

Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

The Crime of Sexual Abuse of Children

Elif ERGÜNE* 

ÖZ

Çocukların cinsel istismarı suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde 103. maddede düzenlenmektedir. Çalışmada öncelikle bu suç ile korunan hukuksal değer ardından suçun unsurları analiz edilmiş ve bu çerçevede maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru öğretideki tartışmalar ve yargı kararları ile birlikte incelenmiştir. Bundan sonra cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi ve diğer nitelikli unsurlarına değinilmiş, daha sonra kusurluluk ile ilgili önem arz eden hususlar irdelenmiştir. Ardından suçun temel ve nitelikli unsurlarına teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima konularına yer verilmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zamanaşımı ve infaza ilişkin özellik arz eden hususlar değerlendirme konusu yapılmıştır. Cinsel istismar suçuna ilişkin belirtilen bu hususlar doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ışığında, Alman hukukundaki benzer düzenlemelere değinilerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Dokunulmazlık, Cinsel İstismar, Çocuk, Sarkıntılık, Nitelikli Cinsel istismar

ABSTRACT

The crime of sexual abuse of children is regulated in Article 103 of the Turkish Penal Code's section titled "Offences against sexual inviolability". First, in the study, the legal value protected by this crime, then the elements of the crime were analysed and, in this context, the actus reus, mens rea, and the element of unlawfulness were examined with the judicial decisions and discussions in the doctrine. After that, sexual behaviour remained at the level of molestation, the crime was committed by inserting an organ or other object into the body, and other qualified elements were mentioned and thereafter, the significant issues related to culpability were examined. Subsequently, the basic and qualified elements of the crime are attempt and voluntary renunciation, jointly committed offences and aggregation of offences. Finally, the specific issues regarding sanction, judgment, the statute of limitations and execution were evaluated. These issues related to the crime of sexual abuse have been examined in the light of the debates in the doctrine and judicial decisions by referring to similar regulations in German law.

Keywords: Sexual Inviolability, Sexual Abuse, Child, Molestation, Aggravated Sexual Abuse

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İstanbul, ORCID: 0000-0001-6443-8392.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Elif ERGÜNE

E-posta/E-mail: elifbekar@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.12.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 30.05.2023

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde yer alan cinsel istismar suçu, m.102'de yer verilen cinsel saldırının devamında m.103'te düzenlenmektedir. İlk olarak kanun koyucu tarafından "istismar" kavramının tercih edilmesinin nedenleri ve bu suç ile korunan hukuki değer incelenmiştir. Korunan hukuki değer ile ilgili farklı görüşlere yer verildikten sonra suçun unsurları, temel unsurlar ve nitelikli unsurlar başlıkları altında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda öncelikle temel unsurlar, maddi ve manevi unsurlar ve hukuk aykırılık unsuruna değinilmiştir. Maddi unsurlar başlığı altında cinsel istismar suçu bakımından özellik arz eden konu ve mağdur, hareket, fail inceleme konusu yapılmıştır. Cinsel istismar suçunda yaş gruplarına göre ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu suçta mağdur, iki gruba ayrılmakta ve hareket unsuru da buna göre düzenlenmektedir. Birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından tek bir cinsel davranışın yeterli olup olmayacağı, ikinci grup çocuklar bakımından "iradeyi etkileyen başka neden" kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu, cinsel davranışın vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirip gerektirmediği değerlendirilmiştir. Manevi unsurlar başlığı altında bu suç tipi bakımından kastın dışında cinsel duyguları tatmin şeklinde amacın aranıp aranmayacağı, kastın kapsamı ve unsurlarda hata haline dair açıklamalara yer verilmiştir. Suçun temel unsurlarından son olarak hukuka aykırılık unsuru incelenmiş olup, bu bağlamda da rızanın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar ve diğer hukuka uyululuk sebeplerine değinilmiştir.

Suçun temel unsurlarından sonra nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Nitelikli unsurlar konu ve mağdur, hareket, netice ve fail sebebiyle nitelikli unsurlar şeklinde tasnif edilmiştir. Konu ve mağdur sebebiyle nitelikli unsurlar başlığında, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması ve suçun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlığı olan kişiye karşı işlenmesi haline yer verilmiştir. Hareket sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehdit, ikinci grup çocuklara karşı silahla işleme, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma, zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma halleri değerlendirme konusu yapılmıştır. Netice sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında mülga düzenleme olan beden veya ruh sağlığının bozulması ve bitkisel hayata girme veya ölüm; fail sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında ise failin üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen olması, failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması ve birden fazla kişi tarafından birlikte işleme halleri incelenmiştir.

Kusurluluk başlığı altında kusurluluğu etkileyen hallerden cinsel istismar suçu bakımından önem arz edenler değerlendirilmiştir. Bu bağlamda yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir veya tehdit, haksız tahrik ve haksızlık hatası incelenmiştir. Ardından teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima konularına yer verilmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zamanaşımı ve infaza ilişkin özellik arz eden hususlar inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmada belirtilen bu hususlar Alman hukukundaki benzer düzenlemelere değinilerek ele alınmış, doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

I. GENEL BİLGİLER

Çocukların cinsel istismarı suçu, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 103'te yer almaktadır. TCK m. 103/1; “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin devam eden fıkralarında ise cinsel istismar suçunun nitelikli unsurları ve netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bulunmaktadır.

Cinsel istismar suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) “Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı sekizinci bap, birinci fasılda m. 414-418'de düzenlenmiştir.

Kanun koyucu yetişkinler için “cinsel saldırı” terimini kullanırken çocuklar hakkında “cinsel istismar” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Çocukların yetişkinlere göre daha fazla korunma ihtiyaçlarının olması nedeniyle kanun koyucunun “istismar” terimini tercih ettiği ve cinsel saldırı suçuna göre daha fazla ceza öngördüğü söylenebilir¹. Benzer şekilde cinsel istismar ifadesinin tercih edilmesinin nedeni olarak çocuğun yaşı veya içinde bulunduğu durum nedeniyle kendisine yönelik hareketin cinsel içerikli olup olmadığını anlayabilecek durumda olmaması hali², failin mağdur üzerindeki otoritesi ya da çocukların cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın genel olarak geçerli olmayacağı³ gösterilmektedir. Failin konumu, bilgisi veya yaşı gibi sebeplerle sahip olduğu bu otorite “farazi cebir” olarak da adlandırılmaktadır⁴.

II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

ETCK'da “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlıklı sekizinci bapta yer alan bu suç ile korunan hukuki değerlerin genel ahlak ve aile düzeni olduğu görülmektedir.

- 1 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021) 399; Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Bası, Seçkin 2018) 22; Bülent Kurt, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Adalet 2020) 21.
- 2 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020) 451; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 355; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1* (Vedat 2006) 395.; Sertaç Işıka, *Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012) 80.
- 3 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Adalet 2022) 413.
- 4 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020) 249.

Bunun yanı sıra TCK'da yer alan cinsel istismar suçu ile mağdur olan çocuğun yararının korunmak istendiği belirtilmektedir⁵. Ayrıca bu suç ile çocuğun cinsel özgürlüğünün⁶ ve sağlıklı biçimde cinsel gelişim ve sağlık hakkının⁷, bozulmamış cinsel gelişiminin⁸ ve istismar edilmeme hak ve özgürlüklerinin korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁹. Bununla birlikte cinsel ve vücutsal bütünlüğün korunduğu kabul edilmektedir¹⁰. Bunun yanı sıra cinsel istismar suçu ile çocuğun cinsel gelişiminin bozulmadan korunması için erken cinsel deneyimden uzak tutulması amaçlandığı belirtilmektedir¹¹.

Sonuç olarak TCK'da “*Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlıklı altıncı bölümde yer alan bu suç ile korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğü olduğu söylenebilecektir.

III. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Konu ve Mağdur

Cinsel istismar suçunun konusu yaşayan bir çocuğun vücududur¹². Erkek ya da kadın olan çocuğun vücudu dışında, resmi, görüntüsü, videosu vb. bu kapsamda ele alınamayacaktır¹³. Bu suçun mağduru, istismara uğrayan on sekiz yaşını doldurmamış çocuktur. Çocuğun cinsiyeti ise önem taşımamaktadır¹⁴. Ölmüş insanlara karşı gerçekleştirilen fiiller, kişinin hatırasına hakaret suçunun

5 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 400; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası, Adalet 2019) 144.

6 Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin 2017) 289; Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi incelenmesi”, iç Yener Ünver (edr) *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”* (Seçkin 2014) 40.

7 Joachim Renzikowski, “Sexueller Mißbrauch von Kindern”, in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB)* (4th edn, C. H. Beck, 2021) § 176, N 3; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 451; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Koca ve Üzülmöz (n 3) 403; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014) 144.

8 Jörg Eisele, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder StGB)* (30th edn, C. H. Beck 2019) § 176, N 1a. Ancak sadece cinsel gelişimin esas alınarak normun amacının belirlenmesi dar bir yaklaşım olacaktır (Tatjana Hörnle, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” in Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Klaus Tiedemann and Ruth Rissing-van Saan (eds) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12th edn, De Gruyter Recht 2009) § 176 N 1).

9 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Yokuş Sevük (n 5) 144.

10 Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (6. Bası, Adalet 2021) 368.

11 Martin Heger, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” in Karl Lackner and Kristian Köhl (eds) *Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Köhl StGB)* (29th edn, C. H. Beck 2018) § 176 N 1; Eduard Dreher and Herbert Tröndle, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Dreher/Tröndle StGB)* (46th, C. H. Beck 1993) § 176 N 1.

12 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 402; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 356; Koca ve Üzülmöz (n 3) 408; Aydın (n 1) 25; Hatice Kübra Demir, *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna Özgü Yaptırımlar ve İnfaz Rejimi* (Adalet 2021) 28. “...Kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle...” Yargıtay 14 CD, E 2016/3127 K 2016/2435, 14.03.2016 (Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C.3* (Adalet 2021) 3886.

13 Krş. Müstehcenlik, çocuk pornografisi suçu (m 226/3).

14 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 401; Koca ve Üzülmöz (n 3) 406; Özen (n 10) 368. Suçun konusu ve mağdurunun “çocuk” olduğu görüşü ile ilgili olarak bkz. Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Çocukların Cinsel İstismarı” *Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II* (On İki Levha, 2017) 505.

düzenlendiği TCK m.130/2'ye; hayvanlara karşı gerçekleştirilen fiiller Hayvanları Koruma Kanunu yasaklar başlıklı m.14/1-j ve idari para cezalarının düzenlendiği m.28'e göre cezalandırılacaktır.

TCK'da cinsel istismar suçu bakımından yaş gruplarına göre ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre cinsel istismar suçunda mağdur, iki gruba ayırmakta ve hareket unsurunu buna göre düzenlenmektedir (m.103/1-a ve b). Birinci grup, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam¹⁵ ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklardan (mümeyyiz/sezgin olmayan, algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar) ¹⁶ oluşurken; ikinci grup, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan (mümeyyiz/sezgin çocuklar) oluşmaktadır¹⁷. Alman hukukunda ise, cinsel istismar suçu bakımından 14 yaşından küçük çocukların rızasına geçerlilik tanınmadığı görülmektedir¹⁸.

TCK m.6 uyarınca çocuk, 18 yaşını dolduramamış kişidir. Evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa dahi 18 yaşından küçükler bu suçun mağduru olabilecektir¹⁹. Nitekim TMK m.124-128 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla en erken 16 yaşını dolduran kişi evlenebilir (kanuni çocuk evliliği)²⁰. Kanuni evlenme yaşının altındaki çocuk evliliklerinin ise herhangi bir etkisi yoktur²¹. Öte yandan doktrinde yapılan bir ayırma göre, cinsel davranış, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak yapılırsa çocuk erken yaşta ergin olsa dahi 18 yaşın altında olup, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ancak cinsel davranış, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilirse evlenmenin varlığı rıza anlamına gelerek hukuka uygunluk

15 Çocuk tarafından fiilin hukuki anlamının algılanamayacağı, cinsel nitelik ve amacının algılanabilir olduğu ve bunun da yetenek eksikliği nedeniyle algılanamayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Bası, Seçkin 2021) 126.

16 Mahkeme tarafından uzman kişiler vasıtasıyla tespit edilen bu yetenek, işlenen fiilin hangi suçu oluşturduğunun veya cezasının ne olduğunun bilinmesi ile ilgili değildir, bununla birlikte fiilin cinsel özgürlüğe müdahale içerdiğinin bilinmesi yeterlidir (Özen (n 10) 370; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 357). Algılama yeteneğinin gelişmemiş olmasına akıl zayıflığı, zekasal gelişim düzeyinin eksik olması, bilgi, görgü geriliği halleri örnek verilebilir (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 357).

17 15 yaşını doldurmuş mağdur bakımından, failin sorumlu tutulabilmesi için "isnat yeteneği"nin aranmasının yerinde olmadığı görüşü hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 454.

18 StGB § 176; "Her kim 14 yaşın altındaki çocuğa karşı cinsel hareket gerçekleştirir veya kendi üzerinde çocuğa çocuğa gerçekleştirirse altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindedir. Bu nedenle çocuğun 14. yaş gününde işlenen fiil bakımından bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Bunun aksine bir anlaşma geçerli olamayacaktır (Renzikowski (n 7) § 176 N 29). Mağdur olan çocuğun daha evvel cinsel deneyimi olup olmadığını bir önemi olmaksızın 14 yaşın altında olması yeterlidir (Dreher and Tröndle (n 11) § 176 N 2). 14 yaşın altındaki mağdur çocuğun cinsiyeti önem arz etmemekte olup, bu suç ölümlere karşı işlenemeyeceğinden mağdurun yaşayan bir çocuk olması gerekmektedir (Hörnle (n 8) § 176 N 8). Çocukların cinsel gelişimleri ve ergenlikleri dikkate alınarak Türk hukukunda da 15 yaş sınırının 14'e indirilmesine dair öneri hakkında bkz. Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal 2013) 62.

19 Gökcan ve Artuç (n 12) 3872. Aksi görüşe göre, evlilik kişiyi ergin kıldığı için bu kişilere yönelik cinsel davranışlar, TCK m.102 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kişilerin rızaları ile cinsel ilişkiye girmeleri halinde ise mevcut olan evlilik nedeniyle rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve suçun oluşmadığı ileri sürülmüştür. (Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Savaş 1999) 302.

20 Bir görüşe göre, evlilik ile ergin kılınmış çocuk, eşi dışındaki kişiler bakımından çocuk sayılacaktır. Bu görüşe göre evlilik ile ergin kılınan çocuk bakımından TCK m.102 uygulanmalıdır ve eşlerden biri diğerinin rızasına aykırı olarak vücuda organ sair cisim sokma şeklinde olmayan cinsel saldırı niteliğinde hareketler gerçekleştirirse, suç teşkil etmemelidir. Ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı da hareket suç teşkil etmeli ve takibi şikâyete bağlı olmalıdır. Görüş hakkında bkz. Özen (n 10) 372; Gökcan ve Artuç (n 12) 3872.

21 Bkz. aşağıda kusurluluk-haksızlık hatası.

sebebi teşkil edecektir. Bu ihtimalde hem cinsel istismar hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olmayacaktır²². Evliliğin varlığı halinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkide rızanın varlığının bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınması yerine tipikliği kaldıran rıza kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Çünkü burada tipik hareket, çocuğun rızasına aykırı bir şekilde gerçekleştirilen cinsel ilişkidir²³.

Sonuç olarak bu suçun mağduru olması bakımından çocuğun medeni halinin önem arz etmediği söylenebilecektir. Yargıtay'ın yaklaşımının da bu yönde olduğu görülmektedir²⁴.

Diğer bir tartışma konusu ise, eşler arasında bu suçun işlenmesi hali ile ilgilidir. Cinsel saldırının nitelikli şeklindeki gibi eşe dair şikâyet şartını arayan özel bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu suçun temel şekli de bir istisna (çocuklar arası sarkıntılık) dışında şikâyete tabi değildir²⁵. Sonuç olarak cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında işlendiğinde suç şikâyete tabi iken, cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halinde kovuşturma re'sen yapılacaktır.

Doktrinde bir görüş, 102/2'deki eş düzenlemesinin özel norm olarak evli çocuklar için de uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁶. Ancak bu görüş, evli olmanın çocuk olma vasfını (TCK m.6) kaldırmaması nedeniyle eleştiriye açıktır. Sonuç olarak çocuk, evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa dahi cinsel istismar suçunun mağduru olabilecektir²⁷. Bu durumda cinsel ilişki örneğinin, cebir veya tehdit ile gerçekleşmişse evli olan çocuk, cinsel istismar suçundan cezalandırılacak olup, hakkında şikâyet aranmayacaktır.

Burada evli olan çocuklar hakkında özel bir düzenlemenin olması gerektiği resmi bir evlilik ilişkisinin varlığı halinde TCK m.102'nin uygulanmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir²⁸.

Diğer yandan bu konuda ikili ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmişse, çocukların cinsel istismar suçunun oluştuğu söylenebilecekken; cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmemişse evlilik mevcut olduğundan cinsel istismar suçu oluşmayacaktır²⁹. 15 yaşını tamamlayan çocukla rızai cinsel ilişki reşit olmayanla

22 Bu görüş hakkında bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358, 359.

23 Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış" (2014) 24 Ceza Hukuku Dergisi 63. Ayrıca tipikliği kaldıran ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed Demirel, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza" (2020) 78(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 85.

24 "5237 sayılı TCK'nın 6 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun onsekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple onsekiz yaşından önce ergin olsa dahi ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple evlenmeye veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır." Yargıtay 14 CD, E 2016/993, K 2019/13661, 26.12.2019 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20 Kasım 2022.

25 Ayrıca bkz. aşağıda nitelikli unsurlar.

26 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 457; Koca ve Üzülmöz (n 3) 407.

27 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358; Yokuş Sevük (n 5) 147; Koca ve Üzülmöz (n 3) 407.

28 Ünver (n 6) 41.

29 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 359. Eşi tarafından 18 yaşın altındaki eşe karşı rızası dışında gerçekleştirdiği temel cinsel

cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak burada evlilik söz konusudur ve TMK'ya göre 17 yaşını tamamlayan ya da olağanüstü hallerde hakim kararıyla 16 yaşını tamamlayanlar evlenebildikleri ve evlilik kişiyi ergin kaldığından için bu suç oluşmayacaktır³⁰.

2. Hareket

Cinsel istismar suçunda hareket, çocuğu cinsel yönden istismar edilmesidir. Cinsel istismar deyimi Kanunda, çocuğun yaşına göre farklı içerikte tanımlanmaktadır³¹. Birinci grup (15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş) çocuklar bakımından her türlü cinsel davranış; ikinci grup (15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş) çocuklar bakımından ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı cinsel davranışlar³² olarak ifade edilmiştir.

TCK m.103/1-a'da "...her türlü cinsel davranış", m.103/1-b'de "cinsel davranışlar" ibareleri yer almaktadır. Kanunun lafzı gereği, birinci grup çocuklara yönelik tek bir davranış yeterli iken, ikinci grup çocuklara yönelik ise, birden çok cinsel davranışın arandığı söylenebilir. Fakat kanun koyucunun, birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından böyle bir ayırım yapma amacının olmadığı, her iki gruptaki çocuklar hakkında da tek bir cinsel davranışın suçun oluşması bakımından yeterli olduğu belirtilmelidir³³.

Birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, çocuğun rızası ile gerçekleşmiş olsa dahi bu suç oluşacaktır. Cinsel istismarın, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hali ise, nitelikli unsur teşkil etmektedir. İkinci grup çocuklar bakımından ise rıza geçerlidir, fakat işlenen fiil cebir, tehdit, hile³⁴ veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş olmamalıdır. Burada yer verilen "iradeyi etkileyen başka bir neden" ibaresinden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir³⁵. İradeyi etkileyen başka bir neden olarak "geçici bir nedenle" ya da "alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle" mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalması durumunun ifade edildiği vurgulanmıştır³⁶. Mağdurun

istismar veya sarkıntılık niteliğindeki davranışların, cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkındaki görüş için bkz. Gökcan ve Artuç (n 12) 3873.

30 Dursun (n 23) 66.

31 Kız çocuklarının daha erken ergenliğe girmesi ve erkek ve kız çocuklarının olgunlaşma yaşlarının farklılık arz etmesi nedeniyle aynı yaş gruplarına göre tasnif yapılması eleştirilmektedir. Renzikowski (n 7) § 182 N 4.

32 İkinci grup çocuklar bakımından rızaları dâhilinde yapılan kendilerine yönelik cinsel davranışlar bakımından cinsel istismar suçu oluşmayacaktır. Ayrıca burada yer verilen cinsel davranışlar, cinsel ilişkiye varmayan düzeydeki davranışlardır. Cinsel ilişkinin söz konusu olması halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) değerlendirme konusu olacaktır (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358; Özen (n 10) 375).

33 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 457.

34 Hilenin mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta olması aranmaktadır (Yargıtay 14 CD, E 2014/1552 K 2015/5994, 30.04.2015) Gülsün A. Aygörmmez Uğurlubay, "Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları", iç Gülsün Ayhan Aygörmmez Uğurlubay (edr), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri* (On İki Levha 2019) 33.

35 İfadenin belirli olmaması nedeniyle "kanunilik" ilkesine aykırılık teşkil edebileceği ile ilgili görüş için bkz. Gökcan ve Artuç (n 12) 3877; Şen (n 2) 397; Ahmet Ceylani Tuğrul ve Murat Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, Ensest İlişkiler* (Detamat 2018) 298.

36 Gökcan ve Artuç (n 12) 3878; Yokuş Sevük (n 5) 150; Taner (n 6) 303; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 455; Soyaslan (n 4) 251.

iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir etki değil; davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azaltılması aranmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır³⁷.

Bununla birlikte algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğa cebir, tehdit veya hile uygulanmaksızın cinsel istismara yönelik davranışın gerçekleşmesi için (örneğin, para verilmesi suretiyle) ikna edilmesinin iradeyi etkileyen bir neden olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusudur. Bu gibi hallerin, iradeyi etkileyen neden kapsamında kabul edilmesi Kanun metninin uygulama alanını tehlikeli biçimde genişletecektir. Öte yandan iradeyi etkileyen hallere mutlaka fail tarafından sebebiyet verilmesinin gerekli olup olmadığı diğer bir tartışma konusudur. Uygulamada mağdurun özgür iradesiyle algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi halinde rızanın varlığının kabul edildiği görülmektedir³⁸.

Diğer yandan çocuğa yönelik cinsel davranışın, vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirip gerektirmediği hususu değerlendirilmelidir. TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunda, madde metninde vücut dokunulmazlığının ihlali aranmamaktadır. Bu nedenle baskın görüşe göre, cinsel istismar suçunun TCK m.105’te düzenlenen cinsel taciz suçundan ayrımı, cinsel istismarda bedensel temasın aranmasıdır³⁹. Yargıtay da bedensel temas içermeyen hareketleri cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirmemektedir⁴⁰. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, çocuklara yönelik tüm cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda çocuklara yönelik bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar da cinsel taciz suçunu değil, cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi zorunluluğu aranmamaktadır⁴¹. Bu görüş, ikinci grup çocuklara yönelik cebir, tehdit veya hile unsurlarının bedensel temas içermeyen davranışlar bakımından anlamlı olmaması noktasında eleştirilmektedir.

Bununla birlikte sadece birinci grup çocuklar için bedensel temas şartının aranmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş, TCK m.103/1-a yer alan *“her türlü cinsel davranış”* ibaresi gereği birinci

37 *“Suçun mağdurunun çocuk olması ve bu filler karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır”*.

38 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 456.

39 Koca ve Üzülmüş (n 3) 409, 410; Dursun (n 23) 61; Yokuş Sevik (n 5) 151; Özen (n 10) 374.

40 *“Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanlıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...”* Yargıtay 5 CD, E 38/2008 K 2115/2008 18.03.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. *“Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesi ile mağdureye yaklaşıp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eyleminin TCK.105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinden yanlıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...”* Yargıtay 5 CD, E 2007/3731 K 2007/4315, 02.02.2009. *“Sanığın olay günü kendisinden uzaklaşmak isteyen mağdureyi ısrarla takip ederek sırnaşıkça sözler sarfetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi nedeniyle cinsel istismar niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma veya cinsel taciz suçunu oluşturup oluşturmayacağı da karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...”* Yargıtay 5 CD, E 2011/2804 K 2011/3503 27.04.2011 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

41 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 364; Memiş Kartal (n 7) 164; İbrahim Dülger, “Çocukların Cinsel İstismarı” (2010) 2(6) Fasikül Hukuk Dergisi 41.

grup çocuklar hakkında bedensel temas içermeyen davranışların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴². Ancak Kanundaki bu ifade, ikinci grup çocuklardan farklı olarak ilk gruptakilerin rızasının geçerli olmadığını vurgulamaya yöneliktir.

Diğer yandan 6545 s. Kanun (m.61) ile m.105'te “*fiilin çocuğa karşı işlenmesi*” durumunda ceza artırımını öngören şekilde değişiklik yapılarak cinsel taciz suçunun çocuğa karşı da işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca 6545 s. Kanun'un madde gerekçesinde cinsel istismar bakımından bedensel temasın gerekliliği belirtilmiştir. Buna rağmen cinsel taciz suçunun nitelikli halinin mağdurunun ancak ikinci grup çocuk olabileceği ileri sürülmektedir⁴³.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, baskın görüşün isabetli olduğu söylenebilir. ETCK dönemindeki ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık fiilleri arasındaki fark da aynı şekildedir. Nitekim 18/06/2014 tarihli ekleme ile bedensel temas içeren ani ve kesiklik gösteren, süreklilik arz etmeyen davranışlar “sarkıntılık” fiili olarak madde metninde yer almaktadır. Diğer yandan cinsel taciz suçunda fiilin çocuğa karşı işlenmesi haline yer verilmesi de cinsel taciz ve cinsel istismar suçunun ayrımı konusunda bedensel temasın varlığına dair bir kriter oluşturmaktadır⁴⁴.

Sonuç olarak cinsel istismar, cinsel nitelik taşıyan ve fakat vücuda organ veya sair cisim sokma düzeyine varmayan ve vücut dokunulmazlığını süreklilik arz edecek şekilde ihlal eden birinci grup çocuklar bakımından her türlü cinsel davranış, ikinci grup çocuklar bakımından ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı cinsel davranıştır. Vücuda organ veya sair cisim sokma düzeyine varan davranış, suçun temel unsuru değil, nitelikli unsur olarak düzenlenmektedir. Vücut dokunulmazlığını süreklilik arz edecek şekilde ihlal etmeyen, ani ve kesiklik gösteren bedensel temas içeren fiillerde, cinsel istismardan değil, sarkıntılıktan söz edilmesi gerekmektedir. Nihayet cinsel taciz suçundan ayrımı vücut dokunulmazlığının ihlali noktasındadır. Bedensel temas içeren fiiller sarkıntılık veya cinsel istismar suçunu oluştururken bedensel temas içermeyen fiiller bakımından cinsel taciz suçu değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar, himayesine verilenin cinsel istismarı (Alman CK § 174), çocukların cinsel istismarı (§ 176), çocukların cinsel istismarının ağır hali (§ 176a), çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması (§ 176b), küçükleri cinsel davranışlara teşvik (§ 180) ve gençlerin cinsel istismarı (§ 182) suçu şeklinde düzenlenmiştir.

Cinsel istismarın düzenlendiği 176. maddenin ilk iki fıkrasında (§ 176 I ve II) bedensel temas içeren fiiller⁴⁵, 176 IV'de ise bedensel temas içermeyen fiiller düzenlenmiştir. Buradaki ilgili fiiller için bir

42 Kurt (n 1) 50.

43 Bu görüş hakkında bkz. İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar” (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi 262, 263 dn 2.

44 6545 s. Kanun ile cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinin eklenmesine gerek olmadığı, sarkıntılık fiilinin de TCK m.105 kapsamında değerlendirilebileceğine dair aksi görüş için bkz. Soyaslan (n 4) 248.

45 Failin çocukla bedensel temas içeren önemli cinsel davranışlarda bulunması veya çocuğun kendi üzerinde gerçekleştirilmesini sağlaması gerekmektedir (Hörnle (n 8) § 176 N 4). Bu fiiller bakımından çocuğun temasın farkında olmasına, cinsel bir temas olduğunu anlamasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Monika Frommel, “Sexueller

çocuğu teklif eden, vaat eden ya da bir başkası ile anlaşılan kişi ise 176 V uyarınca cezalandırılacaktır⁴⁶. Alman CK § 176 I'e göre, failin 14 yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmiş olması veya kendi üzerinde çocuğa bu tür davranışlar gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Alman CK § 176 II'de ise, çocuğun başka biri üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya veya başka birinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasına karar verdirme fiili suç olarak düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği Alman CK § 176 IV'de bedensel temas içermeyen fiiller 4 bent halinde yer almaktadır. Bunlar; çocuğun önünde cinsel davranış gerçekleştirme (CK § 176 IV 1), çocuğu cinsel davranış gerçekleştirmeye karar verdirme (CK § 176 IV 2), yazı, bilişim veya iletişim teknolojisi kullanarak etkileme (CK § 176 IV 3), pornografi yoluyla etkilemedir (CK § 176 IV 4).

Alman CK § 176 I'de aranan gerçekleştirme fiilinde aktif bir hareketin olması gerektiği, gerçekleştirme şeklindeki fiil bakımından ise çocuk tarafından gerçekleşen fiile, failin hareketsiz kalmasının yeterli olmayacağı savunulmaktadır⁴⁷. Alman CK § 176 II'de ise çocuğa cinsel davranışa dair karar verdirme durumu söz konusudur. Burada üçüncü kişi olarak anılan kişinin ceza sorumluluğu ya da yaşı önem arz etmemektedir. Ayrıca buradaki karar verdirme fiili, somut bir fiile yönelik olmalıdır⁴⁸.

İcrai hareketle işlenebilen bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği ileri sürülmektedir. Buna failin cebir veya tehdit ile mağdur tarafından kendisine cinsel davranış içeren hareketleri gerçekleştirmesi örnek verilmektedir⁴⁹. Bununla birlikte çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacaktır⁵⁰. Ayrıntılı açıklamalara aşağıda iştirak başlıklı bölümde yer verilmiştir.

Cinsel istismar suçu soyut tehlike suçu olup, somut tehlike veya zarar aranmamaktadır⁵¹. Öte yandan cinsel istismar suçu sırf hareket suçu olup, yukarıda değindiğimiz davranışın dışında ayrıca bir neticeye yer verilmemektedir.

3. Fail

Suçun faili bakımından özellik arz eden bir husus aranmadığından bu suçun faili kadın, erkek, çocuk veya yetişkin herkes olabilir⁵². Fail ve mağdur aynı ya da farklı cinsiyette olabilir⁵³.

Mißbrauch von Kindern" in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann and Hans-Ullrich Paeffgen Strafgesetzbuch (eds), *Nomos Kommentar (NK-StGB)* (5th edn, Nomos 2017) § 176 N 11; Hörnle (n 8) § 176 N 4; Renzikowski (n 7) § 176 N 32). Nitekim çocuğun uyuyor olması da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Heger (n 11) § 176 N 3.

46 StGB § 176.

47 Eisele (n 8) § 176 N 4.

48 Renzikowski (n 7) § 176 N 35.

49 Özen (n 10) 375.

50 Bu görüşe göre, cinsel istismar mutlaka çocuğun vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulmasına bağlı değildir ve çocuğu kendi vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan da dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır (Koca ve Üzülmöz (n 3) 410). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VI. B. İştirak.

51 Eisele (n 8) § 176 N 1a.

52 Hörnle (n 8) § 176 N 24.

53 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 451; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 401; Koca ve Üzülmöz (n 3) 406; Yokuş Seviük

Failin kendisinin de çocuk olması failin kusurluluğu ile ilgili sonuç doğuracaktır. Ayrıca 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak tanımlandığı için çocuk olan fail tarafından birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranış, cinsel istismar kapsamında değerlendirilecektir⁵⁴.

Örneğin 17 yaşındaki çocuk, 14 yaşındakine veya 14 yaşındaki çocuk 13 veya 16 yaşındakine karşı cinsel istismar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirebilir. Hem failin hem mağdurun 15 yaşından küçük olması halinde karşılıklı rıza ile yapılan cinsel davranışlardan sorumluluğun doğmayacağı ve failin bu suç kapsamında cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, çocuk olan failin, mağduru zorlaması halinde cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır⁵⁵. Oysa ki fail ve mağdurun her ikisinin de 15 yaşından küçük olması halinde suçun temel ve nitelikli unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda suçun temel şekli bakımından her ikisi de fail olacaktır. Mevcut durumda bu çocukların cezalandırılmalarını engelleyecek bir düzenleme yoktur. Bu nedenle kanun koyucunun aksi yönde bir düzenlemeye yer vermeyerek iradesinin cezasız kılmak olmadığı söylenebilir.

Ancak vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli unsur bakımından failin sokma suretiyle işlenebilmesi bakımından bu nitelikli unsurun gerçekleşmiş sayılabilmesi için erkek olanın fail olarak sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.

Yargıtay, çocuk olan failin 15 yaşını tamamlamamış mağdur çocukla cebir, tehdit ya da iradeyi etkileyen başka bir neden bulunmaksızın cinsel ilişkiye girmesi halinde nitelikli cinsel istismar suçunun mevcut olacağı kanaatindedir⁵⁶.

(n 5) 145; Özen (n 10) 368; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 356; Memiş Kartal (n 7) 156; Tuğrul/Tuğrul (n 35) 290. Alman hukukunda da faile ilişkin özellik arz eden bir husus olmadığından herkes fail olabilecektir ve mağdur çocuğun cinsiyetinin de önemi yoktur. Eisele (n 8) § 176 N 2-4; Dreher and Tröndle, (n 11) § 176 N 2.

54 Yokuş Sevik (n 5) 145. 15 yaşını doldurmuş çocuk ile bu yaşın altındaki çocuk arasındaki cinsel davranışlarda, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun fail olarak kabul edilmesi hakkındaki eleştiriler için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

55 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

56 "...Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında oluşa uygun kabule göre, 2011 yılı Ağustos ayı içerisinde kayden ondört yıl dokuz aylık olan mağdure ile suça sürüklenen çocuğun cebir veya tehdit olmaksızın cinsel ilişkiye girmelerinin ardından olayın duyulması nedeniyle birlikte kaçarak yaklaşık üç ay kadar suça sürüklenen çocuğun evinde yaşadıkdan sonra yaşanan tartışma sonucu suça sürüklenen çocuğun mağdureye vurup istemediğini belirtmesi nedeniyle mağdurenin ailesinin yanına dönüp şikâyet etmesi üzerine adli makamlara intikal eden olayda... her ikisi de olay tarihinde çocuk statüsünde olan suça sürüklenen çocuk ile mağdure arasında darp, cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir neden bulunmaksızın cinsel istismar eyleminin gerçekleşmesi, ailesinin suça sürüklenen çocuk ile görüşmesine izin vermediği için onunla kaçıp birlikte yaşamaya başlayan mağdurenin yaklaşık üç ay sonra yaşanan tartışmada suça sürüklenen çocuğun kendisine vurup istemediğini söylemesi nedeniyle ailesinin yanına geri dönmek durumunda kaldığının anlaşılması karşısında; ruh sağlığındaki bozulmanın maruz kaldığı cinsel istismar olayına bağlı mı geliştiği, yoksa hile, şiddet veya zorlama olmaksızın erken yaşta cinsel deneyim yaşamayı veya olay sonrası gelişen psikososyal stres ve çatışmalar nedeniyle mi oluştuğu konusunda usulüne uygun heyetten rapor alındıktan sonra, 5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 14 CD, E 2016/11387 K 2017/6507, 18.12.2017 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08.11.2022.

Fail üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen (TCK m.103/3-c), vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan (TCK m.103/3-d), kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan kişi ise (TCK m.103/3-e) fail sebebiyle daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır.

B. MANEVİ UNSURLAR

Cinsel istismar suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, doğrudan veya olası kast ile işlenebilir. Bu suç tipi bakımından kastın dışında amaç/saik aranmamaktadır⁵⁷. Aksi görüşe göre, failin cinsel duyguları tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmektedir⁵⁸. TCK m.103/1 ve 2 arasında ayırım yapan bir görüş tarafından m.103 gerekçesinde bir açıklama olmadığından m.102/1'in madde gerekçesindeki açıklamaların burada da geçerli olacağı ve cinsel duyguları tatmin amacı ile hareket edilmesi gerektiği, 103/2 bakımından ise bu amacın aranmadığı ileri sürülmektedir⁵⁹. Diğer bir görüşe göre, failin kastının belirlenebilmesi için failin böyle bir amaç taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Buna göre vücuda organ sair cisim sokma hali objektif olarak cinsel istismar olduğundan bu hallerde failin amacının araştırılması gerekli görülmemektedir⁶⁰.

Kast, suçun maddi unsurlarını, özellikle mağdurun yaşını⁶¹, cinsel davranış, iradeyi etkileyen bir nedenin olup olmadığı ve buna bağlı olarak hareketlerin niteliğini kapsamalıdır⁶². Uzun süredir devam eden arkadaşlık,

57 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Eisele (n 8) § 176 N 18; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10 Bası, Savaş 2019) 68; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 463; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 373; Yokuş Sevük (n 5) 154; Bostancı Bozbayındır (n 14) 517; Ali Parlar ve Mustafa Öztürk, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Aristo 2018) 103; Engin Turhan, *Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021) 85.

58 Şen (n 2) 399; Remzi Demir, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar* (Adalet 2021) 107; Gökcan ve Artuç (n 12) 3952.

59 Özen (n 10) 380, 381. Suçun temel şekli ve daha az cezayı gerektiren sarkıntılık fiili bakımından "failin cinsel tatmin amacıyla yönelik" olması gerektiği, vücuda organ ve sair cisim sokma şeklindeki daha fazla ceza gerektiren nitelikli hali için "davranışın cinsel motifli olması gerektiği" hakkındaki görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 405.

60 Koca ve Üzülmöz (n 3) 413.

61 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Heger (n 11) § 176 N 7. Mağdurun ya da failin yaşı nüfus kayıtlarındaki farklı görünüyor olabilir. Bu gibi hallerde mahkeme, Nüfus Kanunu'ndaki usule göre yaş tespitinde bulunabilir. CMK m.218/2'ye göre; "Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılmaması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir".

62 "Mağdurenin 15.08.1991 doğumlu olup, lise birinci sınıf öğrencisi olduğu, sanık ve mağdurenin olaydan 6 ay kadar önce internet üzerinden tanıştıkları ve görüntülü olarak görüşmeye başladıkları, olay tarihinden bir ay kadar önce de yüz yüze gelerek konuştukları, Mağdurenin 08.02.2006 tarihinde evinden kaçarak sanığın okulunun bulunduğu ...ilçesine geldiği, telefon etmesi üzerine kendisini karşılayan sanığın öğrenci evinde 3 gün birlikte kaldıkları, bu süre içinde birden çok cinsel ilişki kurdukları, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre, hastane doğumlu olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı ve 15 yaşının içinde olduğu, Mağdurenin; sanıkla ilk tanıştığında 16 yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği, sanığın aşamalarda özetle, mağdurenin kendisine yaşını 17 olarak söylediğini savunduğu anlaşılmaktadır. ...Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık 6 ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nın 30. Maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma koşulları mevcut değildir." Yargıtay CGK, E 2014/478 K 2014/34, 4.2.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

mağdurun suçun işlendiği zamanki gelişimi, görüntüsü⁶³ dikkate alınarak kast tespit edilmektedir⁶⁴. Mağdurun yaşına veya ikinci grup çocuklarda rızanın varlığına dair olası kastın varlığı yeterli olacaktır⁶⁵. Aksi görüşe göre, “yaş konusundaki şüphe, bilmeye eşittir”⁶⁶.

Suç tipinde yer alan unsurlara ilişkin yanılma, kastı ortadan kaldıracaktır⁶⁷. Ancak taksirli hali düzenlenmeyen bu suç bakımından kastın varlığını engelleyen hata halleri de dâhil olmak üzere taksirli sorumluluk söz konusu olamayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay, mağdurun yaşı hakkındaki hatayı her ne kadar unsurlarda hata gibi zikretse de kusurluluğu kaldıran hata şeklinde değerlendirmekte olup, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesini gerektiğini belirtmektedir⁶⁸. Ayrıca çocukların ailelerin rızası ile evlenmelerinde anne ve

63 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Eisele (n 8) § 176 N 10; Hörnle (n 8) § 176 N 19.

64 “Kayden 05.06.1993 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 11 ay 8 günlük olan mağdurenin sanık ile rızası ile ilişkiye girdikleri daha sonra anlaşarak resmi olarak evlenip iki çocuklarının olduğu ve halen evliliğin de devam ettiği olayda; sanığın duruşmadaki ifadesinde, suç tarihinde mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, yaşının küçük olduğunu kendisine söylemediğini ifade etmesi, Adli Tıp uygulamalarına göre de bazen kemik yaşının hormon veya beslenme gibi faktörlerin tesiriyle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin de bilinmesi karşısında, TCK’nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir...Sanık ile lise öğrencisi olan mağdurenin bir yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu hususunun sabit olduğu somut olayda, sanığın bir yıldır duygusal arkadaşlık yaptığı lise öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanık da olaydan hemen sonra kollukta alınan savunmasında mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunma yapmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus bulunmamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Yargıtay CGK, E 2013/790 K 2014/518, 25.11.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. Ayrıca bkz. “Sanığın mağdure ile ilköğretim 6. sınıf öğrencisi iken tanışması ve 3 yıldır süren bir arkadaşlıklarının bulunması karşısında, suç tarihi itibarıyla yirmi yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir” Yargıtay CGK, E 2013/553 K 2014/14, 21.01.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

65 Bu suçun belirli bir saikle işlenmesi gerektiğini kabul eden görüşe göre, cinsel istismar suçu hem özel bir maksatla hem de olası kast ile işlenebilen bir suçtur (Özen (n 10) 381).

66 Toroslu (n 57) 68.

67 Alman hukukunda verilen bir örneğe göre failin, mağdurun 13 yaşından büyük 16 yaşından küçük olduğunu düşündüğü olayda gençlerin cinsel istismarı suçundan sorumluluğun söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Heger (n 11) § 176 N 7. Bunun yanı sıra örneğin, failin mağduru 14 yaşından küçük zannetmesine rağmen mağdurun 14 yaşından büyük olması halinde, Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir (Hörnle (n 8) § 176 N 20). Bu gibi hata hallerinde teşebbüsten sorumluluk için elverişlilik aranması nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırılma Türk hukukunda mümkün olmayacaktır.

68 “Suç tarihi itibarıyla nüfus kaydına göre mağdure 15 yaşından küçük ise de; mağdurenin sanık ile isteği ile kaçıp sanığın ailesi ile birlikte yaşadığı eve gelerek rızasıyla birden fazla ilişkiye girdikleri, daha sonra aralarında düğün merasimi yapıldığı, çocuklarının olduğu ve halen evliliğin devam ettiği, sanığın aşamalarındaki savunmalarında mağdurenin, 17 yaşında olduğunu zannettiği, kendisine o şekilde söylendiğini beyan ettiği, Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.11.2007 tarihli raporunda hastane doğumlu mağdurenin kayden 15 yaşından küçük ise de, bazen hormon gelişimi, beslenme gibi faktörlerle kemik yaşının doğum yaşından farklı olabileceği belirtilerek mağdurenin de kemik yaşının 16 yaş olduğunun bildirildiği, 18.07.2007 tarihli oturumda mağdurenin dinlenmesi sırasında hazır bulunan psikolog bilirkişininin 17

babalar bakımından kastın bulunmadığını kabul etmektedir⁶⁹. Bu karar, hata halleri tartışılmadan kastın yokluğundan beraat kararı verilmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁷⁰.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

CMK m.75'te düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması kararının icrası, kanun hükmünü icra⁷¹ ve emrin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilir.

Ayrıca bu suç tipinde rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cinsel istismar suçunda rıza, hukuka uygunluk sebebidir⁷². Oysaki buradaki rızanın tipikliği kaldıran rıza olduğu söylenebilecektir⁷³.

Birinci grup çocuklar bakımından cinsel istismar fiiline rıza verilmesine geçerlilik tanınmamıştır. İkinci grup çocuklar bakımından ise durum farklılık arz etmekte olup, rıza geçerlidir. Buradaki rıza, cinsel ilişkiye girme dışındaki cinsel hareketlere ilişkin rızadır. 15-18 yaş aralığındaki işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuklar bakımından rıza, vücuda temas şeklinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin olursa geçerlidir. Ancak rıza vücuda organ ve sair cisim sokma şeklinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara yönelik ise, TCK m.103/2 ve m.104 değerlendirilmelidir. Eğer rıza cinsel ilişkiye ilişkinse ve mağdur reşit değilse TCK m.104'ten

yaşlarında gözüktüğünü söyleyip mahkemece de mağdurenin 16 yaşında olduğunun gözlemlendiği dinlenen tanıklar N.C. ve S.K.'nin bu tespitleri doğrular nitelikteki ifadeleri, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları ve dosyadaki tüm veriler dikkate alındığında, sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanlışlığını mümkün olduğu anlaşıldığından TCK'nın 30.maddesindeki hata halinin mevcut olduğu sonucuna varılarak, sanık hakkında atılı suçtan CMK'nın 223/3-d maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, kast yokluğu nedeniyle beraat kararı verilmesi" (Yargıtay 14 CD, E 2011/7094 K 2013/487, 24.01.2013 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

69 Yokuş Sevük (n 5) 154. "Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile diğer sanıkların ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin, annesi sanık ... ile babası ...'ın bilgisi dışında görüştüğü diğer sanık ...'la evlenmek istediği, M.'nin karşı çıkması üzerine Y.'la evlenmek amacıyla kaçan mağdurenin geri döndükten sonra ailesine cinsel ilişkiye girdiğini söylemesinin ardından M.'nin şikayetçi olduğu Y. hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği ve son olarak mağdurenin Y.'la evlenmelerine razı olmadıkları takdirde tekrar kaçacağını beyan etmesi karşısında M.'nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşadığı çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin Y.'la birlikte yaşamalarına onay vermek zorunda kaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanık ...'ın suç işleme kastıyla hareket etmediği hususu da göz önüne alınarak beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2014/12024 K 2018/645, 25.01.2018 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. "Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunmalar ile diğer sanık ...'nin ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin annesi sanık ... ile babası sanık ...'ın bilgisi dışında görüştüğü sanık ...'yle evlenmek istediği ve mağdure ile ...'nin evlenmelerine razı olmadıkları takdirde kaçacaklarını beyan etmeleri karşısında sanıklar ... ve ...'yle beraber yaşayan ...'nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşadığı çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin sanık ...'yle karı koca hayatı yaşamalarına onay vermek zorunda kaldıkları tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıklar ... ve ...'ın suç işleme kastıyla hareket etmedikleri hususu da göz önüne alınarak atılı suçlardan beraatlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2012/11435 K 2014/9073, 2.7.2014. Benzer yönde bkz. Yargıtay 14 CD, E 2012/10503 K 2014/7525, 4.6.2014; Yargıtay 14 CD, E 2012/4941 K 2014/1996, 19.02.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2022.

70 Kararın eleştirisi için bkz. Yokuş Sevük (n 5) 155.

71 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 372.

72 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 464; Özen (n 10) 382.

73 Dursun (n 23) 63; Demirel (n 23) 85.

sorumluluğun tayini söz konusu olacaktır. Ancak bunun dışında vücuda organ ve sair cisim sokmaya verilen rıza TCK m.103/2 kapsamında geçerli değildir⁷⁴.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Nitelikli unsurlar, faile daha fazla ve daha az ceza verilmesini gerektiren hallerdir. Nitelikli unsurlar, suçun maddi unsurlarına ilişkin olup, kastın kapsamına dahildir. Ancak netice sebebiyle nitelikli hallerde daha ağır ya da başka netice bakımından taksirin varlığı yeterlidir. Nitelikli haller aşağıda konu ve mağdur sebebiyle nitelikli haller, hareket sebebiyle nitelikli haller, netice sebebiyle nitelikli haller, fail sebebiyle nitelikli haller başlıkları altında incelenecektir.

Alman hukukunda nitelikli haller ise, çok ağır hal, cinsel ilişki veya vücuda bir şey sokulması ile benzer cinsel davranış, fiilin birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi, mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulma tehlikesi veya bedensel ya da ruhsal gelişiminin ciddi bir zarar tehlikesine maruz kalması, ağır bir şekilde kötü muamele veya ölüm tehlikesine maruz bırakma, fiilin yayılmak üzere hazırlanan pornografik bir yazının konusu yapmak amacıyla işlenmesi, hafif haller, çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması ve daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller şeklindedir.

A. KONU VE MAĞDUR SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Mağdurun 12 Yaşını Tamamlamamış Olması

24/11/2016 tarih 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 103/1-3. cümle, 103/2-2. cümle şu şekilde düzenlenmiştir: “Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz”, cinsel istismar suçunun vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde “mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz”⁷⁵.

Bu düzenleme yürürlüğe girmeden evvel basamaklandırmanın 12-15 yaş aralığındaki çocukların rızalarına geçerlilik tanınacağı sonucunu doğuracağı ileri sürülmüş olsa dahi çocukların rızasının fiili hukuka uygun hale getirmediği, düzenlemede rızaya yer verilmediği görülmektedir⁷⁶.

74 15-18 yaş arasındaki çocuk reşit kılınmış ise, TCK m.104'te yer alan suç oluşmayacak ve cinsel ilişki bakımından rızası geçerli kabul edilecektir. Cinsel ilişki dışındaki vücuda organ sair cisim sokma fiili bakımından açıklanan rızanın geçerliliği ise tartışmalıdır. Özen (n 10) 383, 384. Bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki dışındaki vücuda organ sair cisim sokma fiiline dair rızalarının geçerli olduğu görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 464.

75 Nitekim Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E 2015/26 K 2015/100 sayılı kararı ile 26/05/2016 tarih ve E 2015/108 K 2016/46 sayılı kararı TCK m.103'te belirtilen çocuklardan farklı yaş gruplarındakilere cezada basamaklandırma yapılması gerektiği belirtilmiştir.

76 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 372.

2. Üçüncü Derece Dâhil Kan Ve Kayın Hısımlığı Olan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (103/3-c)

Cinsel istismar suçunun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi⁷⁷ içinde bulunan bir kişiyeye karşı işlenmesi hali daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haldir.

Maddenin önceki halinde üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımlığı şeklinde düzenlenmekteydi. 6545 sayılı Kanun ile eklenen “kayın hısımlığı” ibaresi ile cinsel saldırı suçu ile uyumlu hale gelmiştir. Diğer yandan üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi yeterli olup, ayrıca nüfuz ilişkisi aranmamaktadır⁷⁸.

B. HAREKET SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Cinsel Davranışın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması (103/1-2-4. cümle)

6545 sayılı Kanun’un 59. maddesi ile TCK m.103/1’e “*Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir*” ifadesi eklenmiştir. Kanun tasarısının ilk halinde sarkıntılık ibaresi suçun ani hareketle işlenmesi şeklindedir. Madde gerekçesinin ilgili kısmında şu açıklamaya yer verilmiştir: “*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline daha az ceza verilmesinin sağlanmakta olduğu belirtilmekte ve bu düzenleme ile ilgili olarak TCK m.102’de yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.*”

Cinsel istismar suçunda çocuğun vücuduna temasın gerekli olmadığını kabul eden görüş tarafından, cinsel istismar suçunda sarkıntılık fiilleri cinsel saldırı suçundaki yoğunlukta olmasına ve vücuda temasın olmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir⁷⁹. Ancak vücut dokunulmazlığını sürekli olmayan bir şekilde, kesintili olarak ihlal eden cinsel davranışlar sarkıntılık olarak kabul edilmelidir. İşlenen fiilin devamlılık arz etmesi halinde sarkıntılık değil, suçun temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır⁸⁰.

Bunun yanı sıra fiilin sarkıntılık olarak başlaması ve fakat sürekli bir hale gelmesi durumunda cinsel istismarın temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Bununla birlikte araya zaman girmesi halinde koşullarının mevcut olması durumunda zincirleme suç değerlendirilecektir⁸¹.

Diğer yandan mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Ayrıca sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

77 Belirtilen kan ve kayın hısımlığı ilişkisinin belirlenmesi ile ilgili olarak bkz. Medeni Kanun m 17, 18.

78 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 369; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 460.

79 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 366.

80 Turhan (n 57) 93; Bostancı Bozbayındır (n 14) 521; Remzi Demir (n 58) 102; Gürol Herkesecan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103* (On İki Levha 2021) 13; Gökcan ve Artuç (n 12) 3899.

81 Kurt (n 1) 56.

2. Vücuda organ veya sair cisim sokulması (103/2)

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haldir⁸². Mağdurun direnç göstermesi yahut başka bir sebepten vücuda organ veya sair cisim sokulması gerçekleşemediğinde nitelikli hale teşebbüsten dolayı ceza verilecektir⁸³. Ancak nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmayı kabul etmeyen aksi görüşe göre suçun temel şeklienden cezalandırma söz konusu olacaktır⁸⁴.

Aksi görüşe göre burada cinsel istismarın nitelikli halinin değil, iki farklı suçun mevcut olduğu kabul edilmektedir. Suçun temel şeklini ve nitelikli şeklini ayrı iki suç olarak kabul eden görüşe göre vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen fiile göre belirlenecek olan cezada teşebbüs indirimi uygulanacaktır⁸⁵. Nitelikli hale teşebbüse ilişkin ceza indirimi yapılırken suçun temel şeklinin tamamlanmış halinden daha az ceza belirlenmemesine dikkat edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Nitelikli halin gerçekleşmesi için organ (el, parmak vs.)⁸⁷ veya sair cisim (cop vs.) sokma fiili aranmaktadır⁸⁸. Her ne kadar gerekçe de vajinal, anal ve oral yoldan vücuda organ veya sair cisim

82 Vücuda organ veya sair cismin girme ya da cinsel ilişkisi anının ne zaman başlamış sayılacağı konusu tartışmalıdır. Turhan (n 57) 252.

83 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336; Taner (n 6) 234. Konuya ilişkin bkz. "...Sanığın başlangıçtan beri iradesinin katılan mağdura karşı cinsel taciz veya basit cinsel saldırı eylemlerine yönelik olmadığı, kimsenin olmadığı bir sırada evi göstermek bahanesiyle katılan mağduru eve davet ettiği, katılan mağdur evden çıkmak isteyince ona engel olup bıçak kullanması, sanığın elinden yaralanmasına rağmen katılan mağdurun üzerindeki kıyafetleri çıkarmaya çalışması, yatağa ittirip öpmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu işleme kastıyla hareket edip eylemlerini gerçekleştirmesi, gerek katılan mağdurun direnmesi, gerek elinden yaralanması gerekse de katılan mağdurun mutfak camından yardım istemesi üzerine tanığın sanık ... katılan mağduru görmesi nedeniyle sanığın kendi iradesi dışında gerçekleşen engel haller nedeniyle eylemini tamamlamadığı bu şekilde eyleminin organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu," gerekçesiyle bozmaya direnerek önceki hüküm gibi hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf istemin esastan reddine karar vermiştir." (Yargıtay CGK, E 2019/167 K 2020/11, 16.01.2020) "Oluş ve delillere göre; sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip "... benim olacaksın, buradan ölüün çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme" diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2007/11586 K 2008/161 22.01.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2022.

84 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 417.

85 ibid 417, 418.

86 Taner (n 6) 239.

87 Kişilerden birinin dilini diğerinin ağzının içinde sokması şeklinde Fransız öpücüğü olarak adlandırılan durumda önemlilik eşiği olarak nitelendirilen sınıırı aşmaları halinde vücuda organ sokma şeklinde nitelikli halin uygulanabileceği kabul edilmekte olup, hafif hal kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (Frommel (n 45) § 176a N 11).

88 Cisimlerin sıvı ya da katı olması önem taşımamaktadır (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 335). Bunun yanı sıra ağza penis dışında organ veya sair cisim sokulmasının cinsel ilişki bağlamında ele alınabilecek nitelikte bir fiil olmadığı kabul edilmektedir. Renzikowski (n 7) § 176a N 23.

sokulması ile sınırlandırılmış olsa dahi vücudun organ veya sair cisim sokmaya elverişli her boşluk fiilin cinsel nitelikli olması halinde bu nitelikli hal kapsamında ele alınmalıdır⁸⁹.

Fail ve mağdur herhangi bir kişi olabilir. Ancak failin kendisine mağdurun organını sokturması halinde mağdura bir organ veya sair cisim girmemiş olacaktır. Suçun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumluluğun söz konusu olacağı, nitelikli halden sorumluluk için mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰. Bununla birlikte dolaylı faillik yoluyla nitelikli halin gerçekleşmiş olduğu ileri sürülmektedir⁹¹.

Failin zorlaması ile mağdurun kendi kendine cisim sokmaya zorlanması durumunda dolaylı faillik söz konusu olup, suçun nitelikli şeklinden sorumluluk tayin edilecektir. Sonuç olarak tartışmaların önüne geçmek için vücuda organ veya sair cisim sokma yerine fiili “sokma veya sokturmak” şeklinde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹².

Öte yandan işlenen fiilin cinsel bir niteliğinin olması aranmaktadır. Örneğin, kulağa çubuk sokulmasında böyle bir nitelik yoktur. Mağdurenin vajinasına kalem sokulması örneğinde ise failin cinsel arzularını tatmin amacı olmasa dahi fiilin cinsel nitelikli bir fiil olduğu ileri sürülmektedir⁹³. Bu anlamda organ veya sair cisim ile sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Son olarak cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle eşe karşı işlendiği takdirde, cinsel saldırıdan farklı olarak şikâyetin öngörülmemiş olmasının eksiklik olduğu söylenebilecektir.

Alman hukukunda çocukların cinsel istismarının ağır hali başlıklı 176a II 1’de 19 yaşını tamamlamış olan kişinin bir çocukla cinsel ilişkide bulunması veya vücuda bir şey sokulması ile bağlantılı benzer

89 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 420.

90 Örneğin, bir kadının 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde cinsel istismarın temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Bkz. konu hakkındaki Yargıtay’ın 21.12.2010 tarihli kararı: “Suçun mağduru Hasaniye organ sokulmadığı, sanığın kendiliğinden mağdurun cinsel organını ağzına aldığı ve mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 5 CD, 8989/9881, 21 Aralık 2010 (Koca ve Üzülmöz (n 3) 415 dn 122).

91 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 419.

92 ibid 419. Suçun temel şekli bakımından karşı. cinsel bir davranışı gerçekleştirme veya çocuğa kendi üzerinde gerçekleştirilmesi hakkında Alman hukukunda cinsel istismar suçu StGB § 176.

93 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 422. Örneğin, ağza parmak sokulması halinde nitelikli hal uygulanmamıştır. Mağdurenin zorla öpüldüğü esnada failin dilini mağdurenin ağzına sokmasında da yine nitelikli halin uygulanmadığı görülmektedir. Bu durumda suçun temel şeklinden cezalandırmanın olması gerektiği hakkında bkz. Özбек, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336. Ayrıca bkz. “Failin mağdureyi zorla öperken dilini ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde olmadığından iddianamede anlatılan eylemin 5237 sayılı TCK’nun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturması mümkün değildir. Bu nedenle Özel Dairece yerel mahkeme hükmünün “müştekinin sanığın zorla dilini ağzına soktuğunu beyan etmesi karşısında eylemin TCK’nun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin değerlendirilmesinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu” gerekçesiyle bozulmasında isabet bulunmamaktadır. Ancak, sanığın vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıyan sarılma ve öpme biçimindeki cinsel davranışlarla gerçekleştirildiği iddia olunan eyleminin aynı kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılıp değerlendirilmelidir”. Yargıtay CGK, E 2013/294 K.2013/615, 17.12.2013 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştirmesi veya çocuğa kendi üzerinde yaptırması halinde iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁹⁴. Çocukla cinsel ilişkide bulunan veya benzer bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştiren kişinin 19 yaşını tamamlamış olması gerektiğinden bu kararı verdiren kişi 19 yaşın üzerinde olsa da cinsel ilişkiye giren ya da benzer bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştiren kişinin 19 yaşını tamamlamaması halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır⁹⁵.

3. Birinci Grup Çocuklara Karşı Cebir Veya Tehdit (103/4)

Birinci grup çocuklara karşı cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi için cebir veya tehdit aranmamaktadır. Bu gruptaki çocuklara cebir veya tehdit uygulanması cinsel istismar suçunun unsuru değildir. Fakat cinsel istismar suçu cebir veya tehdit uygulanarak işlenmişse faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal mevcuttur. Bununla birlikte cebir veya tehdit ikinci grup çocuklar bakımından suçun unsurudur. İkinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır⁹⁶. Bu nedenle cebir veya tehdit kullanılarak bu suçun işlenmesi sadece birinci grup çocuklar bakımından nitelikli hal oluşturmakta olup, bileşik suça (TCK m.42) örnek teşkil eder. Biri diğerinin ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç söz konusudur ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmayacaktır.

4. İkinci Grup Çocuklara Karşı Silahla İşleme (103/4)

İkinci grup çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu gruptaki çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun silah kullanılarak işlenmesi hali 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Silah kavramı, TCK m.6/1-f'da tanımlanmıştır. Somut olayda silah kullanımı faile cesarete vererek fiilin icrası kolaylaştırmakta ve mağdurun direncini kırmaktadır. Silahın korkutucu etkisinden yararlanarak mağdurun fiile direnci azaltılmaktadır⁹⁷. Silah, cebir veya tehdit aracı olarak kullanılabilmesi gibi sadece gösterilerek mağdurun etki altına alınması mümkündür. Bu nedenle silahın ateşlenmesine veya mağdura doğrultulmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bu ihtimalde de nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır⁹⁸.

94 Buna rağmen genç failerin bu kapsamda değerlendirilmemesi ilke olarak makul bulunmuştur. Aksi takdirde karşılıklı biri 14 diğeri 13 yaşındaki iki kişinin oral ya da cinsel ilişkisi suç teşkil edecektir. Hörnle (n 8) § 176a N 24. Henüz 14 yaşını tamamlamayan çocukla cinsel ilişkiye giren gençlerin dışarıda tutulması, failin 18 yaşın üzerinde olması şeklinde sınırlandırılması ile mümkün olmuştur. Heger (n 11) § 176a N 2.

95 Hörnle (n 8) § 176a N 25.

96 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 371.

97 Dursun (n 23) 68.

98 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 341; Koca ve Üzülmüş (n 3) 391; Taner (n 6) 209; Yiğit İltaş ve Berfin Işık Yılmaz, *Çocuk İstismarı ve İhmalinde Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (Akademisyen 2021) 67. Ayrıca silah kavramı hakkında bkz. Selman Dursun and Sebastian Hoffmanns, "Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht" *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung* (Nomos 2014) 193, 228.

5. Kamu Görevinin Veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanma (103/3-e)

Cinsel istismarın kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, 6545 sayılı Kanun ile 2014'te yapılan değişiklik sonrası madde metnine daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak eklenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması ya da fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinin varlığı yeterli olmayıp, suçun nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş olması gerekmektedir⁹⁹. Burada cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden farklı olarak vesayet ilişkisine değinilmemiştir. Bunun nedeni failin vasi olması halinin ayrıca bir başka bentte (TCK m.103/3-d) düzenlenmiş olmasıdır.

6. Zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma (103/3-b)

TCK m.103/3-b'de cinsel istismarın “İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle...” işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haline yer verilmiştir. Bu nitelikli hal, toplu yaşam ortamında insanların güvende olduklarını düşünmeleri ve tedbir almamaları nedeniyle cinsel istismarın daha kolay işlenebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nitelikli hal bakımından konser, maç, miting, festival yerleri ya da insanların kutlama yapmak için bir araya geldiği zamanlarda oluşan topluluk değil, toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortam aranmaktadır¹⁰⁰. Toplu olarak yaşama zorunluluğunun sürekli ve fiili bir arada yaşama şeklinde bir birlikteliğin olması anlamına geleceği kabul edilmektedir. Kışlalar, öğrenci yurtları, cezaevleri, hastaneler toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamlara örnek teşkil etmektedir¹⁰¹.

Burada toplu olarak yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamın aranmasının isabetli olmadığı ve insanların toplu olarak bir arada buldukları ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesinin yeterli olacağı ileri sürülmektedir¹⁰².

99 “İş yerinde temizlik işlerinde yardımcı olması için babası tarafından kendisine teslim edilen mağdur üzerinde, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nın 103/3 maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır” Yargıtay 5 CD, E 2009/13328 K 2010/2515, 29.03.2010 (Aydın (n 1) 59).

100 Koca ve Üzülmöz (n 3) 392.

101 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 341; Koca ve Üzülmöz (n 3) 342; Remzi Demir (n 58) 133. Örnekler için bkz. Madde gerekçesi.

102 Koca ve Üzülmöz (n 3) 393; Taner (n 6) 215; İltaş ve Işık Yılmaz (n 98) 62.

C. NETİCE SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. (Mülga) Beden Veya Ruh Sağlığının Bozulması (103/6)

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmuş olması¹⁰³ netice sebebiyle ağırlaşmış hali kaldırılmıştır¹⁰⁴. Her cinsel istismarın psikolojik travmaya sebep olacağı ancak buradaki ruh sağlığının bozulmasının kalıcı ve tedavi gerektirir bir bozukluk olması ve bir süre devam etmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. Beden veya ruh sağlığının bozulduğuna dair rapor alma süreci, muayenelerin tekrarlanma olasılığı, mağdur bakımından tekrar bir mağduriyete sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan kalıcı olduğu tespit edilen bozukluğun sonradan iyileşmesi ya da suç sebebiyle daha sonraki yıllarda sorunların çıkabilecek olması gibi durumlar nedeniyle bu nitelikli halin kaldırılması yerinde görülmektedir¹⁰⁵. Beden ve ruh sağlığının bozulması ile ilgili bu düzenlemenin yürürlükten kalkması ile bu durum artık temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹⁰⁶.

2. Bitkisel Hayata Girme Veya Ölüm (103/7)

Cinsel istismarın mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷. TCK m.23 gereği, failin ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından en az taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir¹⁰⁸. Ayrıca meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluğun doğması, cinsel istismar sonucunda suça özgü tehlikenin ortaya çıkması ile ölümün gerçekleşmesi ve neticenin faile isnat edebiliyor olmasına bağlıdır¹⁰⁹. Birden fazla kişinin birlikte fiili işlemesi durumunda mağdura yönelik kötü muamele

103 Alman CK § 176a'da benzer bir düzenleme mevcut olsa dahi faile daha fazla ceza verilebilmesi "çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimi bakımından ağır bir zarar tehlikesine" maruz kalmasına bağlıdır. Burada zarar değil, zarardan önceki aşama olan "tehlike" durumuna yer verildiği görülmektedir.

104 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu fıkranın yürürlükten kaldırılma nedeni şu şekilde izah edilmiştir: "Maddenin beşinci fıkrasında yer alan "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı"na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu 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. Yapılan değişikliklerle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır".

105 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 429, 431; Aydın (n 1) 74.

106 Taner (n 6) 230.

107 Benzer yönde bkz. Alman CK § 176a ve 176b. Alman CK § 176a V'e göre, Alman CK § 176 I-III'teki hallerde fiil sırasında çocuğa bedensel olarak ağır derecede kötü muamele eden veya fiil nedeniyle ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bırakan kişi cezalandırılmaktadır. Burada kastedilen ağır netice, cinsel fiili zorlayan bedensel şiddet ya da ağır derecedeki kötü muamele sonucu olabilir. Hayati tehlike, Alman CK § 176a II 1-3 ve V'e göre çocuğun hayatını tehdit eden her türlü cinsel fiile göre belirlenecektir (Frommel (n 45) 176b N 1).

108 Alman hukukunda da netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğun tayinine dair Alm. CK § 18 "en az taksirin" varlığını aramaktadır. Buna göre daha ağır özel neticeden sorumluluk, o neticeye ilişkin en az taksirin varlığı halinde söz konusu olacaktır.

109 Eisele (n 8) § 176b N 2. Çocuğun ölümü psikolojik şoka ya da işlenemeyen suçtan kaynaklı intihara dayanıyorsa bu

suç işleme kararının bir parçası ve ölüm neticesine yönelik en az taksir mevcut ise netice sebebiyle ağırlanmış suçtan sorumlulukları söz konusu olabilecektir¹¹⁰. Failin bitkisel hayata girme veya ölüm neticelerine yönelik kastının olması halinde netice sebebiyle ağırlanmış kasten yaralama ya da kasten öldürme suçu ve cinsel istismar suçunun temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹¹¹.

Cinsel istismar suçu tamamlandıktan sonra işlenen suçu gizlemek ya da suçu işleyememiş olmanın verdiği kızgınlık ve öfke ile mağdur öldürülmüş ise, artık bu nitelikli hal değil, nitelikli kasten öldürme suçu uygulanacaktır¹¹².

Öte yandan netice sebebiyle ağırlanmış suça teşebbüste, kastın kapsamına rağmen ölüm neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir. Netice sebebiyle ağırlanmış teşebbüs ise, temel suça teşebbüs edilmesi ve ağır neticeye en azından taksirle sebep olunması halinde mevcuttur¹¹³.

D. FAİL SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Failin Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Olması (103/3-c)

Cinsel istismarın üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından gerçekleştirilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu suç tipinde mağdur çocuk olduğu için cinsel saldırı suçundan farklı olarak “evlatlık” bu nitelikli hal kapsamında yer almamaktadır. Failin belirli kişiler olabileceği bu nitelikli halin özgü suç olduğu söylenebilecektir.

2. Failin Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile Veya Sağlık Hizmeti Veren Ya Da Koruma, Bakım Veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Olması (103/3-d)

Cinsel istismarın çocukla vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü ilişkisi bulunan kişiler tarafından işlenmesi durumunda verilecek cezada yarı oranında artırım uygulanacaktır. Bu nitelikli hal kapsamında fail ve çocuk arasında akrabalık dışında belirli bir hukuki ilişki içindeki bazı kişilere yer verilmiştir. Cinsel istismarın koruyucu aile tarafından işlenmesi 6545 sayılı Kanun ile bu bent kapsamına dâhil edilmiştir.

Ayrıca failin ancak belirli kişiler olabileceği bu nitelikli halin özgü suç olduğu söylenebilecektir. Öte yandan bu nitelikli halden sorumluluğun doğması bakımından nüfuzun kötüye kullanılması aranmamaktadır.

durumda ölüm neticesinin objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği incelenmelidir. Mağdurun maruz kaldığı ciddi psikolojik zarar, suçun tamamen atipik bir sonucu değildir. Bu nedenle mağdurun kendisine daha fazla zarar vermesi, kendi sorumluluğu olarak isnadiyet bağlantısını kaldırmaz. Frommel (n 45) 176b N 2.

110 Frommel (n 45) 176b N 4.

111 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 343. Öldürmeye yönelik taksirin değil; kastın varlığı halinde failin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması söz konusu olacaktır (Frommel (n 45) 176b N 4).

112 Aydın (n 1) 75; İltaş ve Işık Yılmaz (n 98) 69.

113 Frommel (n 45) § 176b N 3.

3. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme (103/3-A)

Cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir¹¹⁴. Böyle bir nitelikli hale yer verilmesinin amacı, fiilin mağdur açısından yarattığı tehlikenin artacak olması ve mağdurun savunma şansının azalmasıdır¹¹⁵. Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, birden fazla kişinin müşterek fail olarak suça katılması anlamına gelmektedir¹¹⁶. Faillerin suçun işlendiği yerde aktif biçimde işbirliği içinde olmaları aranmakta olsa dahi, her birinin istismar niteliğindeki fiili gerçekleştirmesi aranmamaktadır. Bu nitelikli hal bakımından failin garantör olarak ihmali hareketi kabul edilmemekte, yaşı veya ceza sorumluluğunun olup olmadığı önem arz etmemektedir¹¹⁷.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faillerin fiili aynı mağdura karşı işlemleri gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁸. Ancak aksi görüşe göre, mağdurların birden fazla olması halinde faillerin birden fazla kişi olması ve sayılarının mağdurlardan fazla olması ve böylece mağdurların iradelerini etki altına alıp, suçun işlenmesinde kolaylık sağlamaları halinde de bu nitelikli hal uygulanmalıdır¹¹⁹.

V. KUSURLULUK

Cinsel istismarı gerçekleştirenin çocuk olması halinde kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğünün dikkate alınması gerekmektedir. TCK m.31'e göre yaş küçüklüğünün 3 grupta ele alındığını görmekteyiz. Buna göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmamasına göre değerlendirme yapılacaktır. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler bakımından da verilecek cezada indirim uygulanacaktır.

Yaş küçüklüğü dışında ileri yaştaki kişilerin cinsel suçları işleme kusurluluk bağlamında değerlendirilebilir. Yaşlılığın kusurluluğa etkisine dair normatif bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte Alman hukukunda yaşlı olan kişinin ilk kez suç işlediği hallerde kusurluluk değerlendirmesi yapılabileceği belirtilmektedir¹²⁰.

114 StGB § 176a II 2'de "...fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" cinsel istismarın ağır hali olarak yer verilmiş olup, cezalandırmada alt sınır olarak 2 yıl belirlenmiştir.

115 Renzikowski (n 7) § 176 N 25; Hörnle (n 8) § 176a N 32. Birden fazla kişinin birlikte grup seks yapmak istemesi durumunda çocuk savunmada bulunmak istemese dahi nitelikli hal uygulanacaktır. Hörnle (n 8) 176a N 33.

116 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 402; Dursun (n 23) 68; Memiş Kartal (n 7) 227; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A 2016) 164; Remzi Demir (n 58) 131; Herkesecan (n 80) 73; İltaş ve Yılmaz (n 98) 60; Parlar ve Öztürk (n 57) 107; Savaşçı (n 18) 93; Tuğrul ve Tuğrul (n 35) 326.

117 Renzikowski (n 7) § 176 N 25.

118 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 428; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 388; Gökcan ve Artuç (n 12) 3917.

119 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 342; Taner (n 6) 212.

120 Renzikowski (n 7) § 176 N 78. Failin yaşının ilerlemiş olması nedeniyle daha fazla ceza verilmesi ise çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelecektir (Renzikowski (n 7) § 176 N 75).

Diğer yandan cinsel istismar içeren fiili akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir kişinin gerçekleştirmesi halinde TCK m.32 gereği ceza verilmeyecektir. Bununla birlikte fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir kişi tarafından cinsel istismar teşkil eden fiilin işlenmesi durumunda verilecek cezada TCK m.32/2'de belirtilen oranda indirim uygulanacaktır¹²¹.

Kusurluluğu etkileyen hallerden cebir veya tehdidin etkisi altında fiilin işlenmesi hali de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu cinsel istismar teşkil eden hareketleri gerçekleştiren kişi hakkında ceza verilmeyecektir. Bu durumda cebir veya tehdidi uygulayan arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Kusurluluğu azaltan bir hal olan haksız tahrikin cinsel istismar suçu bakımından uygulanabilirliği konusu tartışmalı olmakla birlikte istisnai hallerde mümkün olabileceği, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmak daha isabetli olacaktır¹²².

Öte yandan bu suç tipi bakımından önem arz eden bir diğer husus kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan evliliklerdir. Evlendirilen çocuklardan her ikisi ya da bir tanesi 15 yaşından küçük olabilir. Çocuğun doğum yapması veya ihbar edilmesi sonucu ortaya çıkan bu evliliklerde genellikle 15 yaşından büyük ve erkek olan eşin ve anne, babaların cezalandırıldığı görülmektedir. Çocuklarını evlendiren aileler arasında kız isteme, nişan, düğün gibi merasimlerin gerçekleştiği, kendi sosyal çevrelerinde kabul gören kurallara göre hareket ettikleri, ebeveyn olmanın gereğini yerine getirdiklerini düşündükleri görülmektedir. Diğer yandan çocukların ebeveynlerinin rıza göstermemesi halinde onları zorlamak için birlikte kaçmaları, cinsel ilişkiye girmeleri gibi durumlar söz konusu olabilmektedir¹²³.

Sonuç olarak bu gibi hallerde kusurluluğu etkileyen hallerden TCK m.30/4'de yer alan haksızlık hatası (yasak hatası/hukuki hata) değerlendirilmelidir. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, kusurlu sayılmayacak ve cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte hatanın kaçınılabilir olması halinde kişi kusurlu sayıldığından cezalandırılacaktır, ancak hatası temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Hatanın kaçınılabilir olup olmadığının belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi, bulunduğu sosyal ve kültürel çevre dikkate

121 Pedofili, istisnai hallerde artık bir davranış biçimi haline gelmişse ciddi bir biçimde zihinsel anormallik olarak değerlendirilebilir (Renzikowski (n 7) § 176 N 78). Alman hukukunda failin sadece pedofili olması nedeniyle akıl hastalığının varlığı ve kusur yeteneğinin yokluğu kabul edilmemektedir. Bununla birlikte böyle bir durumda kusur yeteneğinin yokluğunun tespiti halinde kişiye ceza verilmeyecek olup, tedavi edilmesine karar verilmektedir. Kusur yeteneğinde önemli ölçüde azalma tespit edilmesi halinde ise, cezada indirim uygulamaktadır. Alman hukukunda dair konu hakkındaki tespitler için bkz. Turhan (n 57) 263.

122 Taner (n 6) 231; Herkesecan (n 80) 87, 88. Yargıtay, cinsel saldırı ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 5 CD, E 2006/402 K 2006/2577, 29.03.2006; Yargıtay 5 CD, 4022/4722, 12.06.2007 (Taner (n 6) 231); Memiş Kartal (n 7) 219. Aksi görüş için bkz. Ünver (n 6) 36.

123 Koca ve Üzülmöz (n 3) 418, 420.

alınacaktır¹²⁴. Bu nedenle ülkemizde güncel tartışmaların yaşandığı bu konuda kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan ya da yaptırılan evliliklerde hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu söylenemeyecektir.

VI. ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Cinsel istismar suçunun temel şekli, bedensel temas içeren cinsel nitelikli davranışın belirli bir süreklilik ve yoğunluk kazanması; sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar ise cinsel davranışın ani ve kesik bir hareketle gerçekleştirilmesi, bedensel temasın gerçekleşmesi ile tamamlanmış olacaktır. Diğer yandan daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçu, organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulması suretiyle tamamlanacaktır.

Failin elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması ve diğer unsurların da varlığı halinde teşebbüs hükmü uygulanacak ve cezada indirim yapılacaktır. Söz konusu indirim o ana kadar yapılan hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği tehlikenin dikkate alınması suretiyle belirlenecektir. Cinsel istismar suçunun sırf hareket suçu¹²⁵ olması sebebiyle teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹²⁶. Bazı yazarlar ise bu suç tipine sonradan eklenen sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar bakımından teşebbüsün uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir¹²⁷. Ancak sırf hareket suçu olan cinsel istismar suçunda da hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir¹²⁸.

Ayrıca cinsel istismarın netice sebebiyle ağırlaşmış hali TCK m.103/6'da düzenlenmiş olup, netice sebebiyle ağırlaşmış hale teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Yargıtay netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olmadığını ve bu sebeple TCK m.103/6'ya teşebbüsün söz konusu olamayacağı görüşünü benimsemiştir¹²⁹. Ancak netice sebebiyle ağırlaşan haller bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması ve fakat netice sebebiyle ağırlaşan halin meydana gelmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde önce teşebbüs indirimi ardından da netice sebebiyle ağırlaşan hal sebebiyle artırım yapılacaktır. Ancak bu çözümün cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin düzenlendiği TCK m.61'e aykırı olduğu belirtilse dahi bu suç

124 Bkz. TCK m.30/4 Madde gerekçesi.

125 "Sonucu olmayan suç" ifadesi için bkz. Taner (n 6) 232 vd.

126 Hafizoğulları ve Özen (n 116) 160. Temel şekline teşebbüsün mümkün olmadığı; fakat vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu görüşü hakkında bkz. Tuğrul/Tuğrul (n 35) 345.

127 Koca ve Üzülmöz (n 3) 396; Gökcan ve Artuç (n 12) 3959.

128 Taner (n 6) 234.

129 "Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin aynı Yasa'nın 61/5 maddesindeki sıraya uygun olarak ancak 103/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurularak noksan cezaya hükmolunması" Yargıtay 5 CD, E 2008/13177 K 2008/9607, 11.11.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022. Yokuş Sevik (n 5) 163; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468.

tipindeki netice sebebiyle ağırlaşan hallerin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması nedeniyle sonuçta değişikliğin olmayacağı ifade edilmektedir¹³⁰.

Cinsel istismar suçunun temel şekli bakımından teşebbüs ancak kastın süreklilik arz edecek bir davranışa yönelik olmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerle ani ve kesik bir düzeyde kalması halinde veya bedensel temasın gerçekleşmemiş olması durumunda olabilir. Bu gibi hallerde failin kastının davranışın sürekliliğine yönelik olduğu ispatlanmadığı takdirde cinsel istismar suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırma söz konusu olamayacaktır¹³¹. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüs halinde de failin kastının süreklilik arz etmeyen, ani ve kesik bir düzeyde bedensel temas içeren fiile yönelik olması gerekmektedir. Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten sorumluluk için vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın ispatlanması gerekmektedir¹³².

Teşebbüsün bir diğer unsuru ise failin icra hareketlerine başlamış olmasıdır. Bunun için de cinsel istismarın hangi hali söz konusu ise, ona yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Burada özellik arz eden hususu, cebir veya tehdit uygulanması ancak cinsel istismarın gerçekleştirilememesi halidir. Cinsel davranışı gerçekleştirmek için çocuğa uygulanan cebir ile teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir¹³³. Bununla birlikte tehdit için farklı bir yaklaşımda bulunarak cinsel istismara ilişkin bir davranış olmaksızın sadece tehdit uygulanması, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir davranış gerçekleştireceğinden bahisle işlenen tehdit suçunu oluşturmuş olacak ve cinsel istismara teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır.

Son olarak vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmada yapılacak indirim, suçun temel şekline yönelik tamamlanmış suçun cezasından

130 Taner (n 6) 236.

131 Bu gibi durumlarda sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırmanın gerekli olduğu görüşü hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 466.

132 “Mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abanıldığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık O.’ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlamadan olay mahallinden uzaklaştığı; şeklinde gerçekleşen ve oluşu uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması” Yargıtay 5 CD, E 2008/335 K 2008/3507, 15.04.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım. Diğer yandan vücuda organ veya sair cisim sokmaya ilişkin bu nitelikli halin gerçekleşmemesi faildeki iktidarsızlık veya sertleşme probleminin kaynaklı olabilir. Bu durumda Yargıtay, bu nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmayı değil, suçun temel şeklinin cezalandırmayı kabul etmektedir. “...sanığın cinsel ilişki için organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamadığının iddia edilmesi karşısında; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı, yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsizlik hallerinden mi kaynaklandığı alınacak raporla belirlenip, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği karar yerinde tartışıldıktan sonra karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5 CD, E 2010/4449, K 2010/6553, 20.09.2010 (Aydın n 1) 89; Taner (n 6) 239; Yargıtay 5 CD, E 2009/5545 K 2009/9592, 13.07.2009 (Özen (n 10) 388).

133 Cinsel istismarın unsuru olarak cebirin kabul edilebilmesi için failin kastının cinsel suçla ilişkin olması aranmaktadır. “Sanığın aynı apartmanda oturan müdahilin evine gece girdiği, uyanınca bir eliyle tutup diğer eliyle ensesini sıktığı, susturmaya çalıştığı, müdahilin kurtulmak için mücadele edip kapıya doğru gittiği, bağırıp komşulardan yardım istemesi üzerine bırakıp kaçtığı, ırza geçme kastını ortaya koyan herhangi bir söz veya davranışta bulunmadığı ve eve hangi amaçla girdiğinin de belirlenip anlaşılmadığı...” Yargıtay 5 CD, E 2007/3362 K 2009/13043, 23.11.2009 (Taner (n 6) 238).

az, suçun temel şekline teşebbüsten cezalandırma da tamamlanmış bir sarkıntılık suretiyle işlenen cinsel istismar suçunun cezasından az olmamalıdır¹³⁴. Ayrıca TCK m.103/4'te yer alan daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal söz konusu ise, teşebbüs düzenlemesinde yer alan indirim yapılmaksızın TCK m.61 çerçevesinde temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵.

Diğer yandan cinsel istismara suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engelleyen fail, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamaktadır. Ancak o ana kadar yapılan hareketler esasen bir suç oluşturuyorsa o suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır. Örneğin TCK m.103/1'de yer alan suçtan gönüllü vazgeçen fail, bedensel temasta bulunmamışsa o ana kadar ki fiilinden dolayı TCK m.105'ten sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir¹³⁶. Bununla birlikte TCK m.103/2'de yer alan nitelikli cinsel istismardan gönüllü vazgeçen failin TCK m.103/1'de düzenlenen cinsel istismar suçundan sorumlu olup olmayacağı, suçun temel şeklinden mi yoksa sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçundan mı sorumluluğun doğacağı değerlendirilmelidir¹³⁷.

Diğer yandan gönüllü vazgeçme halinde, organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulması suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmanın mümkün olmadığı, vazgeçme anına kadar işlediği fiillerin cinsel istismarın temel şeklini oluşturduğu ve temel şeklinden cezalandırmanın söz konusu

134 Taner (n 6) 239; Tuğrul/Tuğrul (n 35) 350, 351.

135 Taner (n 6) 345.

136 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 467. Henüz cinsel bir davranış gerçekleşmeden failin düşüncesinden vazgeçmesi halinde, failin cezalandırılmaması sonucunu doğuran gönüllü vazgeçme olup olmadığı değerlendirilmelidir. Hörnlle (n 8) § 176 N 36.

137 "Suça sürüklenen çocuğun, olay günü altı yaş içerisinde bulunan mağdureyi yolda görerek para istediği, aldığı olumsuz yanıt üzerinde yakınlardaki ağaçlık alana zorla götürdüğü mağdureyi darp edip, bıçak gösterdiği, ellerini arkadan bağladığı, mağdurenin direncini bu şekilde kırdıktan sonra soyup cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürüttüğü, bir süre sonra boşalması üzerine eylemini tamamlayarak olay yerinden ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle eylemin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu, eylemin nitelikli boyuta ulaştırılma imkanı olmasına rağmen bu yönde hareket edilmemesi sebebiyle olayda teşebbüsten söz edilemeyeceği, bu sebeple suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan TCK'nın 103/1, 103/4, 31/3. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 14 CD, E 2017/6641 K 2018/1268, 22.02.2018 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Kasım 2022. "Tüm dosya kapsamına göre olay gecesi sanık ... yanında uzanmakta olan mağdureden cinsel organıyla oynamasını istediği, onun kabul etmemesi üzerine kollarından tutarak yapması yönünde isteğini tekrarladığı, ardından yatak üzerinde bulunan bacağı işaret ederek, tanık ... gözü önünde soyunup kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini istediği ve tanığın ikna etmesi üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği anlaşıldığından, mevcut haliyle olayda çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden teşebbüs hükümlerinin uygulanma koşulları bulunmayıp, mevcut haliyle sanığın o ana kadar gerçekleştirdiği eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde atılı suçtan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Sanıklar ... suç tarihi dönemde on beş yaşından küçük olan mağdureyi değişik yerlere götürüp cinsel istismarda bulduklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşı itibarıyla hukukten geçerli olmayan rızasına istinaden mağdureyi cinsel maksatla alıkoyan sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyetleri yerine, delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2016/12465 K 2017/1869, 12.04.2017 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Kasım 2022.

olacağı doktrinde¹³⁸ genellikle benimsenmekle birlikte uygulamada da kabul edilmektedir¹³⁹. Buna göre 15 yaşını tamamlamış bir çocuğa cebir uygulayarak cinsel ilişkide bulunmak isteyen fail, gönüllü vazgeçerse cinsel istismarın temel şeklinden ve cebir suçundan ayrı ayrı cezalandırılabilir. Bu uygulamanın cinsel istismarın nitelikli şeklinin ayrı bir suç olarak kabul edilmesinin sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Ancak mevcut düzenleme dikkate alındığında farklı suçların değil, suçun temel şekli ve nitelikli hallerinin mevcut olduğu görülmektedir. Burada önem arz eden husus, TCK m.36'da yer verilen gönüllü vazgeçme düzenlemesinde “tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde” ifadesine verilecek anlamdır. “Esasen bir suç” ifadesi ile kastedilenin farklı bir suç olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda bu ifadenin farklı suç anlamına geldiği kabul edilirse cinsel istismar suçunun temel ve nitelikli şekillerinin ayrı suçlar olarak kabul edilmesi durumunda örneğin gönüllü vazgeçme nedeniyle daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hale teşebbüsten cezalandırma söz konusu olmadığında temel şeklinden cezalandırma mümkün olacaktır. Ancak bu görüşe göre, mevcut düzenleme gereği cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinden gönüllü vazgeçen fail hakkında suçun temel şeklinden ceza verilmemelidir¹⁴¹. Bununla birlikte “esasen bir suç” ifadesi ile farklı suçların kastedilmediği söylenebilecek olup, bir suçun nitelikli şeklinden gönüllü vazgeçen failin o ana kadarki hareketleri ile suçun temel şeklinin tamamlanması halinde temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Kanun koyucunun “farklı bir suç” yerine “esasen bir suç” ifadesine yer vermesinden hareketle suçun nitelikli şeklinden gönüllü vazgeçilmesi durumunda sadece gönüllü vazgeçilen suça teşebbüsten cezalandırma olmayacak, tamamlanmış temel şekli bakımından sorumluluk doğacaktır.

138 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 406; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 373; Koca ve Üzülmöz (n 3) 421; Yokuş Sevik (n 5)162; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 466; Gökcan ve Artuç (n 12) 3963; Özen (n 10) 389; Memiş Kartal (n 7) 226; Aydın (n 1) 89.

139 “TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. Maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 103/1. Maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmesi” Yargıtay 14 CD, E 2011/1625 K 2012/2596, 05.03.2012 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022. “Mağdur Sefa'nın anüsüne krem sürüp penisini içine sokmaya çalışan sanığın herhangi bir ciddi ve harici engel olmaksızın mağdurun “acıyor” demesi üzerine eyleminden kendiliğinden vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında; o aşamaya kadar tamamlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi...” Yargıtay 5 CD, E 2009/7179 K 2009/8841, 02.07.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. Benzer yönde bkz. Yargıtay 5 CD, E 2009/13575 K 2010/747, 09.02.2010; Yargıtay 5 CD, E 2008/6925 K 2010/3157, 29.04.2010 (Aydın (n 1) 89, 90 dn 159).

140 Koca ve Üzülmöz (n 3) 421.

141 Taner (n 6) 241.

B. İŞTİRAK

Cinsel istismar niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişi suçun failidir. Bu suçun faili bakımından özellik arz eden bir durum aranmamakta olup, herkes suçun faili olabilecektir¹⁴². Cinsel istismarın birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Birden fazla kişinin birlikte suçu işlemesi halinde ise, müşterek faillik söz konusudur. Bu durumda cinsel istismar suçunu işlemek isteyenlerden birinin mağdura cebir veya tehdit kullanması diğerinin istismar fiilini gerçekleştirmesi halinde suçun işlenişe ortak hâkimiyet kurulması durumu söz konusu olup, müşterek faillik kapsamında değerlendirme yapmak gerekmektedir¹⁴³.

Dolaylı fail olarak suça katılma hususu tartışmalıdır. Örneğin kadın failin, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak dolaylı faillik yoluyla ilişkinin aktif süjesi haline getirmesi ve mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde fail hakkında istismarın temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁴⁴. Diğer yandan failin mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak erkek mağduru kadının kendi vücuduna organ sokmaya yönlendirmesi veya sokturması halinde suçun temel şeklinden, erkek mağdurun kendi vücuduna sair cisim sokmasında suçun nitelikli halinden ceza verilmesi eleştirilmekte olup, her iki durumda da dolaylı fail hakkında cinsel istismarın nitelikli halinden sorumluluğun doğması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵. Bununla birlikte “fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi” nitelikli halinde “sokulması” fiilinin kullanılmasından hareketle nitelikli halin uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Gerek kanun metninde gerekse madde gerekçesinde kanun koyucunun amacının aksi yönde olduğuna dair bir bilgiye rastlanmamaktadır. Aksi yorum, kanunilik ilkesinin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Bu bağlamda fiilin, “çocuk üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirme, kendi veya üçüncü kişi üzerinde çocuğa gerçekleştirtme veya kendi üzerinde çocuğun cinsel davranış gerçekleştirmesine izin verme” şeklinde olması gerektiği önerilmektedir¹⁴⁶.

Sonuç olarak cinsel istismar suçu bizzat işlenebilen suçlardan olduğundan dolaylı faillik ile sorumluluk bu suç tipi bakımından belirlenemeyecektir. Dolaylı fail olarak sorumluluğu düşünülen kişinin ilgili suçun aynı zamanda mağduru olamayacağı, fail ile mağdurun sıfatının aynı kişide birleşmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.

142 Renzikowski (n 7) § 176 N 64.

143 Gökcan ve Artuç (n 12) 3915. “Sanığım, hakkındaki evrak tefrik edilerek TCK’nın 31/1 maddesi gereğince kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilen M.A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirlerken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK’nın 103/3. maddesi ile birlikte aynı yasanın 43/1 maddesinin de uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...” Yargıtay 5 CD, E 2008/16058 K 2009/2686, 04.03.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

144 Yargıtay 14 CD, E 2013/6245 K 2015/2305, 02.03.2015 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022; Yargıtay 14 CD, E 2013/7470 K 2015/10266, 08.10.2013 (İltaş/Işık Yılmaz (n 98) 60). Hamza Küskü, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali* (Adalet 2020) 127. Aksi görüşe göre, bu durumda nitelikli cinsel istismar suçu oluşmaktadır. Renzikowski (n 7) § 176 N 64; Parlar ve Öztürk (n 57) 102.

145 Küskü (n 144) 128; Gökcan ve Artuç (n 12) 3909.

146 Öneri için bkz. Turhan (n 57) 76, 77.

Alman CK § 176 I'e göre, failin çocuk üzerinde cinsel fiil gerçekleştirmiş olması veya kendi üzerinde çocuğa gerçekleştirtmesi, cinsel davranış yapturtması gerekmektedir. Ayrıca CK § 176 I bakımından dolaylı faillikten sorumluluk kabul edilmemektedir¹⁴⁷.

Öte yandan şeriklik türleri diğer bir ifade ile azmettiren ya da yardım eden olarak suça katılma mümkündür¹⁴⁸. Küçük yaştaki çocukların dini nikah ile evlendirilmesi ve dini nikah yapıldığı kişi ile cinsel ilişkiye girmeleri TCK m.103/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda yetişkin olan eş, cinsel istismar suçunun faili, mağdur çocuğun evlendirilmesine rıza gösteren anne ve babasının da azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluğu değerlendirilmelidir¹⁴⁹. Burada ebeveynin failin suç kararını kuvvetlendirme, onu teşvik etme veya ona suçun işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunma gibi katkıları yoksa yardım eden olarak sorumlulukları doğmayacaktır¹⁵⁰.

Öte yandan örneğin 15 yaşından büyük erkek ile 15 yaşını henüz doldurmamış olan kız çocuğunun ailelerinin rızası ile evlenmeleri halinde bu evlenmenin buldukları sosyal çevredeki yerleşik geleneklere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi halinde TCK m.30/4 dikkate alınmalıdır¹⁵¹. Elbette

147 StGB § 176 I bakımından aynı durumun geçerli olduğu, failin çocuk üzerinde cinsel fiil gerçekleştiren ya da kendi üzerinde çocuğa gerçekleştiren kişi olması gerektiği söylenebilir. Hörnle (n 8) § 176 N 24; Dreher/Tröndle (n 11) § 176 N 2; Renzikowski (n 7) § 176 N 64. Bununla birlikte CK § 176 II bağlamında koşulları mevcut ise dolaylı fail olarak sorumluluk mümkündür. Alman CK § 176 II ve IV 2'ye göre, 3. kişinin dâhil edilerek mağdurun kararına sebep olan kişinin, fail olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Ancak böyle bir "karar verdirmenin" tipik hareket tanımına uymadığı kabul edilmektedir. Tipikliğin gerçekleşmesinde nedenselliğin her türünü kapsaymayan sınırlayıcı fail kavramı, bahsedilen bu belirleme için geçerlidir. Alman CK § 176 II, bizzat işlenebilen suç olmadığından 3. kişinin fiili, dolaylı faillik kurallarına göre değerlendirilebilecektir (Renzikowski (n 7) § 176 N 64.).

148 Memiş Kartal (n 7) 227; Remzi Demir (n 58) 125; İltaş/Işık Yılmaz (n 98) 73; Parlar/Öztürk (n 57) 111.

149 Yokuş Sevük (n 5) 164. Burada evlilik kararına destek vermenin yardım etme, başlık parası karşılığında onay vermenin de azmettirme kapsamında değerlendirildiğine dair Yargıtay uygulaması hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 471. Bazı hallerde ebeveyn suça olan katkısı dikkate alınarak müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Örnek karar için bkz. "...sanık L'nin kollukta müdafii huzurunda alınan "...bu şahsın kızım ile birlikte kalıp sadece sevip okşamasına ve kendini tatmin etmesine bir nevi göz yumdum. Bunun sebebi de bizim paraya ihtiyacımız olması ve H'in de bize maddi yönden destekte bulunmasıdır..." şeklinde tevilli ikrarı içeren beyanları, yine sanık H'in müdafii huzurunda alınan kolluk beyanında geçen "...Küçük kızın annesi L. mağdureyi sürekli bana itmiştir... Telefon görüşmelerinde küçük B'nun sürekli beni arzuladığını, kendi kendini tatmin etmeye çalıştığını bana söylemekteydi..." şeklindeki açıklaması ve tüm dosya kapsamına göre; sanık L'nin diğer sanık H'in mağdureye yönelik cinsel içerikli davranışlar sergilediğini ve bunu da bir süredir devam ettirdiğini bildiği halde, mağdureyle birlikte sanığın evine gittikten sonra mağdureyi diğer sanıkla önceden vardıkları fikir ve eylem birlikteliği çerçevesinde, bankamatikten para çekme bahanesiyle dışarı çıkıp sanık H. ile mağdureyi yalnız bıraktığı ve en son olayda da bu ikisini çay bahçesinde beklediği, diğer sanık H. ile birlikte suçu baştan itibaren bilerek ve isteyerek tertipleyip, planladıkları, bu suretle sanık L'nin suçun icrasındaki rolü ve suçun işlenişindeki katkısının arz ettiği önemi gözönünde bulundurduğunda, sanık L'nin de diğer sanık gibi mağdurenin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunun müşterek faili olduğu gözetilip TCK'nun 37/1. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine isabetsiz gerekçelerle beraatine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2011/14142 K 2012/6775, 14.06.2012 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

150 Taner (n 6) 242.

151 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 472. "Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile diğer sanıkların ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin, annesi sanık ... ile babası sanık ...nın bilgisi dışında görüştüğü diğer sanık ...'la evlenmek istediği, M'nun karşı çıkması üzerine Y'la evlenmek amacıyla kaçan mağdurenin geri döndükten sonra ailesine cinsel ilişkiye girdiğini söylemesinin ardından M'nun şikayetçi olduğu Y. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği ve son olarak mağdurenin Y'la evlenmelerine razı olmadıkları takdirde tekrar kaçacağını beyan etmesi karşısında M'nun sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin Y'la birlikte yaşamalarına onay vermek zorunda kaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanık ...nın suç işleme kastıyla hareket etmediği hususu da göz önüne alınarak beraati yerine yazılı şekilde

bu durumda kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılacak olup, kaçınılabilir bir hatanın mevcut olması halinde kişi hatasından yararlanacaktır. Ancak son derece güncel tartışmaların yaşandığı bu noktada hala 15 yaşını doldurmamış olan çocukların cinsel davranışlara dair rızalarına geçerlilik tanınacağına veya evlenebileceklerine yönelik hatanın kaçınılabilir bir hata olduğunu söylemek artık çok güçtür.

İhmali hareketle suça katılmanın mümkün olduğu söylenebilecektir. Suça yardım eden kişinin garantör olması ve önleme yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi halinde ihmali hareketi ile cinsel istismar suçuna yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁵². Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, koşulları mevcutsa müşterek fail olarak sorumluluğunun söz konusu olabileceği hallerde müşterek faillikten sorumluluk doğmalıdır.

C. İÇTİMA

Cinsel istismarın temel şekli ve nitelikli halleri arasında görünüşte içtima ilkelerinden genel norm-özel norm ilişkisi söz konusudur ve bu durumda sadece özel norm uygulama alanı bulacaktır¹⁵³.

Failin mağdura karşı önce cinsel taciz suçunu işlediği ardından da cinsel istismarda bulunduğu ihtimalde cinsel istismar suçundan cezalandırılacak olup, ayrıca cinsel taciz suçundan cezalandırılmayacaktır. Bu örnekte görünüşte içtima ilkelerinden tüketen-tüketilen norm ilişkisine örnek teşkil eden cezalandırılmayan önceki hareket mevcuttur. Farklı suç tiplerinin ihlali ve birden fazla hareketin bulunduğu örnekte fail yalnızca sonraki daha ağır nitelikteki cinsel istismar suçundan cezalandırılacak cezalandırılmayan önceki hareket niteliğinde olan cinsel taciz suçundan ise cezalandırılmayacaktır¹⁵⁴.

Sarkıntılık ile başlayan davranışın sonrasında yoğunluk kazanarak süreklilik arz etmesi halinde de cinsel istismar suçunun temel şeklinin varlığından söz edilebilecektir¹⁵⁵.

Aynı kişiye karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararına bağlı cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹⁵⁶. Farklı zamanlarda gerçekleşen

mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14 CD, E 20114/12024 K 2018/645, 25.01.2018 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

152 Heger (n 11) § 176 N 8; Ünver (n 6) 30.

153 Aksi yönde bkz. “*Sanığın eylemine uyan TCK’nın 103/1, 103/6 maddeleri ile sırası ile ve ayrı ayrı ceza tayin edilerek cezalandırılması gerekirken doğrudan 103/6 maddesi ile hüküm kurulması...*” (Yargıtay 5 CD, 2476/3868, 22.05.2007). Bu şekilde failin hem 103/1 hem de 103/6’dan cezalandırılmasının failin aynı fiilden bir kez cezalandırılacağı şeklindeki “evrensel ilke”ye aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. Koca ve Üzülmöz (n 3) 422.

154 “*Cinsel taciz suçu ile çocuğun cinsel istismarı (veya cinsel saldırı) suçu arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bu suçlardan birisinin işlenmesi için diğer suç normunun ihlalinde zorunluluk yoktur. Ancak çocuğun cinsel istismar suçunun hemen öncesinde, suç sırasında veya hemen sonrasında cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek sözler sarf edilmesi veya davranışlarda bulunulması hâlinde aynı hukuki menfaate yönelik daha ağır bir saldırı söz konusu olduğundan yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi gerekir. Cinsel saldırı ve cinsel taciz ile çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları arasında içtima ilişkisi bakımından farklı bir durumun bulunmadığı gözetildiğinde bu husus doktrinde; cinsel taciz suçunun, cezalandırılmayan önceki fiil durumunda olduğu...*” Yargıtay CGK, 208/666, 26/11/2019 (Erkan Sarıtaş, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler” 80 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 640 dn 123).

155 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468.

156 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanun ile yapılan değişiklikten evvel TCK m.43/3 gereği cinsel istismar fiilleri hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması istisna kapsamında yer almaktaydı. Ancak uygulamada karşılaşılan güçlükler nedeniyle bu hüküm kaldırılmış olup, şartlarının mevcut olması halinde cinsel istismar fiilleri hakkında da zincirleme

cinsel davranışların süreklilik arz ettiğinden yola çıkarak tek suçun oluştuğunu söylemek doğru olmayacaktır. Diğer yandan aynı mağdura karşı aynı ya da farklı yollarla art arda cinsel istismar suçunun işlenmesi hali değerlendirilmelidir¹⁵⁷.

Cinsel istismar oluşturan fiil araya zaman aralığı girmeden peş peşe gerçekleşirse aynı kast ile aynı zamanda gerçekleşen birden fazla cinsel davranışın bulunması halinde tek suç vardır. Suç teklifi ya da çokluğu konusunda hareketler arasındaki zaman, yer ve amaç birliği dikkate alınarak karar verilmelidir¹⁵⁸. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarının¹⁵⁹ mevcut olmasına rağmen artık aralıksız gerçekleştirilen bu tür hareketlerin tek bir eylem içinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁰.

Nitekim zincirleme suçun varlığı halinde de suçlar birden fazla olup, cezalandırmada tek suçun cezası esas alınarak artırım uygulanmaktadır. Diğer yandan fail aynı mağdura karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında cinsel istismar suçunun temel ve nitelikli şeklini işlerse, zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu ihtimalde cezalandırma nitelikli hal esas alınarak zincirleme suça dair maddede belirtilen oranda artırım yapılması suretiyle belirlenecektir¹⁶¹.

Zincirleme suçun tespitine dair mesele, kastın ne zaman yenilenmiş olduğunun kabul edileceğine ilişkindir. Kastın yenilenmesinin tespit edilememesi halinde birden fazla suç olduğu söylenemeyecektir. Kanun'da cinsel davranışlar şeklindeki çoğul ifadenin kullanımının da aynı şekilde yorumlandığı da görülmektedir¹⁶².

Diğer yandan birden fazla kişinin fail olarak aynı zaman ve yerde aynı mağdura karşı cinsel istismar suçunu işlemesi halinde bizzat işledikleri cinsel istismar fiilinin yanı sıra birbirlerinin fiillerine de fail olarak katıldıkları için haklarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri

suç hükümleri uygulanabilir olmuştur.

157 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468, 469.

158 Bu noktada cinsel yönden tatminin de ölçü olması gerektiği hakkında bkz. Özen (n 10) 390.

159 "Mağdurenin anüsüne cinsel organını sokmaya çalışan, oral yoldan cinsel istismarı gerçekleştiren sanığın ayrıca kendisine mastürbasyon yaptırdığı anlaşıldığından cezasının 5237 sayılı Yasanın 43. maddesi gereğince artırılmaması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 5 CD, E 2007/7481 K 2007/6548, 20.09.2007 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

160 "Sanığın cinsel istismar eylemlerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı zamanda işlediğinden zincirleme suç hükümleri şartlarının bulunmadığı halde verilen cezanın aynı Kanununun 43. maddesi ile artırılması" Yargıtay 5 CD, E 2009/12606 K 2010/93, 18.01.2010 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. "Olay günü evine çağırıldığı mağdureyle sanığın akşam saat 21.00 sularına kadar oturdukları, mağdurenin gitmek istemesi üzerine sanığın engel olarak mağdureyi yaraladığı ve evde bulunan yatağa zincirlediği, devamında mağdureye cinsel saldırıda bulunduğu, bir müddet sonra mağdurenin kurtulabilmek için sanıktan yemek istediği, bunun üzerine sanığın mağdureyi çözdüğü ve yiyecek bir şeyler almak için evden ayrılmakta olduğu sırada mağdurenin "kapıyı kilitleme" demesi üzerine sanığın evden ayrılmaktan vazgeçtiği ve tekrar mağdureyi yatağa zincirleyip ikinci defa cinsel saldırıda bulunduğu, daha sonra yatağın kenarında 1-2 saat kadar uyuya kaldığı ve uyandıktan sonra bağlı olan mağdureye karşı üçüncü defa cinsel saldırıda bulunduğu olayda, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdura karşı, değişik zamanlarda, aynı suçu, birden fazla kez işlediğinin anlaşılması karşısında, mahkemenin TCK.nın 43/1. maddesinin uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığından, bu hususta tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir." Yargıtay 14 CD, E 2013/7469 K 2013/10638, 25.10.2013 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

161 Koca ve Üzülmöz (n 3) 371; Hafizoğulları ve Özen (n 116)167.

162 Taner (n 6) 249; Koca ve Üzülmöz (n 3) 401.

sürülmektedir¹⁶³. Ancak faillerin doğal anlamda birden fazla olan fiili, hukuki anlamda tek bir fiil olarak kabul edilebiliyorsa haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır¹⁶⁴.

Burada farklı olanın suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi nitelikli halinin zincirleme şekilde gerçekleşmesinde farklı zamanlarda işlenmesi şartının tek başına faillerdeki kadar sıkı bir biçimde uygulanmaması olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁵.

Ayrıca cinsel istismar suçunun 15 yaşını doldurmamış bir kişiye yönelik birden fazla işlenmesinin ardından bu kişinin 15 yaşını doldurmasından sonra da istismarın devam etmesi ihtimali değerlendirilmelidir. Mağdurun 15 yaşını doldurması ancak yine de 18 yaşından küçük olması ve fiile devam edilmesi durumunda rıza yoksa zincirleme cinsel istismar suçunun varlığı söz konusu olacaktır. Ancak mağdurun rızasının varlığı halinde cinsel istismar değil, reşit olmayanla cinsel ilişki söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalde zincirleme işlenen cinsel istismar ve zincirleme işlenen reşit olmayanla cinsel ilişkiden cezalandırma olacaktır¹⁶⁶.

Ayrıca cinsel istismar suçu ile birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109) da işlenmiş olabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmesi bu suçun nitelikli hali olarak TCK mm.109/5’de düzenlenmiştir. Bu nitelikli halde, sadece failin amacının yer alması nedeniyle cinsel istismarın gerçekleşmesi halinde hem kişi hürriyetinden yoksun kılma

163 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 470. “...Sanıkların akıl hastası olan mağduru askerlik görevlerinin yaptıkları birlikte bulunan çok amaçlı spor salonuna götürdükten sonra aynı zaman ve mekanda ayrı ayrı oral ve anal yoldan vücuda organ sokmak suretiyle birlikte nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdikleri, bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmalarından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan TCK.nun 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır”. Yargıtay 5 CD, E 2009/11417 K 2009/183187, 01.12.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. Ayrıca bkz. “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve bu suça yardım etmekten kurulan mahkûmiyet hükümlerinin temyiz incelemesine gelince; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; sanığın, hakkındaki evrak tefrik edilerek TCK.nun 31/1. maddesi gereğince kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilen M. A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirenlerken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK.nun 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...” Yargıtay 5 CD, E 2008/16058 K 2009/2686, 04.03.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

164 Koca ve Üzülmöz (n 3) 422.

165 Taner (n 6) 245.

166 Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 14 CD, 4180/6082, 20.06.2016; Yargıtay 14 CD, 3663/7846, 15.11.2016; Yargıtay 14 CD, 8128/7655, 08.11.2016 (Gökcan ve Artuç (n 12) 3974). Bu ihtimalde aşırı cezalandırmanın ortaya çıkacağına dair eleştiriler ve sadece zincirleme şekilde işlenen cinsel istismar suçundan dolayı hüküm kurulmasının daha isabetli olacağı hakkındaki görüş için bkz. Özgenç (n 43) 270-271; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

suçunun nitelikli halinden hem de cinsel istismar suçundan cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁶⁷. Aralarında bileşik suç ilişkisi mevcut olmayıp, gerçek içtima uygulanmalıdır¹⁶⁸.

Bu noktada önem arz eden hürriyetten yoksun bırakmanın cinsel istismarın doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmamış olması¹⁶⁹, amaç suç olan cinsel istismarın gerçekleştirilebilmesi için araç suç niteliğinde olmasıdır¹⁷⁰.

Doktrinde TCK m.109/5'te yer alan bu nitelikli halin varlığının isabetli olmadığı ve Kanun'da mevcut olmamasının bir boşluk yaratmayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre fail mağdurun özgürlüğünü sınırlandırır ve cinsel istismarı gerçekleştirilmeden yakalanırsa bir boşluk oluşmayacağı gibi aksi halde failin aklından geçenlerin mağdur ve tanık beyanları ile cezanın artırılmasına sebep olması masumiyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu durum ancak TCK m.61-1-g uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır¹⁷¹.

Mağdurun bir yerde bulunma özgürlüğüne dair rızasının geçerli olması nedeniyle cinsel istismar suçunun işlenmesinden sonra da failin yanında kalması halinde fail, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay 15 yaşından küçük olanlar bakımından aksi kanaattir¹⁷² ¹⁷³. Diğer yandan cinsel istismar suçu ile işkence suçunun tek davranışla işlenmesi halinde TCK m.94/3'ün uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Bu düzenleme işkence suçunun "cinsel yönden

167 Yokuş Sevük (n 5) 165. "Mağdure M'nin cinsel istismarına yönelik amaçla eylemine başlayan sanığın, bu eylemini gerçekleştirmek amacıyla rızaları hukuken geçerli kabul edilemeyen mağdurlar R. ve A.ü evlerinden 7,5 km. ve en yakın yerleşim yerinden 5 km. uzaklıktaki ormanlık alana götürmekten ibaret eylemlerinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden suçun oluşumu için özel kasıt arayan isabetsiz gerekçeyle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2009/9355 K 2009/11128, 06.10.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.03.2008 gün ve 2007/5-253 Esas, 2008/52 sayılı kararında açıklandığı üzere, suç tarihinde kayden 15 yaşını ikmal etmeyen mağdureye karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde mağdurenin rızasının 5237 sayılı TCK.nun 26/2. maddesi kapsamında fiili suç olmaktan çıkarmaması nedeniyle tebliğnamedeki sanığın beraeti yönünde bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir..." Yargıtay 5 CD, E 2006/10600 K 2009/6684, 1.6.2009. Ayrıca atf yapılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay CGK, E 2007/5-253 K 2008/52, 11.03.2008 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

168 Aralarında bileşik suç ilişkisinin mevcut olduğu hakkındaki aksi görüş için bkz. Özen (n 10) 389.

169 Özen (n 10) 391; Gökcan ve Artuç (n 12) 3970; Aygörmüş Uğurlubay (n 34) 29.

170 Koca ve Üzülmüş (n 3) 372.

171 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375, 349.

172 "Kovuşturma aşamasında 18 yaşını doldurmamış olan mağdurun, sanık Muhammed hakkında şikayetçi olup davaya katılmak istemediği, diğer sanık hakkında da duruşmada şikayetçi olmadığı anlaşılmakta ise de, Ceza Genel Kurulu'nun dairemizde de benimsenen 03.06.2008 gün 2008/5-56-156 sayılı kararında belirtildiği üzere; çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış mağdura, CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği gözetilmeden, duruşma esnasında sanıkların cezalandırılmasını talep eden mağdur vekiline, CMK'nun 238/2. maddesi gereğince davaya katılmak isteyip istemediği sorulmadan hüküm kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2009/11951 K 20009/15015, 28.12.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

173 Ancak çocuğun rızasının varlığına rağmen kanuni temsilcisinin rızasının yokluğunda diğer şartların da gerçekleşmesi halinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda yer alan TCK m.234/3 bağlamında sorumluluğun doğması söz konusu olabilecektir. Taner (n 6) 348.

taciz” şeklinde işlenmesi haline yer vermektedir. İşkence suçunda yer alan bu fıkranın sadece cinsel taciz suçu bakımından uygulanabilir olduğunu kabul etmek kanunilik ilkesine uygun bir yaklaşım olacaktır. Ancak bu ihtimalde cezalandırma adil olmayan bir sonuca sebebiyet verebilecektir. Ayrıca cinsel yönden taciz şeklinde bir düzenlemenin olmaması da cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen davranışlar şeklinde anlaşılması gerektiği, tüm cinsel suçları kapsadığı düşüncesini kuvvetlendirmektedir¹⁷⁴.

Ayrıca cinsel istismar suçunun aleni şekilde işlenmesi halinde cinsel istismar suçu ile TCK m.225’de yer alan alenen hayasızca hareketler suçu arasında farklı neviden fikri içtima uygulanacaktır¹⁷⁵.

Cinsel istismar suçunun aile bireyleri arasında gerçekleşmesi halinde kötü muamele suçunun (TCK m.232/1) aynı anda tek fiile işlenmesi halinde de farklı neviden fikri içtima uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁶. Bununla birlikte cinsel istismarın işlenmesine bilerek ve isteyerek göz yuman anne ve baba bakımından iştirak ilişkisinin mevcut olduğu¹⁷⁷ ve TCK m.233’de yer alan aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali suçu ile cinsel saldırı suçunun tek fiile işlendiğinin kabulü halinde de benzer şekilde farklı neviden fikri içtima uygulanacaktır¹⁷⁸.

Diğer yandan cinsel istismar suçunun pornografik malzemenin üretimi amacıyla işlenmesi halinde cinsel istismar ve müstehcenlik (TCK m.226/3) suçundan gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olmalıdır¹⁷⁹. Ayrıca vajinal veya anal bölgede hukuka aykırı muayene yapan kişinin fiili genital muayene veya cinsel istismar suçları kapsamında değerlendirilmelidir. Soruşturma veya kovuşturma kapsamında gerçekleştirilen fiiller bakımından genital muayene suçu söz konusu olabilecektir¹⁸⁰. Bununla birlikte genital muayene suçu bakımından failin kastının davranışın cinselliğine ilişkin olması halinde cinsel istismar suçunun uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁸¹. Çocuğun cinsel istismarından sonra bu suçu gizlemek için çocuğun öldürülmesi durumunda nitelikli kasten öldürme ve cinsel istismar suçundan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁸².

174 Taner (n 6) 247; Hafizoğulları ve Özen (n 116) 125.

175 Taner (n 6) 248. Ayrıca bkz. Hazal Algan Canseven, “Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)” (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 235, 279.

176 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 470; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375.

177 İhmal suretiyle yardım etme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Heger (n 11) § 176 N 8.

178 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375.

179 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

180 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336.

181 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

182 Yokuş Sevük (n 5) 165; Bostancı Bozbayındır (n 14) 532. “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın 23/02/2004 doğumlu maktülü köpek tasması alacağından bahisle kandırarak şehir merkezinden uzaktaki tarlaya götürdüğü, burada cebir kullanarak livata yoluyla cinsel istismarda bulunduğu, işlediği suçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öldürdüğü olayda; suçların işleniş biçimi, zamanı ve yeri, sanığın suç işleme amaç ve saikleri ile kastının yoğunluğu nazara alınmış hakkaniyet ve orantılılık ilkesi de gözetilerek TCK’nın 61/1 maddesi uyarınca her iki suç yönünden makul bir ceza tayin edilmesi yerine, temel cezaların alt sınırdan belirlenmesi ve uygulamanın devamının da buna göre yapılması suretiyle sanığa eksik cezalar tayin edilmesi” Yargıtay 1 CD, E 2016/2696 K 2017/3935, 14.11.2017 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

TCK m.103/5 gereğince, cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu düzenlemeye göre gerçek içtima hükümleri uygulanarak cinsel istismar ve kasten yaralamadan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır. İkinci grup çocuklar bakımından cebir veya şiddet suçun unsuru iken, birinci grup çocuklar bakımından cebir veya şiddet uygulanması cinsel istismar suçunun nitelikli halidir. Ancak ikinci grup çocuklar bakımından suçun unsuru olarak kabul edilen cebir veya şiddet, kasten yaralama suçunun temel şeklini aşmamalıdır. Ancak eğer kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olunursa özel gerçek içtima hükmü olarak yer alan TCK m.103/5'e göre ayrıca bu suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁸³. Mağdura uygulanan cebrin, TCK m.86'da düzenlenen kasten yaralamanın kapsamını aşmayıp, ağır neticelere sebebiyet vermemesi halinde cinsel istismarın cezası belirlenirken TCK m.61 uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Doktrinde bir görüşe tarafından buradaki düzenlemenin cebir veya şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması şeklinde değil, kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek (TCK m.86/2) halinin kapsamını aşması şeklinde olmasının daha isabetli olacağı savunulmaktadır¹⁸⁵.

Cinsel istismar suçunun vücuda organ sair cisim sokulması şeklinde daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halinin kendine özel bir fikri içtima örneği oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bu fıkra hükmünün ihlali ile aynı zamanda kasten yaralama, hakaret ve fail kamu görevlisi ise işkence, kamu görevlisi değilse eziyet suçunun da oluştuğu ve bu durumun kanuni veya zorunlu fikri içtima olarak adlandırılabilmesine yer verilmiştir¹⁸⁶.

VII. YAPTIRIM

Cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK m. 103'te 6763 S. Kanun'un 13. maddesi ile değişiklik yapılmasından sonra¹⁸⁷ istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla, suçun temel şeklinin işlenmesi halinde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılma öngörülmüştür. Bununla birlikte istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacaktır. Faile daha fazla ceza verilmesinin gerektiren bu nitelikli halde üst sınır belirtilmediği için TCK m. 49 esas alınarak bu süre 20 yıl olarak değerlendirilecektir.

Cinsel istismar suçunun TCK m.103/3 ve 4'te düzenlenen daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri söz konusu olduğunda verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Cinsel istismarın mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması halinde ise, ağırlaştırılmış müebbet

183 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 470.

184 Taner (n 6) 347.

185 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 374.

186 Özen (n 10) 390, 391.

187 Anayasa Mahkemesi TCK m.103 ile ilgili 12.11.2015 ve 26.05.2016 tarihli iki iptal kararı vermiştir. Bu kararlarda ölçülü kabul edilemeyecek yaptırım öngörülmesine değinilerek düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375, 376.

hapis cezasına hükümlenacaktır. Cinsel istismar suçunda özellik arz eden bir husus da mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlindeki cezalandırmadır. Mağdur on iki yaşını tamamlamamış ise cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması ihtimalinde verilecek ceza beş yıldan, istismarın temel şeklinin gerçekleşmesi durumunda on yıldan, istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde ise on sekiz yıldan az olamayacaktır.

CGTİHK m.108/9'a göre, TCK m.103'te tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilecektir: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.

CGTİHK m.108/11'de dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. CGTİHK m.108/9'da yer verilen yükümlülüklerden özellikle "a)" bendinde mevcut "Tıbbi tedaviye tabi tutulmak" yükümlülüğüne dair düzenlemenin yönetmelikle belirlenmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmektedir¹⁸⁸. Kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek böyle bir müdahalenin rızasına aykırı şekilde yapılamayacağı¹⁸⁹ ve buna sair esasların yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka aykırılık teşkil edeceği dikkate alınmalıdır.

Ayrıca cinsel istismar suçunun faillerine uygulanabilecek kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği tartışma konusu yapılmıştır. Kimyasal kastrasyonun bir yaptırım türü olarak ceza olduğunu ileri sürenler olsa dahi, faile toplumda arz ettiği tehlikelilik ve tekrar suç işleme olasılığının yüksekliği nedeniyle uygulanabilecek bir tedbir olmasından hareketle güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu söylenebilecektir¹⁹⁰. Diğer yandan Almanyada bir diğer güvenlik tedbiri olarak cezalarının infazı sonrasında tehlikelilikleri devam ettiği sürece eğitim, tedavi gördükleri yüksek güvenli terapi merkezlerinin var olduğu ve Türkiye'de de benzer merkezlerin uygulanabilirliğinin tartışılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹¹.

VIII. MUHAKEME

Cinsel istismar suçu, şikâyete tabi olmayıp, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Diğer yandan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçu da resen soruşturulan ve kovuşturulan

188 Taner (n 6) 358.

189 Konu hakkında bkz. Caner Yenidünya ve Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?" (2013) 4(14) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 171, 189.

190 Taner (n 6) 358, 359. Cerrahi kastrasyon ise, cerrahi bir müdahale ile erkeğin testislerinin alınmasıdır. Çok farklı sebeplerle karşı çıkılıyor olsa dahi cerrahi kastrasyon ile amaçlanan, failin geri kalan yaşamında tekrar suç işlemesine engel olmaktır. İsteğe bağlı uygulanması ya da ikinci kez suç işleyenlere zorunlu tutulması şeklinde uygulamalar tartışılmış, birçok ülke tarafından insancıl görülmeyle eleştirilere konu olmuştur. Savaşçı (n 18) 51, 54.

191 Aygörmez Uğurlubay (n 34) 47.

bir suç olmakla birlikte suçun failinin çocuk olması durumu özellik arz etmektedir. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Şikâyet hakkı sahibinin failin yaşını bilip bilmemesi ya da cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığını tespit edebilmesi ise zorluk içermektedir.

Şikâyet hakkının birden fazla kişiye tanınması nedeniyle şikâyetten vazgeçme ve geri alma halinde iradelerin çelişmesi tartışmalı bir durum yaratmaktadır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkının kullanımında mağdur ile veli ya da vasinin iradesinin çelişmesi söz konusu olabilecektir.¹⁹² Bu gibi hallerde sezgin olan mağdur çocuğun iradesine üstünlük tanınması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹³ Diğer bir görüşe göre, şikâyet hakkı olan kişilerden herhangi birinin şikâyeti yeterlidir, fakat şikâyet hakkından feragat veya vazgeçme halinde şikâyet hakkına sahip olan herkesin bu yönde irade göstermesi gerekmektedir.¹⁹⁴ Ancak şikâyet hakkını kullanmamış, kullanmamayı tercih etmiş kişinin başka biri tarafından yapılan şikâyetten vazgeçmede iradesinin aranmasına gerek olmamalıdır. Sonuç olarak burada şikâyet hakkı sahibi olanlardan herhangi birinin şikâyeti suçun takibi bakımından yeterlidir. Mağdur olan çocuğun veya veli ya da vasinin şikâyet etmesi yeterlidir. Mağdur çocuk şikâyet hakkını kullanmış, veli ya da vasi bu hakkını kullanmamışsa, o halde mağdur olan çocuk şikâyet hakkından vazgeçebilecektir, diğerlerinin bu yöndeki iradesinin varlığı aranmamalıdır.

Diğer yandan istismara uğrayan çocuk ile velayet veya vesayet hakkı sahibinin şikâyet konusunda iradeleri çeliştiği takdirde mağdur çocuğun mu yoksa velayet veya vesayet hakkı sahibi olan kişinin mi iradesine üstünlük tanınacağı hususu değerlendirilmelidir. Böyle bir ihtimalde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneğine sahip olan çocuğun iradesine üstünlük tanınmalıdır.

Diğer yandan mağdur çocuk 15-18 yaş aralığında ise ve veli ya da vasi ile görüşü çelişirse ve mağdurun yaşı 12-15 yaş aralığında olup işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş ise, mağdurun görüşüne üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, mağdur 0-12 yaş aralığında veya 12-15 yaş aralığında olup işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş ise veli ya da vasinin görüşü esas alınmalıdır.¹⁹⁵

192 “Vidani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; katılma talebi üzerine iki kez katılma kararı verilen Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın karar başlığında gösterilmemesi, kayden 10/10..72005 doğumlu olup suç tarihinde on yaşı içerisinde bulunan mağdure M.D’nin ve velayet hakkına sahip annesi müşteki E.D. ve babası müşteki C.D.’in duruşma sırasında sanıktan şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, mağdureye yaşı nedeniyle tayin edilen vekilin davaya katılma ve hükmü istinaf hakkı bulunmadığı halde mağdurenin katılmasına karar verilmiş ise de, suç tarihi itibarıyla on yaşı içerisinde bulunan mağdurenin yaş küçüklüğü nedeniyle şikâyet iradesinin geçerli olmaması ve sanığım, müştekilerin çocuğu olmasından dolayı şikâyet hususunda mağdure ile müştekiler arasında menfaat çatışması bulunması nedeniyle dosyada mağdureyi temsil etmesi için Sulh Hukuk Mahkemesinden usulünce temsil kayyımı tayin edilmesinden sonra tayin edilen temsil kayyımının şikâyet hakkını kullanıp kullanmayacağıının belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi” (İstanbul 20 BAM, E 2017/888 K 2017/819, 11.04.2017 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

193 Yokuş Sevik (n 5)166.

194 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 377.

195 Özen (n 10) 296.

Sonuç olarak şikayeti geri alma şikâyet hakkını kullanan kişi tarafından yapılabilmelidir. Ancak mağdurla birlikte veli ya da vasisi de şikâyette bulunmuş ise, yalnızca birinin şikâyetini geri alması yeterli olmayacak, geri alma diğerlerinin şikâyetini etkileyemeyecektir¹⁹⁶.

Cinsel istismarın çocuk tarafından yetişkinlerle iştirak halinde işlenmesi durumunda ise, sarkıntılık düzeyinde kalan ve iştirak halinde işlenen bu fiil hakkında ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, failin çocuk, azmettiren ya da yardım edenin yetişkin olduğu durumda fiil hakkında failin ve fiilin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren 6 ay içinde şikâyette bulunulmazsa azmettiren veya yardım eden olarak fiile katılan yetişkinler hakkında da dava açılmayacaktır. Failin yetişkin, azmettiren ya da yardım edenin çocuk olduğu hallerde söz konusu fiil şikâyete tabi olmayıp, resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Dolayısıyla failin yetişkin, şeriğin çocuk olması durumunda şikâyet şartı aranmaksızın hem fail hem şerik hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği belirtilmektedir¹⁹⁷.

Bununla birlikte çocuk ve yetişkinin müşterek fail olarak işlendiği sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunda ortada tek bir fiil bulunmasından hareketle çocuklar hakkında da şikâyet aranmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapılmalıdır¹⁹⁸.

Ayrıca cinsel istismar suçu, CMK m.100'de katalog suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle ilgili olaylarda diğer şartların da bulunması halinde tutuklama sebebinin mevcut olduğu kabul edilecektir.

Diğer yandan cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi iken, suçun temel şekli ve daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekilleri bakımından ağır ceza mahkemesidir. Yetkili yargı mercii ise, suçun işlendiği yerdir. Cinsel istismar suçunun hürriyeti tahdit suçu ile birlikte işlenmesi halinde ise temadinin sona erdiği yer mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilecektir¹⁹⁹.

IX. DAVA ZAMANAŞIMI

Dava zamanaşımı süresi, suçun temel şekli bakımından TCK m.66/1-e uyarınca 8 yıldır. TCK m.66/3'e göre, cinsel istismarın daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle somut olayda cinsel istismarın daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali mevcut ise dava zamanaşımı süresi 15 yıl olacaktır.

Bununla birlikte TCK m.66/6'ya göre, zamanaşımı çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bunun yanı sıra cinsel istismar suçunun, TCK m.103/3'te üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti

196 Koca ve Üzülmöz (n 3) 425.

197 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

198 Koca ve Üzülmöz (n 3) 424.

199 Gökcan ve Artuç (n 12) 3984; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 377.

veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal söz konusudur. Bu hükme göre, fail ile çocuk arasında nüfuz ilişkisi aranmamaktadır. Ancak TCK m.66/6'ya benzer nitelikte düzenlemeler, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Çocukların Cinsel Suistimali ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de mevcut olup, dava zamanaşımı süresinin çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği gündünden itibaren işlemeye başlaması sözleşme hükümlerine uygun olacaktır²⁰⁰. Ancak şikayet süresi içinde şikayet şartının yerine getirilmesi gerekir. Zira şikayet süresi, dava zamanaşımı süresinden farklı olup, hak düşürücü süredir²⁰¹.

Alman hukukunda cinsel istismar suçunun zamanaşımı süresi 10 yıldır. Ağır istismarda 20 yıl, ölüm ile sonuçlanan istismarda 30 yıldır. Düzenlemenin önceki halinde zamanaşımı süresi mağdurun 18 yaşını doldurması ile başlarken bu süre önce 21'e çıkarılmış, ardından da mağdurun 30 yaşını doldurmasına kadar duracağı belirtilmiştir.²⁰² Nitekim Alman CK § 78b İ'de, zamanaşımının cinsel istismar suçunda mağdurun 30 yaşını doldurmasına kadar duracağı açıkça ifade edilmiştir.

X. İNFAZ

Son olarak cinsel istismar suçunun infazı aşamasında özellik arz eden husus, koşullu salıverme müessesesi ile ilgilidir. Cinsel istismar suçundan mahkûmiyet halinde kişi hakkında mükerrirlere özgü koşullu salıverme uygulanacaktır. 7242 s. Kanun'un 49. maddesi ile yapılan değişiklikle cinsel istismar suçundan mahkûm olanlar hakkında süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanacaktır.

Alman CK § 176a/1'de tekrerrür haline ilişkin özellik arz eden bir husus mevcuttur. Son 5 yıl içinde 176/1 ve 2'deki bir suçtan kesinleşmiş hüküm ile mahkûm olmuş ise, 176/1 ve 2'de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçundan 1 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun iştirak halinde işlenmesinde sadece mükerrir olan kişi ağır halden sorumlu olacak ve suça katılan diğer kişiler bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır²⁰³.

SONUÇ

İnceleme konumuz olan cinsel istismar suçu, TCK'nın "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde m 103'te düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçu ile korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğüdür. Cinsel istismar suçunun maddi unsurlarından konu,

200 Taner (n 6) 360, 361.

201 Taner (n 6) 395.

202 Alman Ceza Kanunu'nda bu şekilde değişiklik yapılmasının istismar suçlarında uzun zaman geçtikten sonra olayların ortaya çıkmasından kaynaklı olduğu ileri sürülmektedir. Yaprak Şamhal, "Alman Ceza Kanunu'nda Cinsel İstismar Suçu" iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (edr), Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri (On İki Levha 2019) 79.

203 Renzikowski (n 7) § 176a N 39.

yaşayan bir çocuğun vücudu olup, mağdur istismara uğrayan çocuktur. Çocuğun cinsiyeti önem taşımamaktadır. Maddi unsurlardan hareket, çocuğun cinsel yönden istismar edilmesidir. Birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından tek bir cinsel davranış suçun oluşması bakımından yeterlidir. İkinci grup çocuklar bakımından iradeyi etkileyen başka neden olarak geçici neden ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun davranışlarının ortadan kalkması ya da azaltılması durumu değerlendirilecektir. Ayrıca çocuğa yönelik cinsel davranışın vücut dokunulmazlığının ihlali gerektirip gerektirmediği tartışmalı olmakla birlikte bedensel temas içeren fiiller sarkıntılık veya cinsel istismar suçunu oluştururken bedensel temas içermeyen fiiller bakımından cinsel taciz suçu değerlendirilmelidir. Cinsel taciz suçunda fiilin çocuğa karşı işlenmesi haline yer verilmesi de cinsel taciz ve cinsel istismar suçunun ayrımı konusunda bedensel temasın varlığına dair bir kriter oluşturmaktadır. Bu suçun faili kadın, erkek, çocuk veya yetişkin herkes olabilir. Fail ve mağdur aynı ya da farklı cinsiyette olabilir.

Cinsel istismar suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, doğrudan veya olası kast ile işlenebilir. Bu suç tipi bakımından kastın dışında amaç/saik aranmamaktadır. Kast, suçun maddi unsurlarını, özellikle mağdurun yaşını, cinsel davranış, iradeyi etkileyen bir nedenin olup olmadığı ve buna bağlı olarak hareketlerin niteliğini kapsmalıdır. Suç tipinde yer alan unsurlara ilişkin yanılma, kastı ortadan kaldıracaktır. Ancak taksirli hali düzenlenmeyen bu suç bakımından kastın varlığını engelleyen hata halleri de dâhil olmak üzere taksirli sorumluluk söz konusu olamayacaktır. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, koşullarına uygun bir biçimde yapıldığı takdirde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Hukuka aykırılık unsuru bağlamında önem arz eden diğer bir husus, ilgilinin rızasıdır. Bu suç tipi bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Cinsel istismar suçunda rızayı, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüşün aksine buradaki rızanın tipikliği kaldıran rıza olduğu söylenebilecektir.

Suçun temel unsurlarından sonra nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Nitelikli unsurlar konu ve mağdur, hareket, netice ve fail sebebiyle nitelikli unsurlar şeklinde tasnif edilmiştir. Konu ve mağdur sebebiyle nitelikli unsurlar başlığında, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması ve suçun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlığı olan kişiye karşı işlenmesi haline yer verilmiştir. Hareket sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehdit, ikinci grup çocuklara karşı silahla işleme, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma, zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma halleri değerlendirme konusu yapılmıştır.

Bunlardan cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması vücut dokunulmazlığını sürekli olmayan bir şekilde, kesintili olarak ihlal eden cinsel davranışların gerçekleşmiş olması anlamına gelmektedir. İşlenen fiilin devamlılık arz etmesi halinde sarkıntılık değil, suçun temel şekli gerçekleşmiş olacaktır. Vücuda organ veya sair bir cisim sokulması ise gerekçede vajinal, anal ve oral yoldan organ veya sair cisim sokulması ile sınırlandırılmış olsa dahi vücudun organ veya sair cisim sokmaya elverişli her boşluk fiilin cinsel nitelikli olması halinde bu nitelikli hal kapsamında ele alınmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle eşe karşı işlendiği takdirde, cinsel saldırıdan farklı olarak şikâyetin öngörülmemiş olmasının eksiklik olduğu söylenebilecektir.

Netice sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında mülga düzenleme olan beden veya ruh sağlığının bozulması ve bitkisel hayata girme veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi incelenmiştir. Meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluğun doğması, cinsel istismar sonucunda, suça özgü tehlikenin gerçekleşmesi ile ortaya çıkmış ve ölümün faile isnat edebiliyor olması ile failin netice bakımından en az taksirle hareket etmiş olmasına bağlıdır. Fail sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında ise failin üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen olması, failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması ve birden fazla kişi tarafından birlikte işleme halleri incelenmiştir.

Cinsel istismar suçu bakımından önem arz edenler kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir veya tehdit, haksız tahrik ve haksızlık hatası değerlendirme konusu yapılmıştır. Haksız tahrikin uygulanabilmesi somut olayın koşullarına göre değerlendirilerek istisnai hallerde mümkün olabilecektir. Diğer yandan kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan evliliklerde evlendirilen çocuklardan her ikisinin ya da bir tanesi 15 yaşından küçük olduğu bu hallerde haksızlık hatası ve bu bağlamda “kaçınılabilirlik” değerlendirilmelidir.

Sırf hareket suçu olan cinsel istismar suçunda hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir. Cinsel istismar suçunun temel şekli bakımından teşebbüs ancak kastın süreklilik arz edecek bir davranışa yönelik olmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerle ani ve kesik bir düzeyde kalması halinde veya bedensel temasın gerçekleşmemiş olması durumunda olabilir. Bu gibi hallerde failin kastının davranışın sürekliliğine yönelik olduğu ispatlanmadığı takdirde cinsel istismar suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırma söz konusu olamayacaktır. Sarkıntılı düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüs halinde de failin kastının süreklilik arz etmeyen, ani ve kesik bir düzeyde bedensel temas içeren fiile yönelik olması gerekmektedir. Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten sorumluluk için vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın ispatlanması gerekmektedir.

Gönüllü vazgeçmede “tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde” ifadesine yer verilmiş olup, “esasen bir suç” ifadesi ile kastedilenin ne olduğu tartışılmış, cinsel istismar suçunun nitelikli halinden gönüllü vazgeçen fail hakkında suçun temel şeklinden ceza verilebileceği belirtilmiştir.

Diğer yandan cinsel istismar suçu bizzat işlenebilen suçlardan olduğundan dolayı faillik ile sorumluluk bu suç tipi bakımından belirlenemeyecektir. Failin, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak dolaylı faillik yoluyla mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde fail hakkında istismarın temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır. “Fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi” nitelikli halinde “sokulması” fiilinin kullanılmasından hareketle failin, mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde nitelikli halin uygulanamayacağı söylenebilecektir.

Cinsel istismar suçu bağlamında içtima konusu ile ilgili olarak öncelikle görünüşte içtimaya ardından zincirleme suça değinilmiş olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, işkence, alenen hayâsızca hareketler, kötü muamele, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, müstehcenlik, genital muayene suçu ve nitelikli kasten öldürme suçlarına dair açıklamalara yer verilmiştir. Ardından

cinsel istismar suçunda düzenlenen özel gerçek içtima hükmü incelenmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zaman aşımı ve infaz başlığı altında cinsel istismar suçu bakımından özellik arz eden hususlar değerlendirilmiştir.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Algan Canseven H, “Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)” (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 235, 279.
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021).
- Aydın M, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Bası, Seçkin 2018).
- Aygörmez Uğurlubay GA, “Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları”, iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (ed), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri*, (On İki Levha 2019).
- Bostancı Bozbayındır G, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II* (On İki Levha 2017).
- Demir HK, *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna Özgü Yaptırımlar ve İnfaz Rejimi* (Adalet 2021).
- Demir R, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar* (Adalet 2021).
- Demirel M, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza” (2020) 78(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1469, 1523.
- Dreher E and Herbert T, “Sexueller Mißbrauch von Kindern”, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Dreher/Tröndle StGB)* (46th edn, C. H. Beck, 1993).
- Dursun S, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış” (2014) (24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 73.
- Dursun S and Sebastian H, “Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht”, Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer and Liane Wörner (edr), *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung* (Nomos 2014) 193, 224.
- Dülger İ, “Çocukların Cinsel İstismarı” (2010) 2(6) Fasikül Hukuk Dergisi 41, 42.
- Eisele J, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder StGB)*, (30th edn, C. H. Beck 2019).
- Frommel M, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar (NK-StGB)* (5th edn, Nomos 2017).
- Gökcan HT ve Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C.3* (Adalet 2021).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A 2016).
- Heger M, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl StGB)* (29th edn, München 2018).
- Herkeseçan G, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103* (On İki Levha 2021).
- Hörnle T, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12th edn, De Gruyter Recht 2009).
- Işıka S, Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012).
- İltaş Y ve Işık Yılmaz B, *Çocuk İstismarı ve İhmali Kapsamında Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (Akademisyen 2021).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Adalet 2022).
- Kurt B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Adalet 2020).

- Küskü H, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali* (Adalet 2020).
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Özgenç İ, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar” (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 283.
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (6. Bası, Adalet 2021).
- Parlar A ve Öztürk M, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (Aristo 2018).
- Renzikowski J, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB)* (4th, C. H. Beck 2021).
- Sarıtaş E, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler” 80 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 615, 654.
- Savaşçı B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal 2013).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Savaş 1999).
- Şamhal Y, “Alman Ceza Kanunu’nda Cinsel İstismar Suçu”, iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (ed), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri* (On İki Levha 2019).
- Şen E, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1* (Vedat 2006).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin 2017).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Bası, Savaş 2019).
- Tuğrul AC ve Tuğrul MC, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, Enstet İlişkiler* (Detamat 2018).
- Turhan E, *Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021).
- Ünver Y, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi incelenmesi”, Yener Ünver (edr), II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, 16/17.05.2013 (Seçkin, 2014).
- Yenidünya C ve Yaşar Y, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?” (2013) (4)4 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 171, 189.
- Yokuş Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası, Adalet 2019).
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Bası, Seçkin 2021).
- İnternet kaynakları:
 HukukTürk <www.hukukturk.com>
 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr>
 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr>