisine miras yoluyla kalan bir taşınır mülkiyeti üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamıyorsa¹⁴² ancak onun bu taşınır üzerindeki mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen ihlaller yine de haksız fiil hukukunun konusuysa (TBK

¹³⁸ Karşl. “*Korunan diğer değerler cinsel alanda kendi kararını verme hukuki değerini de lege lata ikame etmezler.*” Bottke, s. 537.

¹³⁹ Keskin, s. 77, keza bir kimsenin kendi kararını verme hakkına sahip olabilmesi için hak ehliyetinin bulunmasının yeterli olduğu yönünde bkz. s. 78; Zerres, s. 37 vd.

¹⁴⁰ Keskin, s. 77 vd.

¹⁴¹ Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 46.

¹⁴² Keskin, s. 77 vd.

m. 49 vd.¹⁴³),¹⁴⁴ çocuğun henüz üzerinde tasarruf edemediği cinsel alanda kendi kararını verme hakkına karşı gerçekleştirilen ihlaller de pekâlâ ceza hukukunun konusu olabilir.¹⁴⁵

Bununla birlikte ceza hukuku söz konusu olduğunda medeni hukuktaki hak teorisinden sapan, ancak medeni hukuktakiyle benzeşen bir yorum yapmak mümkündür. Örneğin bir çocuğun herkes gibi kişi özgürlüğüne sahip olma hakkı vardır (Anayasa m. 19). Çocuğu velisinin veya bakımıyla sorumlu olan kimsenin iradesi dışında alıkoymak onun bu hakkını ihlal eder. Çocuk bu hakkını on sekiz yaşına geldiğinde dilediğince kullanabileceksen, on sekiz yaşından önce ancak velisinin veya bakımıyla sorumlu olan kimsenin iradesiyle özgürlüğü kısıtlanabilir. Aksine fiiller şartları varsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) veya çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m. 234) suçunu oluşturur. Nitekim bu suçun bir çocuğa karşı işlenmesi durumunda – çocuğun kendisine rağmen – korunan hukuki değer “*kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*”¹⁴⁶ Bu özgürlüğü (hakkı) üzerinde zaten serbestçe tasarrufta bulunamıyor olduğundan bahisle bir çocuğa karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu hukuki değeri değil de başka bir hakkı veya özgürlüğü koruduğu söylenemez. Aynı akıl yürütmeden hareketle: Üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri yaşa kadar, çocukların geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakları varlığını sürdürür ve bu hak başkaları tarafından bir ihlale uğratılabilir.¹⁴⁷ Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi (“BVerfG”) bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin verdiği bir kararda¹⁴⁸, ebeveyn tarafından çocuğun temsiline ilişkin AMK § 1629 hükmü bağlamında bir kısıtlamaya ihtiyaç

¹⁴³ AMK § 253/2 ve § 825 bağlamında bkz. Kilian, s. 309 vd.

¹⁴⁴ Bu bağlamda bkz. Erbay, s. 174 vd.

¹⁴⁵ Nitekim iradeyi etkileyen sebeplerle bir kimseyi cinsel davranışlarda bulunmaya sevk eden kişinin haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen AMK § 825 bağlamında karşı. Ötker, § 253 kn. 24 vd.; Keza ayrıca bkz. Wagner, § 825 kn. 13.

¹⁴⁶ TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 518 Karaaslan, s. 3; Keza bu bağlamda çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu (TCK m. 234 – bilhassa üçüncü fıkra) da ilgili olabilir.

¹⁴⁷ Karşl. Keskin, s. 97: “*Hak ehliyetinin elde edilmesi, kişinin diğer medeni haklarla birlikte, bizzat karar verme hakkının da sahibi olduğu anlamına gelir. Bununla birlikte hakka sahip olmak, onu kullanabilmek için her zaman yeterli olmayabilir. Bizzat karar verme hakkı söz konusu olduğunda da hak sahipliği için hak ehliyetinin kazanılmış olması yeterli ise de hakkın kullanılabilmesi, kişinin ayırt etme gücünün ve rıza gösterebilme yeteneğinin de varlığını gerektirmektedir.*”

¹⁴⁸ BVerfG, 13.05.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, s. 155 vd.

olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır. Dava konusu olayda bir anne hem kendisi hem de çocukları aleyhine noterde bir borç ikrarında bulunmuştur. Noterde düzenlenen senedin alacaklısı, alacağını *borçlu* çocuklara karşı ileri sürmüştür.¹⁴⁹ Alacaklının icraya başvurması üzerine, küçüklere vesayet mahkemesi tarafından bilahare atanmış olan kayyımın itirazı sonucu alacaklı dava açmış ve bu dava neticesinde Alman Federal Temyiz Mahkemesi, ilk derece ve istinaf mahkemelerince başvuru küçüklere lehine verilen kararı, anne tarafından yapılan yükümlendirici işlemin kanunda (AMK § 1643) tahdidi olarak sayılan ve vesayet makamının onayını gerektiren işlerden olmaması gerekçesiyle bozmuş ve alacaklı lehine bir karar vermiştir.¹⁵⁰ Sonuç olarak dava bireysel başvuru yoluyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Bireysel başvuru incelemesi, henüz reşit olmamış bireylerin miras yoluyla devraldıkları malvarlığından kaynaklanan yükümlülükleri aşacak şekilde borçlar hukuku anlamında kişisel olarak sorumlu tutulmaları sorunu özelinde yapılmıştır. Mahkemeye göre temsile ilişkin kurallar Alman Anayasası m. 1/1 ile bağlantılı olarak m. 2/1'deki genel kişilik hakkının bir görünümü olan *kendi kararını verme hakkına* müdahale niteliği taşır. Böylece kanun koyucu, henüz reşit olmamış bireylerin belirli alanlar söz konusu olduğunda yaşlarına göre değişiklik göstermekle birlikte *kendi kararını verme hakkına* sahip olmadığını kabul etmiştir.¹⁵¹ Mahkeme reşit olmayan kimselerin – küçüklüklerindeyken reşit olduklarında katlanamayacakları düzeyde yükümlülük altına girmemeleri (sokulmamaları) gerektiğinden bahisle – görünüşte bir özgürlük değil, hayatlarını serbestçe düzenleyebilecekleri gerçek bir özgürlük kazanmalarına imkân sağlayacak düzenlemeler yapması yönünde Alman kanun koyucusuna bir çağrıda da bulunmuştur. Zira Mahkeme, her ne kadar küçüklere yasal temsilcilerine karşı tazminat talepleri saklı olsa da bu tazminat taleplerinin çocukların genel kişilik hakları mevzubahis olduğunda zararı karşılayabilmek için uygun olmadığı kanaatindedir.¹⁵² Özetle Mahkemeye göre küçüklüklerinde aşırı derecede yükümlülük altına sokulacak çocukların, reşit olduklarında artık özgürce ve gereğince kullanabilecekleri bir *kendi kararını verme hakları* da olmayacaktır.¹⁵³

¹⁴⁹ BVerfGE 72, s. 160 vd.

¹⁵⁰ BVerfGE 72, s. 161 vd.

¹⁵¹ BVerfGE 72, s. 172 vd.

¹⁵² BVerfGE 72, s. 173.

¹⁵³ Ayrıca bu karar bağlamında bkz. Bezjak, s. 111 vd.; Keza karşı. Jäger-Helleport, s. 40 vd., 113 vd.

Medeni hukukta sahip olunan bir hak bir başkasına karşı doğrudan ileri sürülebilir. Örneğin bir bisikletin sahibi bisikletini sürerek, onu çöpe atarak veya parçalayarak malı üzerinde mülkiyet hakkından doğan tasarruf hakkını dilediğince kullanabilir (TMK m. 683/1). Zira bu durum kural olarak bir başkasına zarar vermez, zarar vermediği sürece de hukuka uygundur ve ceza hukuku anlamında bir haksızlık da teşkil etmez. Ancak aynı durum cinsel alanda kendi kararını verme hakkı için geçerli değildir. Zira bu hakkın kullanılması belirli durumlarda ancak bir başka kimsenin de dâhil olmasını gerektirdiği için eşya hukukundaki mülkiyet hakkı gibi, bir başkasını kullanım sürecine dâhil etmeden faydalanılabilecek bir içeriğe sahip değildir. Başka bir deyişle, cinsel alanda kendi kararını verme hakkının kullanılması kural olarak ancak başkalarının özel alanlarına müdahale edilerek mümkün olabileceği için bu hak, sahibine eşya hukukundaki mülkiyet hakkı gibi müspet anlamda doğrudan bir tasarrufta bulunma hakkı vermez. Bundan dolayı, savunmaya ilişkin bir hak olarak *cinsel alanda kendi kararını verme*, kişiye bir tasarrufta bulunma özgürlüğü değil, cinsel alandaki dışsal belirlemelerden korunma özgürlüğü bahşeder.¹⁵⁴

Kanaatimizce genel anlamdaki *cinsel özgürlük* hukuki değerinin (cinsel özgürlük mutlaka hukuki değer olarak kabul edilmek isteniyorsa) çocukların cinsel istismarı suçundaki yansıması, çocuğun bu özgürlüğü dilediğince kullanabileceği yaşa kadar ve bu özgürlüğü isabetli kullanabilmesi için sahip olması gereken zihinsel olgunluğu da kapsayacak şekilde sağlıklı bir (cinsel) gelişim göstermesi imkânının çocuğa sağlanmasıdır. Bunun için de istenmeyen veya istense bile bu isteme iradesine rağmen hukuk düzeni tarafından yasaklanan cinsel davranışlardan çocuğun korunması gerekir. Cinsel istismar suçuyla ihlal edilen ve bu ihlal sonucunda ortaya çıkan veya daha doğru ifadeyle ortaya çıkması muhtemel netice, çocukların sağlıklı bir bedensel ve zihinsel olgunluğa erişerek cinsellikleri üzerinde serbestçe karar verebilme haklarına hâle getirilmesi ve bu haklarını kullanabilecekleri yaşa ve olgunluğa eriştiklerinde ise artık dilediklerince kullanmalarının mümkün olmamasıdır.¹⁵⁵ Dikkat edilmelidir ki burada kastedilen, cinsel özgürlüğün bilfiil kullanılması hakkına hâle getirmek değil, çocukların cinsel özgürlüklerini serbestçe kullanabilecekleri yaşa geldiklerinde bu özgürlüğü cinsel istismar olmasaydı kullanabilecekleri şekliyle kullanamamalarına yol açacak olumsuzluklara ve arızı durumlara sebep olunmasıdır. Zira ceza hukukunun görevi bireylerin

¹⁵⁴ Sick, s. 51.

¹⁵⁵ Karşl. Fischer, *StGB*, § 176 kn. 2.

cinselliklerini yaşama özgürlüklerini bilfiil kullanmasını temin etmek değil, onları başka kimselerin istenmeyen davranışlarından korumak, onların *geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme haklarını*, başka bir deyişle *cinsel dokunulmazlıklarını* güvence altına almaktır.

Yetişkin bireylerin cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleri kural olarak hâlihazırda mevcuttur. Çocuklar söz konusu olduğunda ise bu yetenek normatif olarak ancak kanun tarafından cinsellikleri üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri kabul edilen yaşa geldiklerinde mevcut olacaktır. Başka bir deyişle, bazı çocuklar yaşıtlarına göre bedensel ve zihinsel olarak daha erken bir gelişim gösterse ve bu suretle cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleri yaşıtlarının aksine gelişmiş olsa dahi, kanun koyucu her bir çocuk için ayrı bir yaş sınırı belirleyemeyeceği için on beş yaşın altındaki çocukların bu yeteneklerinin olmadığı peşinen kabul edilmektedir.

Ceza hukukunun belirli çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları yasaklamasının amacı: 1) çocukların müdahalede bulunulmamış genel gelişimlerini 2) bununla bağlantılı olarak müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini ve nihayet 3) söz konusu bu müdahalede bulunulmamış gelişim süreci sonunda sahip olmaları beklenen cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleriyle uyumlu bir cinsel hayata sahip olabilmelerini güvence altına almaktır. Tekrar ifade edelim ki suçla korunması amaçlanan, kişilerin mutlaka *sağlıklı* bir cinsel hayata sahip olmaları değil, herhangi bir müdahale olmasaydı sahip olacakları sağlıklı veya – cinsel istismar dışındaki başka nedenlerden ötürü – *sağlıksız* bir cinsel hayat ve bu bağlamda kendi kararını verme haklarıdır.

Öte yandan, çocukların sağlıklı bir bedensel ve zihinsel olgunluğa erişerek cinsellikleri üzerinde özgürce karar verebilme haklarına, fiziksel temas içeren cinsel davranışlar yoluyla zarar verilebileceği gibi fiziksel temas içermeyen başka cinsel davranışlarla da zarar verilebilir. Önemli olan, cinsel davranışın fiziksel temasla mı yoksa fiziksel bir temas olmaksızın mı gerçekleştirildiği değil, bu davranışın sebep olduğu bedensel (cinsel sağlığın bozulması¹⁵⁶, bulaşıcı hastalık kapma¹⁵⁷ gibi) ve/veya zihinsel (cinsellikten

¹⁵⁶ Pulverman/ Kilimnik/ Meston, s. 189 vd.

¹⁵⁷ Townsend, s. 7, 12 ve 14.

korkma¹⁵⁸, cinselliğe aşırı düşkünlük¹⁵⁹ ve depresyon¹⁶⁰ gibi diğer psikolojik rahatsızlıklar¹⁶¹ gibi) birtakım arızî durumların,¹⁶² çocuğun normal şartlar altında cinsel alanda kendi kararını verebilmesinin beklendiği yaşa ve olgunluğa eriştiğinde, bu kararı cinsel istismara uğramasaydı verebileceği şekliyle verip veremeyeceği üzerindeki etkisidir. Bedensel veya zihinsel zararlara ise fiziksel temas olsun veya olmasın sebep olunabilir.¹⁶³ Uğradığı haksızlığın üstesinden nasıl geleceği ise her mağdurun yaşına, kişiliğine, psikolojik rahatsızlıklara yatkınlığına ve ailesi ile sosyal çevresinden göreceği tepkiye bağlı olarak değişiklik gösterir.¹⁶⁴ Söz gelimi fail mağdura doğrudan temas etmez ancak onu manipüle ederek kendisi üzerinde (mağdurun kendi üzerinde) cinsel davranışlarda bulunmasına ve bu suretle kendine bir zarar vermesine sebep olabilir. Benzer şekilde fail bu bedensel veya zihinsel zararı fiziksel temas içeren bir cinsel davranışla da verebilir. Mağdurun bulaşıcı bir hastalık kapması bedensel zarara örnek olabilecekken, büyüdüğünde bir daha kimseye güven duymaması ve bununla bağlantılı olarak cinselliği dilediği gibi yaşayamaması (cinsel alanda dar [müspet] anlamda kendi kararını verememesi) zihinsel zarara örnek gösterilebilir.

¹⁵⁸ Pulverman/ Kilimnik/ Meston, s. 192.

¹⁵⁹ Townsend, s. 7, 12 ve 14; Ali/ Pasha/ Cox/ Enaam, s. 10.

¹⁶⁰ Li/ Jin/ Xu/ Luo/ Wilson/ Li/ Wang/ Sun/ Wang, s. 2, bilhassa s. 5.

¹⁶¹ Ali/ Pasha/ Cox/ Enaam, s. 9 vd.; Keza ayrıca bkz. Gerke/ Gfrörer/ Mattstedt/ Hoffmann/ Fegert/ Rassenhofer, s. 7 vd.

¹⁶² Cinsel istismarın neden olduğu diğer fiziksel ve psikolojik sorunlar için bkz. Hailes/ Yu/ Danese/ Fazel, s. 830 vd., bilhassa s. 835 vd.

¹⁶³ Bezjak, s. 114 vd.; Cinsel istismar ve psikolojik zarar ilişkisi için bkz. Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 42 vd.; Cinsel istismar mağduru çocukların psikolojik olarak yaşadıkları sorunların neler olabileceği hakkında ayrıca bkz. Putnam, s. 271 vd.; Keza bu bağlamda bkz. Bezjak, s. 112 vd., bilhassa s. 115; Jäger-Helleport, s. 44 vd.

¹⁶⁴ Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 34; Sturm, s. 6; Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 43; Bezjak, s. 114 vd.; Jäger-Helleport, s. 41.

Bu bağlamda ifade edelim ki Türk ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüş¹⁶⁵ ve Yargıtay¹⁶⁶ uygulamasının aksine – korunan hukuki değerın önemi de dikkate alındığında – çocukların cinsel istismarı suçunun fiziksel temas olmaksızın da işlenebileceği düşüncesindeyiz.¹⁶⁷ 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 102 hükmünde yapılan değişiklik gerekçesinde de ifadesini bulan bu hâkim görüş¹⁶⁸, TCK m. 103/1 hükmündeki *her türlü cinsel davranış* ibaresiyle uyumlu değildir. Her ne kadar öğretilerdeki yaygın kanaat ve Yargıtayca geliştirilen içtihat 6545 sayılı Kanun ile yasal hâle getirilmeye çalışılmışsa da TCK m. 102’de açıkça vücut dokunulmazlığının ihlalinin suçun bir unsuru olarak belirlendiği ancak aynı unsura TCK m. 103 hükmü lafzında yer verilmediği de göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce çocukların cinsel istismarı suçu fiziksel temas olmaksızın da işlenebilir. Ayrıca ifade edelim ki 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 105/1 hükmüne cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak eklenmesi yalnızca cinsel taciz suçuna ilişkindir. Bu düzenlemeye rağmen, fiziksel temas koşulu aranmayan cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesinin, istismar boyutuna varan ancak fiziksel temas içermeyen diğer birtakım cinsel davranışların cinsel istismar olarak sınıflandırılabilmesine engel olmayacağı kanaatindeyiz. Keza ifade edelim ki kanaatimizce TCK m. 105/1’deki suçun mağduru olabilecek çocuklar ancak TCK m. 103/1(b) hükmünde sayılan, on beş yaşını tamamlamış ve cinsel istismar fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar olabilir.¹⁶⁹ Fiziksel temas içermeyen bir fiilin cinsel taciz

¹⁶⁵ Artuk, s. 5, 13; Artuç, s. 105, 109; Baş, s. 1135, 1145 vd., 1167 vd.; Dursun, s. 61; Ergüne, s. 62; Yokuş Sevük, 2005, s. 284; Yokuş Sevük, 2015, s. 125; Yılmaz, s. 1428 vd., Fiziksel temas şartının iletişim teknolojilerindeki gelişmeler bağlamındaki değerlendirmesi için bkz. s. 1482 vd.; Öğretilerde bazı yazarlar, 6545 sayılı Kanun’dan önce çocukların cinsel istismarı suçunun fiziksel temas olmadan da işlenebileceğini savunurken 6545 sayılı Kanun’un TCK m. 102’de değişiklik yapan 58. maddesi gerekçesinde yer alan açıklamalar nedeniyle bu görüşlerini değiştirmiş ve cinsel istismarın yalnızca fiziksel temas suretiyle işlenebileceği görüşünü benimsemişlerdir. Bu bağlamda bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 409 ve dn. 111; Keza aynı yönde bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 390 vd.

¹⁶⁶ Y. 9. CD., T. 16.1.2024, E. 2021/9925 K. 2024/360; Ayrıca bkz. Y. 9. CD., T. 29.3.2023, E. 2021/16973 K. 2023/1812.

¹⁶⁷ Kemaloğlu, s. 616 vd.

¹⁶⁸ “Türk Ceza Kanununun 102 ve 103’üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105’inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105’inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103’üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır.” TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 20 vd.

¹⁶⁹ Özgenç, “Cinsel Suçlar”, s. 263; Kemaloğlu, s. 626 vd.

mi yoksa cinsel istismar mı olduğu konusundaki belirlemeyi yapacak merci somut olayın bütün şartlarını göz önünde bulunduracak olan hâkimdir.

SONUÇ

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocukların müdahalede bulunulmamış bir (cinsel) gelişime sahip olmaları ve cinsellikleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri yaşa ve olgunluğa erişene kadar bu gelişimlerini olumsuz etkileyecek herhangi bir dışsal etkiden uzak tutulmalarıdır. Bu olumsuz etki, çocuklara karşı gerçekleştirilen ve belirli bir haksızlık ve ciddiyet eşiğine ulaşmış herhangi bir cinsel davranıştan kaynaklanabilir. Çocuğun sağlıklı bir cinsel gelişime sahip olması onun yalnızca bedensel, zihinsel ve bununla bağlantılı olarak cinsel sağlığına herhangi bir müdahalede bulunulmamış olması ve doğal sebepler dışında herhangi bir hastalığa yakalanmamış olması anlamına gelmez.¹⁷⁰ Bunun yanı sıra sağlıklı bir cinsel gelişim, çocuğun ruh sağlığını bozan ve bununla bağlantılı olarak cinsellikle ilgili serbest ve sağlıklı bir yargı oluşturma ve bu yargı sonucunda isabetli bir karar verme sürecini olumsuz etkileyen, onu cinsellikten tamamen veya kısmen soğutan ya da tam tersi – olumsuz etkilenen söz konusu yargı oluşturma süreci nedeniyle – onu erişkinlikte istenmeyen veya istense bile sağlıklı bir karar verme sürecinin sonucu olmayan cinsel davranışlara karşı kırılğan/ savunmasız hâle getiren veya getirmeye elverişli olan her türlü cinsel davranış nedeniyle bozulabilir. Cinsel istismar, bu sorunları yaratan veya ileride yaratmaya elverişli¹⁷¹ olan – fiziksel temas olsun veya olmasın¹⁷² – her türlü cinsel davranışla işlenebilir.

¹⁷⁰ Karşl. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası Giriş Bölümü.

¹⁷¹ Karşl. Gössel, § 6 kn. 2; Putnam, s. 274 vd.; Çocuğa zarar verilmesinin en azından ihtimal dâhilinde olması gerektiğine ilişkin olarak karşl. Jäger-Helleport, s. 40, cinsel istismarın sonuçlarına ilişkin olarak bilhassa karşl. s. 44 vd.

¹⁷² Görece daha eski olan bilimsel çalışmalara atıflarla bkz. Bezjak, s. 115 vd.

KAYNAKÇA

- Ali, Sana/ Pasha, Saadia Anwar / Cox, Ann/ Enaam, Youssef, “Examining the Short and Long-Term Impacts of Child Sexual Abuse: A Review Study”, SN Social Sciences, 2024, C. 4, S. 56, s. 1-15.
- Artuç, Mustafa, “Cinsel Taciz Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, 2007, C. 2, S. 11, s. 103-113.
- Artuk, Mehmet Emin, “Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2008, C. 3 S. 6, s. 5-19. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2576416>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Auffermann, Niklas/ Vogel, Sebastian T., “Sexuelle Handlungen vor den Ohren eines Kindes: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14”, Strafverteidiger, 2015, C. 8, s. 488-492.
- Baş, Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, s. 1135-1215. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621512>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Baumhöfener, Jesko, “Versuchtes Cybergrooming: Grenzbereich des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts und Legitimation des ‘Präventionsstrafrechts’”, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 2021, s. 30-34.
- Beck, Karl, Die sexuelle Handlung, (Doktora Tezi), Eberhard Karls Universität Tübingen, 1988.
- Bezjak, Garonne, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- Bottke, Wilfried, “Zum Rechtsgut der §§ 174 ff. StGB”, Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymanns Verlag, Berlin 2007, s. 535-560, (Editörler: Dannecker, Gerhard/ Langer, Winrich/ Ranft, Otfried/ Schmitz, Roland/ Brammsen, Joerg).
- Brockmann, Michael, Das Rechtsgut des § 176 StGB: Zugleich ein Beitrag zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs als Hilfsmittel der Auslegung, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin, Ankara 2020, s. 225-264, (Editör: Koca, Mahmut).
- Dreher, Eduard, “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte

- Reform?”), Juristische Rundschau, 1974, S. 2, s. 45-57.
- Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, 2014, C. 9, 24, s. 57-73.
- Dursun, Selman, Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin, Ankara 2021.
- Eisele, Jörg, “§§ 174–184j”, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck, München 2019, (Editör: Eser, Albin).
- Erbay, Ceyda, “Alman Hukukunda Manevi Tazminat Sistemine Genel Bir Bakış”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 12, S. 23, s. 161-197.
- Erdem, Eylül/ Türay Aras, “Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi”, Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi, 2019, C. 12, S. 2, s. 65-101.
- Ergüne, Elif, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2023, C. 29, S. 1, s. 54-97. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2832120>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Eschelbach, Ralf, “§§ 174–184g”, Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020, (Editörler: Matt, Holger/ Renzikowski, Joachim)
- Fischer, Thomas, “Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2000, C. 112, S. 1, s. 75-105.
- Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 71. Auflage, CH Beck, München 2024.
- Gerke, Jelena/ Gfrörer, Thomas/ Mattstedt, Frederike-Kristina/ Hoffmann, Ulrike/ Fegert, Jörg M./ Rassenhofer, Miriam, “Long-Term Mental Health Consequences of Female- versus Male-Perpetrated Child Sexual Abuse”, Child Abuse & Neglect, 2023, C. 143, s. 106240.
- Gössel, Karl Heinz, Das Neue Sexualstrafrecht: Eine systematische Darstellung für die Praxis, De Gruyter, Berlin 2005.
- Hailes, Helen P./ Yu, Rongqin/ Danese, Andrea/ Fazel, Seena, “Long-Term Outcomes of Childhood Sexual Abuse: An Umbrella Review”, Lancet Psychiatry, 2019, C. 6, s. 830-839.
- Heger, Martin, Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck,

- München 2023, (Editörler: Kühl, Kristian/ Heger, Martin).
- Hörnle, Tatjana, “Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft”, (Editörler: Müller, Henning Ernst/ Sander, Günther M./ Válková, Helena), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, CH Beck, München 2009, s. 321-336.
- Hörnle, Tatjana, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2015, C. 127, S. 4, s. 851-887.
- Hörnle, Tatjana, “§§ 183–184h”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage, CH Beck, München 2021, (Editörler: Erb, Volker/ Schäfer, Jürgen).
- Hörnle, Tatjana, “Vor §§ 174–180, 182, 184i”, Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin 2023, (Editörler: Cirenner, Gabriele/ Radtke, Henning/ Saan, Ruth Rissing-van/ Rönna, Thomas/ Schluckebier, Wilhelm).
- İşten, İnanç, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, S. 9, s. 139-165.
- Jäger-Helleport, Matthias, Konstruktive Tatverarbeitend des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Strafrecht: Normative und empirische Überlegungen zur Bedeutung eines opferorientierten Rechtsgüterschutzes für die Strafverfolgung, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Karaaslan, Reşit, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 4, S. 1, s. 1-20. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1280087>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Kemaloğlu, Çağrı Tuğşat, “Çocukların Cinsel İstismarı (TCK m. 103) ile Cinsel Taciz (TCK m. 105) Suçlarının Ayrımı: Fiziksel Temas Ölçütünün Eleştirisi”, Ceza Hukuku Dergisi, 2024, C. 56, s. 601-648.
- Keskin, A. Dilşad, Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht), Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Kett-Straub, Gabriele, “Ausweiskontrolle vor dem Urlaubsflirt? — Der einvernehmliche Missbrauch von Kindern durch Jugendliche”,

Zeitschrift für Rechtspolitik, 2007, C. 40, S. 8, s. 260-263.

Kilian, Matthias, “Schadensersatz bei Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung: Der reformierte § 825 BGB”, Juristische Rundschau, 2004, S. 8, s. 309-313.

Kinzig Jörg, “Vorbem. §§ 38 ff.–51”, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck, München 2019, (Editör: Eser, Albin).

Koca, Mahmut/ Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Kusch, Roger/ Mössle, Karen Ilka, “Verschärfter Jugendschutz - Zur Auslegung des neuen § 182 StGB”, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, s. 1504-1508.

Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Springer, Berlin, Heidelberg 2012.

Laubenthal, Klaus/ Baier, Helmut/ Nestler, Nina, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg 2015.

Lenz, Hannah, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht: Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen, Nomos, Baden-Baden 2017.

Li, Jiaqi/ Jin, Yu/ Xu, Schicun/ Luo, Xianyu/ Wilson, Amanda/ Li, Hui/ Wang, Xiaofeng/ Sun, Xi/ Wang, Yuanyuan, “Anxiety and Depression Symptoms among Youth Survivors of Childhood Sexual Abuse: A Network Analysis”, BMC Psychology, 2023, C. 11, S. 278.

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred/ Hoyer, Andreas/ Momsen, C, Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, Teilband 1, 11. Auflage, CF Müller, Heidelberg 2019.

Memiş Kartal, Pınar, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, 2014.

Molkekin, Rüdiger, “Sexuelle Handlungen an schlafendem Kind: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.09.1991 - 5 StR 364/91”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1992, s. 178-180.

Oetker, Hartmut, “§§ 249–255”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I: Band 2 §§ 241-310, 9. Auflage, CH Beck, München 2022, (Editör: Krüger, Wolfgang).

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel

Hükümler, 19. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Özgenç, İzzet, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, C. 24, S. 1, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, s. 257-283. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/951491>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Öztan, Bilge, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Papathanasiou, Konstantina, “§§ 176-176e”, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, (Editörler: Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich/ Saliger, Frank), 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2023.

Pulverman, Carey S./ Kilimnik, Chelsea D./ Meston, Cindy M., “The Impact of Childhood Sexual Abuse on Women’s Sexual Health: A Comprehensive Review”, Sexual Medicine Reviews, C. 6, 2018, s. 188-200.

Putnam, Frank W., “Ten-Year Research Update Review: Child Sexual Abuse”, Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 2003, C. 42, S. 3, s. 269-278.

Renzikowski, Joachim, “Vor § 174, §§ 174–182”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 3: §§ 80-184k, 4. Auflage, CH Beck, 2021, (Editör: Schäfer, Jürgen).

Roxin, Claus/ Greco, Luís, Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, CH Beck, München 2020.

Sancar, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin, Ankara 2013.

Satzger, Helmut, “Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1998, s. 112-117.

Schäfer, Gerhard/ Sander, Günther M./ Van Gemmeren, Gerhard, Praxis der Strafzumessung, 7. Auflage, CH Beck, München 2024.

Schetsche, Michael, “Der ‘Einvernehmliche Mißbrauch’: Zur Problematik der Begründung des sexualstrafrechtlichen Schutzes von Kindern und

- Jugendlichen”, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1994, C. 77, S. 4, s. 201-214.
- Schroeder Friedrich-Christian, “Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG”, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1971, C. 4, S. 1, s. 14-21.
- Schroeder Friedrich-Christian, “Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB”, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, s. 1501-1504.
- Schulhofer, Stephen J., “Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of the Law”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 1998.
- Sick, Brigitte, “Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht – Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, C. 103, S. 1, 1991, s. 43-91.
- Sick, Brigitte/ Renzikowski, Joachim, “Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung”, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, CF Müller, Heidelberg 2006, s. 603-619, (Editörler: Hoyer, Andreas/ Müller, Henning Ernst/ Pawlik, Michael/ Wolter, Jürgen).
- Sturm, Richard, “Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts: 1. Teil”, JuristenZeitung, 1974, C. 29, S. 1, s. 1-7.
- Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.
- Townsend, Catherine, “Prevalence and Consequences of Child Sexual Abuse Compared with Other Childhood Experiences”, Darkness to Light, Charleston, S.C., 2013.
- Turhan, Engin, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin, Ankara 2021.
- Ünal, Osman Gazi, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, Seçkin, Ankara, 2023.
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003.
- Ünver, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar”, Türk

- Ceza Kanununun 2 Yılı: Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 294-342.
- Wagner, Gerhard, “§§ 823–838”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV: §§ 705-853, 9. Auflage, CH Beck, München 2024, (Editör: Habersack, Mathias).
- Wahrig-Burfeind, Renate, Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Auflage, Wissenmedia, Gütersloh/München 2011.
- Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 53. Auflage, CF Müller, Heidelberg 2023.
- Wolters, Gereon, “§§ 174–176b StGB”, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV, (§§ 174-241a StGB), 10. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2024, (Editörler: Hoyer, Andreas/ Wolter, Jürgen).
- Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu–Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- Yılmaz, Yeşim, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 18, S. 217, s. 1421-1505. (<https://www.jurix.com.tr/article/36912>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Yokuş Sevrük, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005, C. 2, S. 5, s. 280-302.
- Yokuş Sevrük, Handan, “6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, C. 3, S. 2, s. 119-145. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331431>, Erişim Tarihi: 12.9.2024)
- Zerres, Thomas, Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Springer, Berlin 2022.
- Ziegler, Theo, “§§ 172-184I”, Beck’scher Online-Kommentar – Strafgesetzbuch, 64. Auflage, CH Beck, München 2025, (Editörler: Kudlich, Hans/ Von Heintschel-Heinegg, Bernd).

