

T. C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

Ebru ALTAŞ

Danışman

Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK

2009

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Ebru ALTAŞ

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Ebru ALTAŞ
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Konusu : Çocukların Cinsel İstismarı Suçu
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. ****
Öğrenci sınava gelmemiştir. **

- * Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>	

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Çocukların Cinsel İstismarı Suçu
Ebru ALTAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Gerek fiziksel gerek ruhsal yapılarının zayıflığından dolayı çocuklar, insanlık tarihinden beri istismara maruz kalmışlardır. Çocuklara karşı gerçekleştirilen istismar türleri fiziksel, duygusal, cinsel olabilmekle beraber inceleme konumuz olan cinsel istismar, istismar türlerinin en yaygın olanlarından biridir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere kavramsal açıdan bir farklılık getirmiş ve erişkinlere karşı işlenen cinsel davranışları cinsel saldırı olarak tanımlarken çocuklara karşı gerçekleştirilen bu nitelikteki fiilleri cinsel istismar olarak nitelendirmiştir. Kanun koyucu, 103. maddede yaş gruplarına göre bir ayrıma gitmiş, onbeş yaşını doldurmamayan ve doldurmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocuklara karşı gerçekleştirilen her tür cinsel davranış istismar sayarken, onbeş yaşından büyük çocuklara sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları cinsel istismar kabul etmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında nitelikli cinsel istismara ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve nitelikli cinsel istismar failin, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokması olarak tanımlanmıştır. Böylelikle eski düzenlemelerden farklı olarak cinsel saldırı/ istismar kavramına verilen anlam genişlemiş ve vücuda cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokulması durumunda da suçun oluşması gündeme gelmiştir. Cinsel istismar suçunun çocukla belli akrabalık ilişkisi bulunan vasi, eğitici, öğretici, sağlık hizmeti veren, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan kişilerce işlenmesi, bu kişilerin suçu çok daha kolaylıkla işleyebilecekleri göz önüne alınarak cezanın ağırlaştırılmasına sebep olmuştur.

Suç mağdurlarının çocuk olması sebebiyle bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması özel öneme sahiptir. Bu bakımdan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri titizlikle uygulanmalı ve zaten mağdur olan çocuk, yargılama sürecinde daha da mağdur edilmemelidir.

Anahtar kelimeler: Cinsel İstismar, Cinsel Saldırı, Cinsel Taciz, Mağdur Çocuk

ABSTRACT

Graduate Degree Thesis

The Crime Of Sexual Abuse Of Children

Ebru ALTAŞ

Dokuz Eylül University

Institute Of Social Sciences

Department Public Law

Public Law Program

Children have been exposed to abuse, because of the weakness of their physical and psycholological structure, throughout the human history. As the types of abuse against children are physical, emotional and sexual; our research topic sexual abuse is one of the most common abuse types.

No. 5237 Turkish Penal Code has brought a conceptual difference to the arrangements in no. 765 Turkish Penal Code and while describing the sexual attitude towards adults as sexual attack, it named this kind of attitude towards children as sexual abuse. The legislator, has made a distinction according to the age groups in 103rd topic, while considering all kind of sexual attitude towards children under fifteen and with being over fifteen but unable to sense the legal meaning and results of the attitude, as abuse, it considers sexual attitude based on forcing, threatening, cheating or another reason effecting the will, against children over fifteen as abuse.

Arrangements related to major sexual abuse are given place in the 2nd subclause of the topic, and major sexual abuse is decribed as; the insertion of an organ or another thing to the victim's body by the perpetrator. In this way the meaning given to sexual abuse or attack has expanded differently from the old arrangements and the occurance of the crime has become an issue in case of the insertion of even an organ other than the sexual organ or another thing to the victims body. The treating of the crime; by such people like tutelar having certain blood relationship, trainer, teacher, healt carer, a person in charge of guarding and taking care, or a person's bad use of the authority obtained by the job (service) relation; has caused the penal to be impaired, considering that such people can commit the crime much more easily.

The investigation and the prosecution of this crime is of special importance as the victims of the crime are children. In this aspect, the verdicts of the Penal Court Code should be applied meticulously and the already victimed child, should not be victimized more in the judgement process.

Keywords : Sexual Abuse, Sexual Attact, Sexual Molestation, Victim Child.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	ii
TUTANAK	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
I. GENEL OLARAK.....	4
II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	7
A. Suçla Korunan Hukuki Değer- Suçun Hukuki Konusu	7
B. Fail.....	9
C. Mağdur	11
D. Fiil	18
1. Hareket- Netice	18
2. Cinsel İstismar- Cinsel Taciz İlişkisi	20
3. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar	24
E. Suçun Nitelikli Unsurları.....	34
1. TCK m. 103/2’de Düzenlenen Nitelikli Hal: Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi	34
2. TCK m. 103/3’de Düzenlenen Nitelikli Haller	38
a. Suçun Çocukla Belli Akrabalık İlişkisi Bulunanlar Tarafından İşlenmesi	38
b. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	40
c. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	44

d. Suçun Birinci Fıkranın a Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir ve Tehditle İşlenmesi	47
3. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	49
a. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Nedir?.....	49
b. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması	51
c. Suçun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi.....	57
III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	61
IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU	64
V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	71
A. Teşebbüs.....	71
B. İştirak.....	76
C. İçtima.....	79
VI. YAPTIRIM	89
VII. MUHAKEME.....	92
A. Soruşturma- Kovuşturma	92
B. Görevli- Yetkili Mahkeme	94
VIII. ZAMANAŞIMI.....	95
SONUÇ	96
KAYNAKLAR	104

KISALTMALAR

Bkz./bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CHD.	Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK.	5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
Dn.	Dipnot
E.	Esas
Eski TCK.	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
HPD.	Hukuki Perspektifler Dergisi
K.	Karar
m.	Madde
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa No
ss.	Sayfa Aralığı
S.	Sayı
T.	Tarih
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
Vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
Yeni TCK.	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Kişisel özgürlüğün bir parçası olarak cinsel özgürlük, insanın örf ve adet veya hukukun çizdiği sınırlar içerisinde ve cinsel ilişkileri bağlamında kendi bedenini dilediği biçimde kullanabilmesi hakkıdır. Kişi özgürlüğü kavramında öngörüldüğü gibi cinsel özgürlük de bir başkasının özgürlüğüne zarar verecek biçimde kullanılamaz¹. Bu özgürlüğü hukuki güvenceye kavuşturmak adına yasa koyucular bir başkasının cinsel özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan bu tip eylemleri cezalandırma yoluna gitmiş ve ceza kanunlarında, korunan hukuki değere göre, ilgili başlıklar altında bu fiiller için düzenlemeler getirmiştir. Bu çerçevede cinsel suçlar “ceza yasalarında kamu ahlakı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzenin varlığına zarar verdiği kabul olunan, dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemler”, olarak tanımlanabilir². Bir başka tanıma göre ise cinsel suçlar bir başkası üzerinde gayrimeşru bedensel ya da psikolojik hâkimiyet kurarak cinsi saik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesidir³.

Bu çalışmada, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kişilere Karşı Suçlar kısmında, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçu incelenecektir. Çocuk istismarı ilk kez tanımlandığı yıllardan günümüze değin boyutları gitgide genişleyen bir sorun olarak karşımıza gelmektedir. Çocuğun savunmasız ve korunmaya muhtaç yapısı, tarih boyunca istismara maruz kalmasına yol açmıştır. 1989 yılında yapılan tanıma göre çocuk istismarı *çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü kötü tutumdur*⁴. Yine başka bir tanıma göre çocuk istismarı çocuğun fiziksel, psikososyal, duygusal her türlü

¹ Can, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin, Ankara 2002, s. 475.

² Can, s. 486, 487.

³ Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, S:2, Sonbahar 2004, s. 155.

⁴ Polat, Oğuz/ Öztel, Hilal, “Çocukların Kaçırılması ve Organ Ticareti”, CHD, Yıl:2, Sayı: 5, Aralık 2007, s. 5.

gelişimini engelleyen ve durduran tavrıdır⁵. 1985 yılında Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı tanımlamaya göre ise çocuk istismarı çocuğun fiziki, sosyal, psikososyal gelişiminin çocuğa bakmakla yükümlü olan kişiler, kuruluş-devlet tarafından engellendiği her türlü davranıştır. Bu davranışların bilinçdışı yapılması sonucu değiştirmez. Çocuk istismarı denildiğinde fiziksel, duygusal, cinsel istismar ve ihmal akla gelebilir. Fiziksel istismar çocuğun kaza dışı fiziksel açıdan başına gelen herhangi bir olay, çocuğa zarar vermek için yapılan davranışlardır. Bu zarar çocuğa en çok ebeveynleri tarafından verilmektedir. Amaç çocuğa ceza vermektir fakat ceza vermek amacıyla yapılan bu fiziksel davranışlar istismarı beraberinde getirmektedir. Cinsel istismar ise bir erişkinin bir çocuğu, kendi cinsel uyarılması için kullanması olarak nitelendirilebilir. Cinsel doygunluğa ulaşmak için çocuğun amaç ve araç olarak kullanılması cinsel istismardır. Cinsel istismar için çocuğa direkt olarak fiziksel temasta bulunulması gerekmez, çocuğun malzeme olarak kullanılması gibi durumlar da bu kapsamdadır⁶. Cinsel istismarın çocuklara karşı gerçekleştirilen istismar türlerinden biri olmasıyla beraber, çocuk istismarının en yaygın türlerinden olduğunu söylemek sanırım yanlış olmayacaktır.

Bilindiği gibi çocuk istismarı çok yönlü bir konu olması sebebiyle birçok disiplinin inceleme alanına dâhildir. Ancak çocuğun korunması söz konusu olduğunda hukukun işin içine girmesi ve bir takım düzenlemeler getirmesi kaçınılmazdır⁷. *Ceza hukuku her şey değildir, ancak ceza hukuku olmaksızın da her şey bir hiçtir.* Çocukların cinsel istismarını önlemede ceza hukukunun payı bu şekilde özetlenebilir. Kuşkusuz bu tip eylemlerin önlenmesinde en önemli rol ailelere, okullara, gençlik merkezlerine aittir. Ancak eğitim, aydınlatma ve önleme tedbirlerinin yeterli olmadığı hallerde çocuğun etkin biçimde korunabilmesi için ceza hukukunun özel ve genel önleme işlevine ihtiyaç duyulmaktadır. Ceza hukuku bu noktada potansiyel failleri korkutarak etkilemeli, mağdurun ve kamunun hukuka olan

⁵ **Erkmen**, Fatoş, “Çocukta Duygusal İstismar ve İhmal”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, s. 80.

⁶ **Polat**, Oğuz, “Fiziksel ve Cinsel İstismar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, (Cinsel İstismar), s. 78.

⁷ **Baştan**, Tanıl, “İstismar ve İhmalin Hukuksal Boyutu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, s. 84.

güvenlerini yeniden inşa etmeli ve failin suçu ispatlanmışsa onu yeniden suç işlemekten alıkoymalıdır⁸.

Çalışmamıza genel bilgiler verilerek başlandıktan sonra çocukların cinsel istismarı suçunun unsurlarının incelemesine geçilmiş, suçun maddi unsurlarına ilişkin olan suçla korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu, fail, mağdur ve fiil sırasıyla incelenmiş, ardından suçun nitelikli hallerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda ilk önce suçun “vücuda organ veya sair cisim sokmak” suretiyle işlenen nitelikli hali inceleme konusu olmuş, ardından kanunda yer aldığı sırayla suçun üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi ve cinsel istismarın birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halleri irdelenmiştir. Ardından suçun netice sebebiyle ağırlanmış halleri olan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun suç sonucu bitkisel hayata girmesi veya ölmesi konuları tartışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra suçun hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuruna ilişkin bilgiler verilmiş ve suçun özel görünüş şekillerine ilişkin incelemelere geçilmiştir. Bu başlık altında teşebbüs, iştirak ve içtimaya ilişkin açıklamalar yapılmıştır. En son bölümde suçun muhakemesine ilişkin bilgilere yer verilmiş, soruşturma-kovuşturma, görevli-yetkili mahkeme, yaptırım ve dava zamanlaşımı konuları açıklanmaya çalışılmış ve çalışmanın bir nevi özeti olan sonuç bölümüyle çalışmamız sonlandırılmıştır.

⁸ **Schöch**, Heinz, “Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması”, Çeviren: Nur Centel, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1, Yıl: 1999, Erzincan 1999, s. 3.

I. GENEL OLARAK

Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılacaktır. Aslında bu madde, 102. maddedeki cinsel saldırı fiillerinin çocuklar için yeniden düzenlenmiş halidir. Kanun koyucu yetişkinler için cinsel saldırı ifadesini kullanırken, çocuklar için cinsel istismar deyimini tercih etmiştir. Kanun koyucu çocukların yaptıkları davranışın mahiyetini bilemeyeceklerini kabul etmiş ve bu tarz ilişkilerde çocukların kullanıldığını düşündüğü için bu terimi uygun görmüştür. Fail, mağdur çocuk üzerinde bilgi, görgü, yaş, konum itibariyle sahip olduğu otoriteyi kullanarak da bu fiili işleyebilmekte yani mağdur çocuğu istismar etmektedir⁹. Ayrıca mağdur çocuk yaşı ve yapısı itibariyle cinsel saldırı fiillerine karşı koyamayacak durumdadır. Bu yüzden çocuklara karşı işlenen cinsel davranışlar istismar oluşturur¹⁰. Kullanılan bu ifade gerek uluslar arası terminolojinin yansıtılması bakımından gerekse bu suçların çocuklara karşı daha kolay işlenebilir olması açısından doktrinde çoğunlukla olumlu kabul edilmiştir¹¹. Kanımızca da bu ifadenin kullanılması yerindedir. Buna karşın bir suçun adının mağdura göre değişmeyeceğini, ayrıca çocuk istismarının birden fazla türü olduğunu, bu türleri bir yana bırakıp sadece cinsel yönden olanı incelemenin doğru olmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır¹².

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlerken, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma,

⁹ **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2006, s. 182.

¹⁰ **Sözüer**, Adem, Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, in: **Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil, Kasım 2004, s. 346.

¹¹ **Yokuş Sevük**, Handan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet, Y:2, S:5, Nisan 2005, (Cinsel İstismar), (Av. M. Haldun Karacabey'e Armağan), s. 281; **Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, A. Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, (5237 Sayılı...), s. 166; **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s. 244; **Artuç**, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 638; **Malkoç**, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, , Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, (Cinsel Saldırı), s. 122; **Gündüz**, Remzi/**Gültaş**, Veysel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), Bilge, Ekim 2008, s. 49.

¹² **Yalçın Sancar**, Türkan, "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu", Güncel Hukuk, Nisan 2008/4-52, s. 14.

sarkıntılık kavramlarını terk etmiş, bu kavramların yerine cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirmiştir. Bu değişikliğin sebebinin iffet, ırz gibi kavramların soyut, dönemden döneme değişebilen, rölatif, değişken kavramlar olduğu, bu sebeple daha somut, insanın beden bütünlüğüne yönelen fiilleri ifade eden kavramlar kullanmanın daha doğru olduğu ifade edilmiştir¹³. Yine “ırz” kavramının değiştirilmesinin isabetli olduğu, zira bu kavramın temelde ataerkil bir yaklaşımı ifade ettiği, kadının ırzı ve namusunun toplumsal bir mal, erkeğin bir malı olarak ele alındığı, yeni düzenlemelerle bu anlayışın değiştiği ve erkek, kadın her iki cinsin de hem fail hem mağdur olabileceği de ileri sürülmüştür¹⁴. Ancak doktrinde ırza geçme, ırza tasaddi gibi kavramların soyut olmadığı, aksine çok uzun yıllardır yabancı ceza kanunlarında da aynı terimlerin değiştirilmeden kullanıldığı, zira yeni kavramlar tanımlanırken de eski kavramların kullanılmasının zorunlu olduğu, bu bakımdan yapılan kavram değişikliğinin gerekli olmadığı eleştirisi de dile getirilmiş ve cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin İspanyol Ceza Kanunu’ndan alındığı ileri sürülmüştür¹⁵. Ayrıca kavramları değiştirmenin sağlıklı bir yol olmadığı, yeni bir kavramın ülkede yerleşmesi için en az elli yıllık bir deneyime ihtiyaç olduğu, mahkemelerin ve Yargıtay’ın içtihatları ile uygulamanın yeniden şekillenmesi gerektiği, bu arada suç ve ceza siyaseti yönünden kaybedilen zamanın ağır olacağı da eleştiriler arasında yerini almaktadır¹⁶. Bununla birlikte doktrinde ırza geçme ve tasaddi gibi kavramların yerine yeni kavramların kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun düşeceğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır¹⁷.

¹³ **Eraslan**, Orhan, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, s. 140; Benzer yönde bkz. **Kılıç**, Abbas, “Ahlak Perdesine Yansıyan Kadın ve Şiddet”, Güncel Hukuk, Aralık 2008/12-60, s. 34; **Aydın**, s. 157.

¹⁴ **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, 2005, (Yeni TCK), s. 379; **Aydın**, s. 162; **Gündüz/Gültaş**, s. 10.

¹⁵ **Artuk**, Mehmet Emin, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, s. 151; **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004, s. 351.

¹⁶ **Tezcan**, Durmuş, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, s. 158.

¹⁷ **Mahmutoğlu**, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004, s. 358.

İstismar kelime anlamı olarak sömürme, kötüye kullanma, yararlanma demektir¹⁸. Cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiği ise kanunun 103. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde, mağdurun yaşı esas alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre cinsel istismar deyiminden;

- Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

- Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılacaktır.

Kanunun yaptığı bu tanımlamaya rağmen öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü gibi cinsel davranış ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir¹⁹. Bununla beraber vücut dokunulmazlığının ihlali, vücuda organ veya cisim sokmak, cinsel istismar gibi ifadeler de muğlâk oldukları, içeriklerinin nasıl doldurulacağı yasa koyucu tarafından belirlenmediği ve bu sebeple de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturdukları için benzer eleştirilere maruz kalmışlardır²⁰. Ancak bu konuya ilişkin açıklamalara maddi unsurlar incelenirken yer verilecektir.

103. maddenin 1. fıkrasında suçun temel şekline yer verilmişken 2. ve devam eden fıkralarda suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirilmesi, çocukla arasında belli derecede akrabalık ilişkisi bulunanlar tarafından gerçekleştirilmesi veya çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı tarafından gerçekleştirilmesi halleri nitelikli istismar kabul edilmiştir. Bununla birlikte istismarın çocuğa sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan ya da hizmet ilişkisinin

¹⁸ **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2005, s. 587; **Şafak**, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Selim Kitabevi, Ankara 2002, s. 230; **Şener**, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 378.

¹⁹ **Öztürk**, Bahri, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, s. 143, 144; **Artuk**, s. 151; **Yarsuvat**, Duygun ve diğerleri, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004, s. 308; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 283.

²⁰ **Öztürk**, s. 143, 144.

sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halleri de nitelikli cinsel istismardır. Yine kanun, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen cinsel istismarı da nitelikli istismar olarak nitelendirmiştir. Kanunda iki durumda suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşeceği belirtilmiştir. Bu durumlar, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması veya suçun, mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölmesine neden olmasıdır. Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır²¹.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçla Korunan Hukuki Değer- Suçun Hukuki Konusu

Bilindiği üzere 765 Sayılı eski TCK'da cinsel suçlar, “genel ahlak ve aile düzenine karşı suçlar” kısmında düzenlenmiştir. Bu bakımdan suçla korunan hukuki

²¹ 765 Sayılı Eski TCK'da ise inceleyeceğimiz fiiller 414 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre 414. maddenin 1. fıkrasında 15 yaşından küçüklerin ırzına geçilmesi, 2. fıkrasında eylemin cebir, şiddet, tehdit vs. kullanılarak işlenmesi düzenlenmiştir. 415. maddede 15 yaşından küçüklerle karşı işlenen ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmaktadır. 416. maddenin 1. fıkrasında 15 yaşını bitirmiş olanların cebir, şiddet, tehdit vs. kullanılarak ırzına geçilmesi, 2. fıkrasında ise bu yaş grubundakilere karşı ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmıştır. 416. maddenin son fıkrasında ise reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişkiye girenlere ilişkin düzenleme yer almaktadır. 417. maddede, 414, 415, 416. maddelerdeki fiillerin birden ziyade kimseler tarafından veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna dışarı olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halinde cezanın arttırılacağına ilişkin hüküm mevcuttur. Son olarak 418. maddenin 1. fıkrasında, 414, 415, 416. maddelerdeki fiillerin mağdurun ölümüne sebep olması hali, 2. fıkrasında ise bu fiil ve hareketlerin bir mazarın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya malûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olması hali hüküm altına alınmıştır.

değerin genel ahlak ve aile düzeni olduğu savunulmuştur²². Ancak 5237 Sayılı yeni TCK'da cinsel suçlar, kişilere karşı suçlar bölümünde, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme, artık anlayışın değiştiğinin ve cinsel suçlarla korunan hukuki yararın kişinin cinsel tercihini serbestçe belirlemesi olduğunun benimsendiğinin göstergesidir. Böylelikle cinsel suçlarla korunan hukuki yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı yasal bir zemine kavuşturulmuştur²³. O halde cinsel suçlar bakımından artık mağdurun cinsel şerefi ya da manevi bütünlüğünün değil, cinsel içerikli bir davranış gerçekleştirme konusundaki irade özgürlüğünün korunduğu söylenebilir²⁴. Bu bağlamda cinsel özgürlüğün iki önemli sonucu vardır. Birincisi herkesin cinsel özgürlüğünü ve bu özgürlüğünü kullandığı cinsel hayatını istediği gibi yaşayabilmesidir. İkincisi ise her bireyin başkalarının cinsel özgürlüğüne ve cinsel yaşamına saygılı olması ve bu kapsamda başkalarının cinsel dokunulmazlığının olduğunu kabul etmesidir²⁵.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki değer ise birden fazladır. Çocuklara yönelik cinsel davranışları istismar olarak niteleyen ve yetişkinlere oranla daha ağır yaptırımlar öngören kanun koyucu çocuğun yararını, cinsel

²² **Nuhoğlu**, Ayşe, “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Şan Ofset, İstanbul 2004, s. 610. (Yazar çalışmasında 2002 Tasarısına ilişkin inceleme yaptığı ve 2002 Tasarısında cinsel suçlar “Topluma Karşı Suçlar” bölümünde düzenlendiği için bu hususu eleştirmiş ve bu suçların kişilere karşı suçlar kısmında cinsel özgürlüğe karşı suçlar bölümü başlığı altında düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür., s. 613). Aynı yönde bkz. **Centel**, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 61, 62.

²³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 219; Benzer yönde bkz. **Yurtcan**, Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2. Bası, Kazancı, 2006, (TCK), s. 207. (Yurtcan bölümün başlığının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar değil cinsel özgürlüğe karşı suçlar olması gerektiğini ileri sürmektedir); **Özgenç**, İzzet, “Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı”, HPD, S: 2, Sonbahar 2004, s. 109, 110; **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Nihat, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt 2, Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008, s. 611; **Yokuş Seviük**, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, Sayı: 57, Yıl:2005, (Cinsel Saldırı), s. 243; **Kılıç**, s. 34; **Gündüz/Gültaş**, s. 9.

²⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 219; **Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 57; **Ünver**, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, Nisan 2008, s. 295; **Parlar**, Ali/ **Hatipoğlu**, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin, Ankara 2008, s. 1648; **Önder**, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 464.(Önder eski TCK döneminde de korunan hukuki yararın kişilerin cinsel hayatlarını istedikleri gibi yönlendirme hürriyeti olduğunu ileri sürmüştür). Aynı yönde bkz. **Bakıcı**, Sedat, Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet, Ankara 1994, s. 1.

²⁵ **Şen**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 376.

dokunulmazlığını ve ruh ve beden bütünlüğünü korumayı amaçlamıştır²⁶. Bu suçla çocukların cinsel yönden istismar edilmeme özgürlükleri, hakları korunmaktadır²⁷. Yine doktrinde ileri sürüldüğü üzere bu suçla çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla cinsel gelişiminin korunması amacı güdülmüştür²⁸. Kanun koyucu çocuğun rızasına itibar etmeyerek cinsel davranışlara muhatap kılınmaması için çocuğu hem dışarıya hem kendisine karşı korumuştur²⁹. Zira mağdur çocuk yaş veya bulunduğu durum itibariyle kendisine karşı gerçekleştirilen davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi çoğunlukla anlayabilecek durumda değildir³⁰. Bu bakımdan kanun koyucu, gerek çocuğun idrak kabiliyetinin henüz yeterince gelişmemiş olmasından ve gerekse istismara açık bulunmasından kaynaklanan sebeplerle, cinsel özgürlüğün kullanılmasında mağdur çocuğun rızasını dikkate almamıştır³¹.

Bu suçun hukuki konusunun çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğü olduğu ileri sürülmüşse³² de kanımızca bu suçun hukuki konusu sadece çocuğun vücududur. Çünkü çocuğun cinsel bütünlüğü suçun konusu değil, suçla korunan değerdir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6. maddesine göre çocuk deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır.

B. Fail

Bu suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir. Gerekece de belirtildiği gibi faille mağdur farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir. Kanun metninde bir kısıtlama getirilmediği ve madde gerekçesinde bir açıklama da olmadığı için bu suçun faili ceza hukuku anlamında çocuk olarak kabul edilen bir kişi de olabilir³³.

²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 166; Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 282; Yenidünya, A. Caner, "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Legal Hukuk Dergisi, Y: 2005, C: 3, S: 33, Eylül 2005, s. 3302; Artuç, s. 639.

²⁷ Özbek/Kanbur, s. 627.

²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 244.

²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 166; Yenidünya, s. 3302.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 244; Özbek/Kanbur, s. 627.

³¹ Şen, s. 376.

³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 168; Toroslu, s. 64; Artuç, s. 646; Meran, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008, s. 345; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1649; Gündüz /Gültaş, s. 54.

³³ Özbek/Kanbur, s. 627.

Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi, kanunda cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak belirlenmiştir.

Eski TCK döneminde bu tip suçların failinin yalnızca erkek olabileceği öğretisi ve Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi. Çünkü bu gün nitelikli cinsel istismar olarak adlandırdığımız suç tipi, o dönemde ırza geçme olarak değerlendiriliyordu ve ırza geçme de “aktif failin cinsel organının, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması”, şeklinde tanımlanmaktaydı³⁴. Bir başka tanıma göre ise ırza geçme “bir erkeğin cebren bir insan üzerinde tabii veya gayri tabii şekilde cinsi münasebette bulunmasıdır”³⁵. Görüldüğü üzere bu tanımlara göre kadının bu suçun faili olmasının olanağı bulunmamaktadır. Yine tanım cinsel organı esas aldığı için mağdurun vücuduna cinsel organın dışında bir organ veya cisim sokulması cinsel ilişki kapsamında değerlendirilememektedir. Kadının bu suçun faili olamayacağı kabulü eski TCK döneminde suçun koruduğu hukuki yararın cinsel özgürlük olduğu ve kadının cinsel özgürlüğü gibi erkeğin de cinsel özgürlüğünün korunmaya değer olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiş ve suçun, kadının da fail olabilecek şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁶. Nitekim yeni TCK döneminde getirilen kavram değişiklikleriyle ve suç failinin erkek kadın herkes olabileceğinin kabulüyle bu tartışmalar ortadan kaldırılmıştır.

³⁴ **Dönmezer**, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 47, 48; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 170; **Ünver**, s. 304; **Yenidünya**, s. 3305; **Bakıcı**, s. 9; **Özbek/Kanbur**, s. 638; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 297; **Nuhoğlu**, s. 615; **Malkoç**, İsmail, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, (Genel Adap), s. 1; **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Yetkin, Ankara 2002, (TCK), s. 3163; **Savaş**, Vural/**Mollamahmutoğlu**, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, III. Cilt, Seçkin, Ankara 1999, s. 3830.

³⁵ **Önder**, s. 444; **Malkoç**, İsmail/**Güler**, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Adil Yayınevi, Ankara, s. 3150.

³⁶ **Nuhoğlu**, s. 615.

Irza tasaddi suçu bakımından ise erkek, kadın herkesin fail olması mümkündür. Çünkü irza tasaddi “mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren shevi davranışlar”³⁷, olarak tanımlanıyordu³⁸. Bu bakımdan cinsiyet ayırımına gidilmeksizin herkes fail olabiliyordu.

C. Mağdur

Bu suçun mağduru çocuklardır. Mağdurun yaşayan bir insan olması gerekir. Ölümlere yönelik olarak işlenen bu fiiller bu suçu değil³⁹, ölümlere saygı duygusuna aykırılık suçunu oluşturur. Yine hayvanlara yönelik saldırılar, bu suçu oluşturmayıp⁴⁰, Hayvanları Koruma Kanunu’na aykırılık meydana getirir⁴¹.

Her ne kadar genel hükümlerde onsekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk sayılacağı belirtilmişse de bu suç tipi bakımından kanun koyucu, mağdurun yaşını esas alarak üçlü bir ayrıma gitmiştir. Buna göre mağdur çocuk 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemişse, bu çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar sayılacaktır. Ancak çocuk 15 yaşını tamamlamış ise cinsel davranışların istismar olarak nitelendirilebilmesi için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bu araçlar olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar istismar kapsamında değerlendirilemeyecektir. Görüldüğü üzere kanun koyucu 15 yaş altındaki çocukların hiçbir şekilde rızaen hareket edebileceklerini kabul etmemiş, bir başka ifade ile rızalarını yok saymıştır. 15 yaşını tamamlamış ve algılama yetenekleri gelişmiş çocukların ise rızalarına kısmen değer atfetmiştir⁴². Bunun sebebi bu yaş grubundaki çocukların cinsel eğilimlerinin karışık ve karmaşık olması ve cinsel hayatın gelişmesi

³⁷ Y.CGK., E. 1990/5, K. 1990/101-156, T. 04. 06. 1990, (Nuhoğlu, s. 622, d.n. 68).

³⁸ Nuhoğlu, s. 622; Can, s. 516.

³⁹ Dönmezer, s. 53; Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt II, Seçkin, Ankara 1993, (TCK Şerhi), s. 1846; Malkoç/Güler, s. 3152; Bakıcı, s. 5; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 3835.

⁴⁰ Erem, (TCK Şerhi), s. 1846; Bakıcı, s. 5; Malkoç, (TCK), s. 3168.

⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 221, 222; Özbek/Kanbur, s. 613; Artuç, s. 640.

⁴² Tezcan/Erdem/Önok, s. 245; Çolak, Haluk, Güncel Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, Temmuz 2005, s. 250; Yalçın Sancar, s. 14. Ancak bu guruptaki çocuklar açısından başka suçlar söz konusu olabilmektedir. Bu konuyla ilgili açıklamalar ileride hukuka aykırılık unsuru anlatılırken yapılacaktır.

dönemine rastlayan bu çağlarda cinsel içgüdülerin güçlü oluşu sebebiyle küçüklerin cinsel temas ve ilişkilere karşı zayıf bulunmaları ve tabii vücutlarını gerektiği şekilde tasarruf etmelerini sağlayan fikri bir olgunluğa sahip bulunmamalarıdır⁴³.

Doktrinde kanunun mağdur çocukları 15 yaş ve 15-18 yaş olarak tasnif etmesinin, çocuğu koruma amacı göz önüne alındığında, bu amacı her zaman gerçekleştirmediği ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre cinsel istismar suçunun mağduru olmaları bakımından 10 yaşında bir çocuk ile 12 yaşında bir çocuk arasında fark bulunmaktadır. Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun değerlendirmesine göre de cinsel istismara uğrayan çocuklar ancak 11 yaşın bitiminden ve 12 yaştan gün almalarından sonra mağduru buldukları olayın ahlaki kötülüğünü idrak ve mukavemete muktedir olabilirler⁴⁴. Bu bakımdan mağdur çocuklar hakkındaki yaş kategorizasyonu cezai ehliyeteki yaş gruplarına uygun olmalıdır. Başka bir ifade ile çocukların bir suçun faili olmaları bakımından nasıl bir sistem öngörülmüş ise, cinsel istismar suçunun mağduru olmaları bakımından da öyle bir sistem öngörülmelidir. 15 yaşın altındaki tüm çocukları eylemin ağırlığı bakımından aynı biçimde değerlendirmek doğru değildir. Bu faili değil, mağduru koruyacak bir sistemdir⁴⁵. Hatta doktrinde belirli bir yaş sınırı tespit etmek yerine, mağdurun bünyesi, sıhhati, yetiştiği ortam, sosyal durumu, iklim ve yaşadığı bölgenin özelliklerinin dikkate alınarak, fiilin kötülüğünü bilecek ve ruhsal yönden karşı koyabilecek güçte bulunup bulunmadığının gerektiğinde tıbbi tespit de yaptırılarak her somut olayda hâkim tarafından belirlenmesinin daha uygun olacağı da ileri sürülmüştür⁴⁶.

Çocuğun 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olmasının ne anlam ifade ettiğini açıklamak gerekmektedir. Doktrinde, yasanın “hukuki anlamı algılamadan” söz etmiş olması eleştirilmiştir. Çünkü bu düşünceye göre çocuk fiilin hukuki anlamını

⁴³ **Dönmezer**, s. 68; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 3910.

⁴⁴ **Y. 5. CD., E. 1993/1668, K. 1993/1965, T. 5. 5. 1993**, (**Taşdemir**, Kubilay/**Özkepir**, Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adil, Ankara 2000, s. 916). **Önder**, s. 457, 458; **Otaç**, Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara 2000, s. 23.

⁴⁵ **Yalçın Sancar**, s. 14; Benzer yönde **Aydın**, s.160. (Aydın bu konuda yaş ölçütü ve fiilin hukuki sonuçlarını anlama ölçütü ile beraber cinsel olgunluğa ulaşma ölçütünün de kullanılmasının doğru olacağı kanaatindedir).

⁴⁶ **Bakıcı**, s. 27; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 21.

algılamaz, fiilin cinsel nitelikte olduğunu veya cinsel amaçla yapıldığını algılayabilir veya yetenek eksikliği nedeniyle algılayamaz⁴⁷. Bu bakımdan mağdurun kendisine karşı yapılan cinsel içerikli bir davranışın anlamını ve sonucunu algılayabilmesi yeterli sayılmalıdır⁴⁸.

Yeni TCK'da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ortadan kaldıran veya azaltan nedenler yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sağır ve dilsizlik olarak belirtilmiştir. Ancak yaş küçüklüğünün cinsel istismar suçu bakımından algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen neden olarak kabul edilmesinden söz edilemez. Çünkü kanun zaten 15 yaşından küçük çocukların algılama yeteneğinin gelişmediğini aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan mağdurun algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen nedenlerin akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik olduğu kabul edilebilir⁴⁹. Başka bir yazara göre mağdurun akıl zayıflığı, bilgi ya da görgü geriliği veya zekâsal gelişim düzeyinin eksik kalması gibi durumlar algılama yeteneğinin gelişmemiş olması hallerine örnek olabilir⁵⁰. Burada mağdurun algılama yeteneğinden kastedilen yapılan fiilin tam anlamıyla hukuksal olarak ne anlam ifade ettiğini, ne gibi bir hukuki normla karşılandığını bilmesi değildir. Fail tarafından mağdura yöneltilen cinsel nitelikli davranışın vücudu üzerinde ne önem arz ettiğini bilmesi yeterlidir. Aksi takdirde mağdura, fiilin hukuki niteliğini ve sonuçlarını bilmesi gibi bir yükümlülük yüklenmiş bulunacaktır⁵¹. Başka bir ifade ile buradaki algılama yeteneği, kusurluluğun unsurlarından olan bilme ve isteme yeteneğinin mağdur bakımından oluşup oluşmadığının araştırılması ve çocuğun idrak kabiliyetine sahip olarak hareket edip etmediğinin tespit edilmesi olarak anlaşılmalıdır⁵².

Kanunun yaş grupları bakımından böyle ayrımlar öngördüğü bu suç tipinde mağdurun gerçek yaşının tespit edilmesi oldukça önemlidir. Bunun için mahkeme

⁴⁷ **Yurtcan**, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı, Kasım 2004, s. 218; **Yurtcan**, (TCK), s. 212.

⁴⁸ **Şen**, s. 402.

⁴⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 245; **Artuç**, s. 644; **Meran**, s. 347.

⁵⁰ **Soyaslan**, s. 183; **Özbek/Kanbur**, s. 628.

⁵¹ **Özbek/Kanbur**, s.628.

⁵² **Artuç**, s.644.

mağdurun nüfus kayıt örneğini çıkarttırmalı⁵³, yaşını ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğini iyi araştırmalıdır⁵⁴. Mağdurun algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği ve algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılarak fail tarafından aldatılmış olup olmadığının araştırılması Adli Tıp Kurumu tarafından yapılmalıdır⁵⁵. Ancak kanunun düzenlemesi gereği, mağdur 15 yaşından küçük ise algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi kanun zaten bu yaş grubundaki çocukların algılama yeteneğinin gelişmediğini aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul etmiştir. Ancak mağdur çocuk 15 yaşından büyükse, mahkeme, algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğini her durumda mı araştırmak zorundadır, yoksa sadece bu yönde bir itiraz varsa mı bu husus irdelenmelidir? Kanımızca, mahkeme yargılama sırasında kendiliğinden gerek görürse veya Cumhuriyet savcısı veya sanıktan bu yönde bir itiraz gelirse mağduru adli tıpa sevk ederek algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğine ilişkin rapor aldırmalıdır. Bu yönde bir itiraz yoksa veya mahkeme mağdurun algılama yeteneğinin geliştiğine açıkça kanaat getiriyorsa bu hususun tekrar adli tıp marifetiyle araştırılmasına gerek yoktur⁵⁶. Ancak doktrinde çocukta idrak kabiliyetinin gelişip gelişmediğinin karar makamı tarafından talebe bağlı olmaksızın re'sen araştırılması ve tıbbi incelemelerin yaptırılması gerektiği de ileri sürülmüştür⁵⁷. Doktrinde failin yaşının da tıpkı mağdurun yaşı gibi incelenmesi, bunun için faile ait nüfus kaydının getirilmesi ve şüpheli bir durum varsa failin de

⁵³ “Suçun niteliğine etkisi bakımından mağdurun nüfus idaresinden onaylı nüfus kayıt örneğinin getirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi”, **Y.5. C.D., E. 2007/13595, K. 2007/1963, T. 15. 03. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1664); Arslan, Çetin/ Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım, Kasım 2004, s. 468.**

⁵⁴ **Baytemir, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Kasım 2007, s. 326; Erol, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005, s. 519; Artuç, s. 644.**

⁵⁵ “24. 07. 1991 doğumlu olduğundan 22. 08. 2006 suç tarihinde 15 yaş 28 günlük olan mağdur Y. Ç'nin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan olup olmadığının uzman hekim raporu ile saptanıp sonucuna göre 5237 Sayılı Yasa'nın 103. maddesinin hangi bendindeki çocuklardan sayılacağı kesin olarak belirlenmesi yerine, mağdurun sanığa karşı “sen homoseksüel misin?” şeklindeki sorusundan onun algılama yeteneğinin geliştiği sonucunun çıkarılması suretiyle eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2007/3130, K. 2007/3652, T. 15. 5. 2007, (Meran, s. 348); “.....mağdurenin Adli Tıp genel Kuruluna sevkî sağlanarak raporlar arasındaki çelişki giderilip küçük mağdurenin akıl hastalığı sebebiyle suç tarihinde maruz kaldığı fiilin ahlaki redaeti idrak edip edemeyeceği, mukavemete muktedir olup olmadığı ve durumun hekim olmayanlar tarafından anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarının kuşkuya yer vermeyecek şekilde bilimsel olarak saptanması...”, Y.5. C.D., E. 2007/12751, K. 2007/3944, T. 24. 05. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1660).**

⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Artuç, s. 644.**

⁵⁷ **Şen, s. 396.**

gerçek yaşının tespiti için ilgili araştırmaların yapılması gerektiği de ileri sürülmüřtür⁵⁸.

Mağdurun yaşı konusunda tereddütlü bir durum var ise örneğin mağdur nüfusa kayıtlı değilse veya nüfus yaşı ile dış görünüşü birbirine uygun değilse, öncelikle mağdurun yaşı belirlenmeli ve daha sonra da nüfusa tescili sađlanmalıdır⁵⁹. Mağdurun nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı ileri sürülmüşse veya mahkeme bunu resen gözlerse, mahkeme Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218. maddesine dayanarak ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözer ve hükmünü buna göre verir. İddianamenin kabulünden sonra mağdurun yaşının düzeltilmesi için asliye hukuk mahkemesinde dava açılmaz. Açılmışsa asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekir. Ancak iddianame kabul edilmeden önce asliye hukuk mahkemesinde dava açılıp sonuçlanmışsa ve mağdurun yaşı adli tıp tarafından kesin olarak belirlenmişse ve iki tespit arasında sanık aleyhine bir çelişki mevcutsa maddi gerçeği tespit eden adli tıp raporuna göre uygulama yapılması gerektiği ve şekli gerçeği tespit eden mahkeme kararına dayanılarak uygulama yapılamayacağı kabul edilmektedir. Bu durum resmi kurumda doğan mağdur ve failer için de geçerlidir⁶⁰. Mağdurun daha önceden yaşı mahkeme kararıyla düzeltilmişse yeniden düzeltme mümkün olmamasına rağmen mahkeme, mağdurun gerçek yaşını adli tıp marifetiyle belirleyerek nüfus kaydını düzeltmeden de doğru uygulama yapabilir⁶¹. Failin "mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi" veya "mağdur 15/18 yaşından büyük göstermektedir" gibi beyanları yaşa itiraz niteliğindedir⁶². Mahkeme suç tarihinde

⁵⁸ **Baytemir**, Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, Adil, Ankara 2002, (Genel Adap), s. 4.

⁵⁹ "Suçun oluşumuna ve niteliğini belirlemeye etkisi bakımından resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurenin yaşı hususunda Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu'ndan rapor alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, oluşumunda radyoloji uzmanı bulunmayan Uşak Devlet Hastanesi sağlık kurulunun raporu ile yetinilerek eksik soruşturma ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". **Y. 5. CD. E. 2007/3453, K. 2007/4063, T. 28. 5. 2007**, (Meran, s. 346); **Önder**, s. 447; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 8; **Erol**, s. 519.

⁶⁰ **Malkoç**, (Genel Adap), s. 11; **Malkoç**, (TCK), s. 3168.

⁶¹ **Malkoç**, (Genel Adap), s. 11; **Artuç**, s. 645.

⁶² "Sanık ve müdafii tarafından verilen tarihsiz dilekçe ve duruşmada 'mağdure 18 yaşından büyük görünmektedir, İşe girerken 1982 doğumlu olduğuna dair sağlık karnesine rastlanmıştır', şeklindeki beyanları ile mağdurenin yaşına itiraz etmiş olmasına ve mağdurenin 18 yaşını bitirmesine iki ay gibi az bir süre kalmış bulunmasına göre, suçların oluşmasına etkisi bakımından mağdurenin doğum tutanağının getirtilip resmi bir sağlık kuruluşunda doğmamış olmasının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafilerinin çektilererek sağlık

mağdur çocuğun kaç yaşında olduğunu tespit etmek için çocuğu tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevk etmeli, çocuğun kemik film ve grafileri çektilirmeli, röntgen uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu aldırmalı, tereddüt halinde de adli tıptan görüş istenerek mağdur çocuğun gerçek yaşı belirlenmeli ve failin sorumluluğu buna göre tespit edilmelidir⁶³.

Mağdurun doğduğu yıl belli ancak ay ve günü belli değılse, Nüfus Kanunu'nun 59. maddesini dayanak olarak alan Yargıtay mağdurun o yılın 1 Temmuz günü doğduğunu kabul etmektedir⁶⁴.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde daha erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmıştır. Bu maddenin düzenlemesi karşısında kişi daha önceden evlenmeyle veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa bile bu suçun mağduru olması bakımından çocuk sayılacaktır. O halde bu tip kişilere karşı (diğer kişiler tarafından) gerçekleştirilen fiiller cinsel istismar olarak kabul edilecektir⁶⁵. Ancak evlenmeyle ergin kılınan mağdurlara eşleri tarafından bu tip fiiller işlendiğinde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada irdelenmesi gereken konu cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceğidir. Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesinde 17 yaşındaki

kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan da görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik tahkikatla mağdurenin babasının' kızım hastanede doğdu' şeklindeki beyanı ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması", **Y. 5. CD. E. 2004/3206, K. 2004/2943, T. 14. 4. 2004 (Erol, s. 522)**; " Sanığın tüm aşamalarda mağdurenin reşit olduğuna ilişkin iddiaları karşısında, mağdurenin yaşının rızazen alıkoyma ve rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçlarının oluşumuna etkili olacağı nazara alınarak, doğum tutanağından resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurun yaş tespitine esas olacak kemik grafilerinin çektilirerek suç tarihinde kaç yaşında olduğu hususunda sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması", **Y. 5. CD. E. 2001/6629, K. 2001/3271, T. 14. 5. 2001, (Gündüz /Gültaş, s.101)**.

⁶³ **Bakıcı**, s. 6; **Yokuş Seviük**, (Cinsel İstismar), s. 284; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 7; **Erol**, s. 519.

⁶⁴ **Önder**, s. 447; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 222.

⁶⁵ **Bakıcı**, s. 5, (Eski TCK m. 414/1); **Otaçı**, s. 24, **Artuç**, s. 640; Karşı görüş için bkz. **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 124. "...15 yaşını bitirmeyen bir kişi ancak Medeni Kanun'un 88. maddesine göre hâkim izni ile evlenebilir. Bu nedenle kocanın (evlenme) izni verilen bu küçükle cinsel birleşmeleri suç teşkil etmeyip, kocadan ayrı kişilerin mağdura karşı işledikleri ırza geçme eylemleri, TCK'nın 414/1. (YTCK m. 103/2) maddesindeki suçu oluşturur...", **Y. 5. CD., E. 1980/1768, K. 1980/2264, T. 24. 06. 1980, (Önder, s. 463)**.

çocuklar için evlenmeye izin verildiği, hatta olağanüstü durumlarda 16 yaşındaki çocuğun da evlenebileceği göz önüne alındığında doktrinde eşler arasında da bu suçun işlenebileceği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre bu suçun koruduğu hukuki değer cinsel özgürlük olduğu ve evlenmekle eş, diğer eşe cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılamayacağı için bu suç, eşler arasında da işlenebilir⁶⁶. Ayrıca TCK m. 102/2’de düzenlenen eşler arasında nitelikli cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halinde her türlü cinsel davranışın suç olarak kabul edilmesi gerekecektir. Oysa m. 102/2’de açıkça belirtildiği gibi fiilin ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokarak işlenmesi ve mağdurun şikâyeti bulunması halinde eşe karşı cinsel saldırı suçu söz konusu olabilecektir. 103. madde bakımından böyle bir ayrıma gidilmediğinden hem her türlü cinsel davranış suç sayılacak hem de suç resen kovuşturulacaktır⁶⁷. Tabi burada evli olan mağdur çocuk 15 yaşından büyük olduğu için cinsel istismar suçunun oluşabilmesi, cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Aksi halde kişinin rızası var sayılacağından bu suçun oluşması mümkün değildir. Öte yandan doktrinde, evlilik birliği içinde 18 yaşından küçük çocuklara karşı eşi tarafından gerçekleştirilen rızaya aykırı cinsel davranışların cinsel istismar suçunu değil cinsel saldırı suçunu oluşturacağı da ileri sürülmektedir⁶⁸.

Kanımızca fail eş tarafından diğer eşin rızasına aykırı olarak evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü kabul edilecek olursa yukarıda da açıkladığımız gibi basit cinsel saldırı niteliğindeki davranışlardan dolayı eşin cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü m. 102/2’de eşe karşı vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışların şikâyet üzerine cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak fiil vücuda organ veya sair cisim sokmak boyutuna ulaşmışsa cinsel saldırı olarak nitelendirilecek ve fail eşin cezalandırılması yoluna gidilebilecektir. Bu

⁶⁶ Eski TCK döneminde evlilik içi ırza geçme suç olarak öngörülmediğinden bu husus eleştiri konusu olmuş ve eşler arasında da bu suçun işlenebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konudaki görüşleri için bkz. **Centel**, s. 62, 63.

⁶⁷ **Tezcan/Ertem/Önok**, s. 245, 246; **Artuç**, s. 641.

⁶⁸ **Soyaslan**, s. 182; **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 124, 137; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 420.(Malkoç’a göre çocuklar ister mahkeme kararı ile ister evlenme ile ergin kılınsın bu suçun değil cinsel saldırı suçunun mağduru olabilir); **Gündüz /Gültaş**, s. 53.

durumda ise Çocuk Koruma Kanunu'ndaki erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk olarak değerlendirileceği hükmüne aykırı hareket edilmiş olacaktır. Çünkü mağdur evlilik içinde olduğundan ona karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar (vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilse) cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilecektir. Eğer evlilik içinde olmasaydı suç cinsel istismar olarak değerlendirilecekti.

Cinsel istismar suçunun oluşacağının kabul edilmesi halinde ise basit cinsel istismar niteliğindeki fiillerden bile eşin cezalandırılması gerekecek ve suç şikâyete tabi olmaktan çıkıp resen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir hale gelecektir. Mağdur eşin daha sonradan eşini affederek şikâyetinden vazgeçmesi ise suç resen kovuşturulabilir olduğundan fail eş için bir sonuç doğurmayacaktır. Ülkemizde küçük yaşta gerçekleştirilen evliliklerin sıklığı göz önüne alındığında böyle bir sonucun ne derece adil olabileceği tartışmaya açıktır.

D. Fil

1. Hareket- Netice

Bu suçun hareket kısmını çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi oluşturur. Çocuğun cinsel istismarı doktrinde “çocuk ve erişkin arasındaki temas ve ilişkinin, o erişkinin veya başka birinin seksüel stimülasyonu (seksüel ilgi ve coşkuyu arttırmak) için kullanılması”, olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Daha yalın bir tanımla çocuğun cinsel istismarı, yetişkin bir kimsenin çocuğu cinsel doyumuna için kötüye kullanmasıdır⁷⁰. Fail bu cinsel doyuma ulaşmak için çocuğu amaç veya araç olarak kullanabilir⁷¹. 5237 Sayılı TCK m. 103 ise daha önce de belirttiğimiz gibi, cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiğini çeşitli yaş gruplarına göre farklı tanımlamıştır. Buna göre 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama

⁶⁹ **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 283'den naklen **Çetin**, Gürsel, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s. 31; **Baştan**, s. 85.

⁷⁰ **Artuç**, s. 638'den naklen **Polat**, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Seçkin, Ankara 2007, s. 93 vd.

⁷¹ **Polat**, (Cinsel İstismar), s. 78.

yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış”, 15 yaşından büyük ve algılama yetenekleri gelişmiş çocuklara karşı ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen “cinsel davranışlar” cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Cinsel davranış deyimi ne anlam ifade etmektedir? Başka bir ifade ile bir davranışın cinsel davranış olarak nitelendirilmesi için failin saikinin cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik olması gerekir mi? Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesine göre cinsel saldırı suçunun temel şeklinin oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir. Gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez. Suçun nitelikli halinin oluşması için ise, temel şeklinin aksine, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere gerekçede de cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Suçun temel şeklinde, davranışın “cinsel” sayılması için failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesinin aranacağı belirtilmişken, nitelikli halinde böyle bir amaç olmaksızın gerçekleştirilen davranışların da suç kapsamından olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde ise bir davranışın cinsel nitelikte olup olmadığı belirlenirken failin cinsel saikinin değil⁷², dışa yansıyan davranışının cinsellikle ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre bir davranışın cinsel davranış sayılabilmesi için objektif olarak bu niteliği taşıması gerekir. Objektif olarak bu niteliği taşımayan davranışların mağdur tarafından öyle anlaşılması, davranışın cinsel olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Örneğin cinsel duyarlılığı aşırı gelişmiş bir fail için mağdurun ayakkabısını ellemek bile tahrik edici olabilir. Ancak bu davranış, objektif olarak cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden cinsel davranış sayılmamalıdır. O halde tıp, psikoloji hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileri ışığında, objektif olarak erojen, yani cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelenebilen davranışlar cinsel sayılmalı, bunun dışında failin özel cinsel

⁷² Cinsel davranış, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik erkeklik ve dişilikle ilgili davranış hareket olarak tanımlayan yazarlar da mevcuttur. Bkz. **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 469.

duyarlılığının yansıması olan davranışlar ise bu kapsamda görülmemelidir⁷³. Bu bağlamda da davranışın cinsel sayılıp sayılmayacağı belirlenirken faildeki saikin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur. İster cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla olsun, isterse başka bir amaçla olsun failin fiili objektif olarak cinsel nitelikte ise cinsel istismar suçunun oluşması için uygun hareketin yapıldığının kabulü gerekir. Suçun neticesi ise cinsel davranışlar sonucu çocuğun cinsel bütünlüğünün bozulmasıdır.

2. Cinsel İstismar- Cinsel Taciz İlişkisi

103. maddenin gerekçesine göre erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Başka bir ifade ile gerekçeye göre cinsel istismar suçu cinsel saldırı suçunun çocuklara karşı gerçekleştirilen şeklidir. Cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, cinsel saldırı suçunun maddi unsuru, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. O halde cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi şart olup, başka bir ifade ile failin mağdura bedensel teması zorunludur. Oysa kanun cinsel istismar suçunda vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ifadesine yer vermemiş, bununla birlikte belirtilen yaş grubuna karşı her türlü cinsel davranışın istismar olacağını belirtmiştir. Öyleyse fail tarafından gerçekleştirilen ve mağdur çocukla bedensel teması içermeyen cinsel içerikli davranışlar 103. maddenin 1. fıkrasındaki istismar suçunu mu, yoksa 105. maddedeki cinsel taciz suçunu mu oluşturacaktır?

Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Gerekçeye göre cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna varmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerdir. Mağdurun vücuduna temas etmeyen cinsel nitelikli hareketler cinsel taciz niteliğindedir ve istismar olarak kabul edilemez⁷⁴. Her iki suç için öngörülen cezalar

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 228, 229.

⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 167; Yenidünya, s. 3303; Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 292; Meran, s. 345, 347. (Meran, cinsel istismar suçunun oluşması için gerekli şartları

karşılaştırıldığında da bu sonuca varmak gerekir. Aksi takdirde çocuğun vücuduna temas ederek şehvi hareketlerde bulunan failin fiili ile, sadece cinsel amaçlı olarak söz atan bir failin fiilinin cinsel istismar olarak nitelendirilmesi halinde, uygulanacak ceza adaletsiz bir sonuca yol açacaktır⁷⁵. Aynı doğrultuda bir başka görüşe göre de vücut teması içermeyen cinsel nitelikli hareketler istismar değil cinsel taciz olarak nitelendirilmelidir, çünkü cinsel taciz suçunu düzenleyen 105. maddenin gerekçesine göre cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz eylemleri, cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemlere göre daha hafif niteliktedir. Bu bakımdan 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel taciz eylemleri m.103/1-a'ya göre değil m.105'e göre cezalandırılmalıdır. Aksi bir yorum cinsel taciz suçunun küçüklere karşı işlenemeyeceği anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Çünkü cinsel taciz suçunun mağduru kadın-erkek veya çocuk herkes olabilir, maddede çocuklar için bir ayrıma gidilmemiştir⁷⁶.

Aksi yöndeki bir başka görüşe göre ise kanun koyucu cinsel istismar suçunda cinsel davranışın gerçekleştirilmesini yeterli görmüş, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi bu davranışın aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlal etmesini aramamıştır. O halde m. 105 kapsamında cinsel taciz olarak nitelendirilen ve mağdurun vücuduna temas içermeyen cinsel içerikli davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun oluştuğunun kabulü gerekecek ve cinsel taciz niteliğindeki birçok davranışın cinsel istismar kapsamında ağır biçimde cezalandırılması sonucu doğacaktır⁷⁷.

Bir üçüncü görüş ise ikili bir ayırım yaparak konuyu incelemiştir. Bu görüşe göre 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından kanun her türlü cinsel davranışı istismar saymakta,

incelerken, cinsel içerikli fillerin mağdur çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirterek yukarıdaki görüşe iştirak etmektedir). Aynı yönde bkz. **Şen**, s. 395; **Ünver**, s. 313; **Gündüz /Gültaş**, s. 50, 51.

⁷⁵ **Yokuş Sevik**, (Cinsel İstismar), s. 292; **Ünver**, s. 313.

⁷⁶ **Ünver**, s. 313; **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s.124,125; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 420, 421; **Baytemir**, s. 330; Aynı yönde **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1650.

⁷⁷ **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 246,246; Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur**, s. 630.

bu kapsamda bu çocuklara karşı gerçekleştirilen ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlar da cinsel taciz değil cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Ancak 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından durum farklıdır. Bu yaş grubundaki çocuklar için cinsel istismar suçu, 102. maddede erişkinler için düzenlenen cinsel saldırı suçu ile aynı özellikleri taşımaktadır. Her iki maddede de cinsel davranışlar deyiminin kullanılması bunun kanıtıdır. Bu bakımdan bu çocuklar için cinsel istismar suçunun söz konusu olabilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlali, başka bir ifade ile cinsel davranışların mağdurun vücudu üzerinde gerçekleşmesi gerekir. Vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlar ise cinsel taciz suçunu oluşturacaktır⁷⁸.

Her ne kadar kanun koyucu 102. maddede vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışlardan, 103. maddede ise her türlü cinsel davranıştan söz etse de maddeler ve gerekçeleri birlikte yorumlandığında, aslında kanun koyucunun vücuda temas suretiyle gerçekleşen cinsel içerikli hareketleri cinsel saldırı veya küçüklere karşı işlendiğinde cinsel istismar, vücuda temas içermeyen cinsel içerikli hareketleri ise cinsel taciz kabul etme eğiliminde olduğunu görüyoruz. Çünkü 102. maddenin gerekçesine göre cinsel saldırı suçunun temel şekline ilişkin maddî unsur, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlardır. 103. maddenin gerekçesine göre ise erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. O halde kanun koyucu cinsel saldırı suçunun çocuklar bakımından karşılığının cinsel istismar suçu olduğunu ve maddeden çok açık anlaşılmasa da istismar suçunun oluşması için vücuda temasın gerekli bulunduğunu kabul etmektedir. Cinsel taciz suçunun düzenlendiği 105. maddenin gerekçesinde ise cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır. İki gerekçenin kıyası ile açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucuya göre vücut teması içeren cinsel davranışlar cinsel saldırı suçunu, temas içermeyenler ise cinsel taciz suçunu oluşturur. O halde cinsel istismar suçunda da aynı anlayışla hareket edildiğini kabul etmek gerekir. Kanun koyucu cinsel istismar suçunda “vücut

⁷⁸ Artuç, s. 648.

dokunulmazlığını ihlal eden” ifadesini kullanmayı gözden kaçırmıştır. Aksinin kabulü halinde cinsel taciz kapsamındaki eylemlerin de cinsel istismar olarak değerlendirilmesi gerekecek ve cinsel taciz suçunun çocuklar bakımından işlenmesi mümkün olmayacaktır. Hâlbuki 105. maddenin 2. fıkrasında; “Cinsel taciz fiilleri hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, verilecek ceza artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz”, düzenlemesi getirilerek bu suçun küçükler bakımından da söz konusu olabileceğine dolaylı olarak işaret edilmiştir. Ancak yine de maddede açık açık bu fiillerin çocuklar hakkında işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmemesi bir eksikliktir. Fakat kanımızca cinsel istismar suçunda vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesini aramamak gerekir. Failin bir üçüncü kişi vasıtasıyla çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi veya mağdur çocuğu kendi kendine cinsel davranışlarda bulunmaya zorlaması veya mağdur çocuğu cinsel organını açmaya zorlayarak karşısında kendi kendini tatmin etmesi durumlarında da mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edildiğini ve cinsel istismar suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesine göre de cinsel istismar suçu, çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu gibidir. Bu bakımdan çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna temas şarttır. Mağdura temas etmeksizin uzaktan yapılan hareketler cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır⁷⁹.

Bizim de kabul ettiğimiz bu görüş doğrultusunda TCK’nın 103. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen basit cinsel istismar fiili, 765 Sayılı TCK’nın 415 ve 416/2. maddelerinde düzenlenen ırza tasaddi fiiline karşılık gelmektedir. Irza tasaddi cinsel

⁷⁹ **Artuç**, s. 649; “Sanığın mağdure D. G’nin göğüslerini elleyip bir iki gün sonra da gel seninle kucaklaşalım yoksa üzerin kirlili mi? Şeklinde sözler söylediği anlaşılma ile bedensel temas içeren eyleminin 5237 Sayılı TCK’nın 103/1. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2006/714, K. 2007/1887, T. 13. 3. 2007**, (Meran, s. 350; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 1665).

ilişki derecesine varmayan, mutlaka mağdurla bedeni teması gerektiren ve devamlılık gösteren şehvi hareketler olarak tanımlanmaktadır⁸⁰. Yargıtay da ırza tasaddiyi; “mağdur üzerinde doğrudan işlenen, devamlılık gösteren, cinsel birleşme kastını, amacını taşımayan ve cinsel isteklerin doyurulmasına ya da kışkırtılmasına yönelik her türlü şehvete ilişkin davranışlar⁸¹”, şeklinde tanımlayarak şehvi davranışların mutlaka mağdurun üzerinde gerçekleşmesini aramıştır⁸². Sarkıntılık ise belirli bir kimseye karşı, edep ve iffete dokunacak nitelikte ve aralıklı olarak devam eden soyut ve tedirgin edici saldırılardır⁸³. Görüldüğü üzere eski TCK döneminde ırza tasaddi ile sarkıntılık suçu arasında bir ağırlık farkı kabul edilmiştir. Cinsel davranışların aralıklarla gerçekleştirilmesi sarkıntılık olarak değerlendirilirken, devamlı olarak sürdürülmesi ırza tasaddi olarak kabul edilmiştir⁸⁴. O halde eski TCK döneminde sarkıntılık olarak kabul gören fiiller de vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği sürece (biz bu görüşte olduğumuzdan) ister bir kez gerçekleştirilsin ister devamlı olarak sürdürülsün yeni TCK hükümleri kapsamında basit cinsel istismar/saldırı olarak değerlendirilecektir. Vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen fiiller ise m. 105’de düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

3. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar

103. maddenin 1. fıkrasının b bendinde 15 yaşından büyük çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir. Bu araçlarla ya da mağdurun iradesini etkileyen bir nedenden istifade edilerek gerçekleştirilen cinsel davranışlarda, mağdurun geçerli bir rızasının olduğundan bahsedilemez⁸⁵. Bu araçlar kullanılmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar, bu yaş grubundaki çocuklar için istismar suçunu oluşturmayacaktır.

⁸⁰ **Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Turhan, Ankara 2003, (Özel Hükümler), s. 786; **Otacı**, s. 54.

⁸¹ **Y. 5. CD. E. 1986/597, K. 1986/345, T. 5. 2. 1986**, (**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 793, dn. 31).

⁸² **Erem**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:IV, Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 1985, (Ümanist Doktrin), s. 204, 205; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 254.

⁸³ **Y. CGK., E. 1980/5-91, K. 1980/150, T. 7. 4. 1980**, (**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 786, dn. 1); **Önder**, s. 488, 489.

⁸⁴ **Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş, Ankara 2003, s. 302; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 254; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3891, 3892.

⁸⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 168.

Başka bir ifade ile bu araçlarla cinsel davranışın gerçekleştirilmesi unsur olarak belirlenmiştir. Cinsel saldırı suçunda ise suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka araçlarla işlenmesi maddede unsur olarak düzenlenmemiştir. Fakat cinsel saldırı suçunun doğasında mağdurun iradesi dışında işlenmesi bulunduğundan, cebir, tehdit, hile kullanılarak veya mağdurun içinde bulunduğu örneğin uyku hali gibi bir durumdan yararlanılarak işlenmesi mümkündür. Maddenin gerekçesinde bu nitelendirmenin, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidildiği belirtilmiş, fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesinin kullanıldığı açıklanmıştır. Bu bakımdan suçta kullanılan bu araçların çocuğun direncini ortadan kaldıracak ölçüde olması aranmamış, iradeyi etkilemesi olasılığı yeterli sayılmıştır. O halde 102. madde,103. madde ve gerekçeleri birlikte yorumlandığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Erişkin mağdurlara yönelik cinsel davranışlar cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirildiğinde, kullanılan bu araçlar mağdurun iradesini oradan kaldırır ölçüde olmalıdır. Ancak 15 yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cinsel davranışlar bu araçlarla işlendiğinde, bu araçların mağdurun iradesini etkileme olasılığı yeterli sayılacaktır⁸⁶. Böyle bir ayrıma gidilmesinin amacı her ne kadar çocukları korumak olsa da bu durumun cinsel istismar ve cinsel saldırı fiilleri arasındaki farkı tespit etme sorunlarına yol açacak olması doktrinde eleştirilmiştir⁸⁷.

Cinsel istismar suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket m. 103/1-a’da “her türlü cinsel davranış” olarak belirlenmişken m.103/1-b’de “cinsel davranışlar” olarak tanımlanmıştır. Kanunda 15 yaşından büyük çocuklar açısından “davranışlar” şeklinde çoğul ifade kullanılması sanki 15 yaşından küçük çocuklara karşı tek bir cinsel davranış istismar suçunu oluştururken, 15 yaşından büyük çocuklara karşı gerçekleştirilen birden fazla cinsel davranışın istismar suçunu oluşturacağı gibi bir anlam meydana getirmektedir. Ancak kanun maddeleri birlikte yorumlandığında

⁸⁶ **Yokuş Sevik**, (Cinsel İstismar), s. 285, 286; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 168.

⁸⁷ **Yokuş Sevik**, (Cinsel Saldırı), s. 249.

kanun koyucunun farklı yaş gruplarındaki çocuklar açısından böyle bir ayrıma gitmek istemediği anlaşılmaktadır. Buradaki anlam farkı sehven yapılmış bir ifade zafiyetinden ileri gelmektedir⁸⁸.

Cinsel istismar suçunun oluşması bakımından failin mağduru kendisiyle veya başka biriyle cinsel davranışa zorlaması önem taşımaz. Ayrıca mağdurun iradesi dışında faile yönelik bazı cinsel davranışları yapmaya zorlanması halinde de suç oluşacaktır. Başka bir ifade ile cinsel davranış, mağduru, faile yönelik bir davranışta bulunmaya zorlama biçiminde olabileceği gibi (failin mağdura kendi cinsel organını okşatması, öpmeye zorlaması gibi) , mağduru belli bir davranışa katlanmak zorunda bırakma (failin mağdurun cinsel organına ellemesi gibi) biçiminde de olabilir⁸⁹. Ancak failin cinsel nitelikli eylemi kendi vücudu üzerinde gerçekleştirmesi örneğin kendi kendini tatmin etmesi durumunda bu suçun oluştuğundan söz edilemez⁹⁰. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi fail, mağduru cinsel organını açmaya zorlayarak karşısında kendi kendini tatmin ediyorsa, mağdur çocuğun cinsel dokunulmazlığı fail tarafından mecbur edilerek kendisi vasıtasıyla ihlal edildiğinden cinsel istismar suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

Maddede bahsedilen cebir, mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak hareket etmesine neden olan fiziki güçtür⁹¹. Bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle mağdur belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır⁹². Bir başka tanımla cebir, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı mağdurun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı anlamına gelen şiddet ve serbest hareket edebilme olanağını ortadan kaldırmak amacıyla kişinin huzurunu bozma, endişelendirme veya bir

⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 246.

⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 229; Özbek/Kanbur, s. 615; Aynı yönde bkz. Yenidünya, s.3290, 3291.

⁹⁰ Meran, s. 349, 350.

⁹¹ Önder, s. 448; Tezcan/Erdem/Önok, s. 223, 224; Özbek/Kanbur, s. 614; Yenidünya, s. 3289; Yokuş Sevik, (Cinsel Saldırı), s. 250; Bakıcı, s. 23; Baytemir, (Genel Adap), s. 9; Artuç, s. 642; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1651; Malkoç, (TCK), s. 3172; Otacı, s. 25; Erol, s. 519; Gündüz /Gültaş, s. 16.

⁹² Meran, s. 348.

güvensizlik duygusu yaratma olarak tanımlanan tehdit kavramlarını kapsar⁹³. Ancak doktrinde anlamı kuvvetlendirmek için her iki kavrama da ayrı ayrı yer verildiği ileri sürülmüştür⁹⁴.

Fail cebre mağdurun direncini kırmak için başvurmuş olmalıdır. Cebirin, eylemin devam ettiği sürece uygulanması gerekmez, başlangıçta mağdurun direncini kırarak ölçüde ve elverişlilikte kullanılmış olması yeterlidir. Yoksa mağdurdan eylemin devam ettiği sürece, gücünün tüm sınırlarını zorlayarak sürekli biçimde karşı koyması beklenemez⁹⁵. Örneğin failin mağdurun direncini kırarak şekilde kollarından tutup onu yere yatırması, göğüslerini, boynunu vs. yerlerini öpmesi ve okşaması durumunda maddi cebir vardır⁹⁶.

Bununla beraber mağdur tarafından gösterilmesi aranan direncin ne ölçüde olması gerektiği de doktrinde irdelenmiştir. Bir görüşe göre mağdurun maddi cebre direnç gösterme imkânı varken bunu yapmamış olması suçun oluşumunu engeller. Bu bakımdan somut olayda mağdurun kendisine uygulanan cebre karşı koyma imkânının olup olmadığı araştırılmalı ve bu konuda Adli Tıp Bilimi'nin verilerinden de yararlanılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken mağdurun yaşı, durumu ve direnç gösterme kudreti (fiziki durumu) göz önüne alınmalıdır⁹⁷. Her somut olayda hâkim, cebirin mevcut olup olmadığını, mevcutsa bunun cinsel istismar fiili ile arasındaki illiyet bağını araştırarak, bu hususu delilleri serbestçe takdir ederek değerlendirecektir⁹⁸. Ancak belirli bir ölçüde kullanılan ve mağdurun direncini kıran fiziki güç, mağdurun iradi olarak failin arzularına uygun hareket etmesinin sebebi olmuşsa, başka bir ifade ile mağdur maruz kaldığı cebir sebebiyle direnç göstermekten vazgeçmişse, mağdurun artık direnç göstermemesi fiile rızası olduğu anlamına gelmez⁹⁹. Örneğin, failin bir yumruğuyla yere düşen mağdurun artık direnç göstermesinde herhangi bir yarar olmadığını anlayıp pasif duruma geçmesi halinde

⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 788; Benzer yönde bkz. Önder, s.447.

⁹⁴ Bakıcı, s. 23; Otacı, s. 25.

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 790; Tezcan/Erdem/Önok, s. 223, 224; Soyaslan, s. 172; Özbek/Kanbur, s. 614; Yenidünya, s. 3289; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 3835, 3836; Artuç, s. 642.

⁹⁶ Artuç, s. 642, 655.

⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 789; Otacı, s. 25.

⁹⁸ Dönmezer, s. 64; Önder, s. 450; Baytemir, (Genel Adap), s. 9; Malkoç/Güler, s.3156.

⁹⁹ Önder, s. 448; Malkoç/Güler, s. 3155.

de cebir gerçekleşmiştir¹⁰⁰. Başka bir görüşe göre ise mağdurun cinsel davranışlara rızası olmadığını beyan etmesi yeterli olmalı, başka bir ifade ile “hayırın hayır” anlamına geldiği ve mağdurdan hayırdan başka dirençler göstermesinin beklenilmediği kabul edilmelidir. Bu suçun kriminolojik gerçeği de böyle bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Kadın ve erkek biyolojisi ve güç farklılıkları ortada iken ırzına geçilen kadından ciddi bir hayır dışında bir de dayak yemesini beklemek çağdaş gelişmelere aykırıdır. Şüphesiz yasa koyucu böylesi temel bir değeri saldırı altında olan ve saldırıya herhangi bir direniş göstermeden, kaçmaya çalışmadan yalnızca hayır diyen bir mağdurun bu değerine gereken önemi vermediği ve belki de rıza gösterdiği çıkarımını yapabilir. Ancak bu çıkarım sağlam kriminolojik verilere dayanmalıdır. Zira psikolojik veriler ciddi korkunun etkisi altında kalan mağdurların yaşadıkları şokun etkisi ile istenileni yapma eğilimine girdiklerini göstermektedir¹⁰¹. Cebrin varlığının kabulü için, mağdurun göstermek istediği direnci gösterememe durumunda bırakılmış olması da yeterlidir. Örneğin mağdurun aksi yöndeki iradesini bertaraf edecek şekilde, hızlı ve sinsice cinsel davranışların gerçekleştirilmiş olması durumunda da cebrin gerçekleştiğinin kabulü gerekir¹⁰².

Cebir doğrudan mağdura uygulanmalıdır¹⁰³. Fail cebire suçu işleyebilmek için başvurmuş olmalıdır, fail fiili gerçekleştirmediği için duyduğu öfke ve kızgınlıkla mağdura cebir uygulamışsa ayrıca kasten yaralama suçu oluşur¹⁰⁴. Eğer cebir mağdur üzerinde değil de mağdurun bir yakını üzerinde gerçekleşmişse ve kişi bu durumdan dolayı cinsel davranışlara mecbur edilmişse mağdur açısından cebir değil, tehdit söz konusu olur ve yine suç gerçekleşir¹⁰⁵. Yine eşya üzerinde uygulanan cebir, doğrudan doğruya mağdur üzerinde etkili ise cebrin varlığını kabul etmek gerekir¹⁰⁶. Örneğin cinsel ilişki teklifinin reddedilmesi üzerine eşyaların kırılması, parçalanması doğrudan cebir olarak kabul edilemese de, olayın özelliği,

¹⁰⁰ Önder, s. 448.

¹⁰¹ Aydın, s. 158.

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s. 224.

¹⁰³ Dönmezer, s. 62; Önder, s. 449; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 789; Bakıcı, s. 23; Baytemir, (Genel Adap), s. 9; Soyaslan'a göre cebir doğrudan mağdura yönelmeyip bir yakınına da yöneltirse tehdit değil cebir olarak kabul edilir. Bkz. Soyaslan, s. 184.

¹⁰⁴ Bakıcı, s. 23.

¹⁰⁵ Önder, s. 449; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 789; Tezcan/Erdem/Önok, s. 224; Özbek/Kanbur, s. 614; Yenidünya, s. 3289; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3836.

¹⁰⁶ Önder, s. 449; Baytemir, (Genel Adap), s. 9; Erol, s. 519; Malkoç/Güler, s. 3156.

failin, mağdurun kişiliği, olayın yeri ve zamanı bakımından değerlendirme yapılmalıdır¹⁰⁷.

103. maddenin 5. fıkrasında belirtildiği üzere cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bakımdan 15-18 yaş aralığında ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçlarında uygulanacak cebir, kasten yaralama suçunun temel biçimini aşmamalı veya basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olmalıdır. Daha ağır yaralanmaların meydana gelmesi halinde gerçek ıçtima hükümleri uygulanacaktır. 15 yaşını doldurmamış veya doldurmakla beraber algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar açısından ise cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için cebirin araç olarak kullanılması aranmadığından, kanun, bu çocuklara karşı bu suçun işlenmesi sırasında ayrıca cebir ve tehdidin kullanılmasını cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

Tehdit ise, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermemesi durumunda ileride kendisinin veya yakınlarının bir zarara uğrayacağına bildirilmesidir¹⁰⁸. Burada failin mağdura bildirmiş olduğu zararı verip vermeyeceği önemli değildir, önemli olan mağdurun kendisine veya bir yakınına zarar verileceği konusundaki inancıdır¹⁰⁹. Fail tehdidi ciddi olarak yapmamış olsa bile, mağdur bu tehdidi ciddiye almış ve fail de bu durumdan faydalanmış ise tehdidin gerçekleştiği kabul edilmelidir¹¹⁰. Verileceği ifade edilen bu zarar mağdurun veya yakınlarının hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına, şeref veya haysiyetine yönelik olabilir¹¹¹. Tehditte bulunan kişinin

¹⁰⁷ **Bakıcı**, s. 23; **Otacı**, s. 26.

¹⁰⁸ **Soyaslan**, s. 184; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 789; **Ünver**, s. 305; **Meran**, s. 349; **Bakıcı**, s. 24; **Erol**, s. 520; **Gündüz /Gültaş**, s. 17; **Otacı**, s. 26.

¹⁰⁹ **Dönmezer**, s. 66; **Önder**, s. 451; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 9; **Meran**, s. 349; **Erol**, s. 520.

¹¹⁰ **Dönmezer**, s. 66.

¹¹¹ “Mağdurenin aşamalarda alınan ifadelerinde özde, zora ilişkin beyanlarının tutarlı olması, bu hususun tanıklarca doğrulanması karşısında, sanığın, yaylada kurdukları çadırda, etrafta kimsenin olmamasından yararlanarak 14 yaşındaki mağdureyi-kızı öldüreceğini, döveceğini söyleyerek tehdit edip, korkmasından ve bağırarak mağdurenin yardımına gelen olmamasından yararlanarak ırzına geçmesi zora dayalıdır. Mağdure olayı annesine bildirmişse de sanıktan korkup çevreden utandıkları için olayı açıklayamamaları mağdurenin eyleme rıza gösterdiği şekilde yorumlanamaz”, **Y. CGK., E. 1999/5-248, K. 1999/240, T. 26. 10. 1999**, (**Kaban**, Mater ve diğerleri, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996- Temmuz 2001, Adalet Yayınları, s. 465).

meydana getireceğini bildirdiği zarar veya kötülüğü bizzat gerçekleştirmesi gerekmez. Bu zarar veya kötülük tehditte bulunan kişiden başkası tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak bu üçüncü kişinin tehditte bulunan kişinin emir ve talimatlarını derhal yerine getirebilecek biçimde hazır durumda bulunması lazımdır. Örneğin tehdit edenin yanında emirlerini yerine getirebilecek bir akıl hastasının veya azgın bir hayvanın bulunması durumunda da tehdidin şartları gerçekleşmiş olur. Yine gerçekleştirileceği bildirilen zararın mutlaka mağdura yönelmesi gerekmez, mağdurun yanında bulunan veya onunla yakın ilişki içinde bulunan bir kişiye yönelmiş olması halinde de tehdit vardır¹¹².

Cinsel saldırı suçunda araç olarak kullanılan tehditin belli bir boyuta ulaşması, mağdurun bu tehditten kolayca kurtulma olanağının olmaması, başka bir ifade ile uğratılacağı bildirilen zararın cinsel saldırı fiili sonucu uğranılacak zarardan daha ağır olması aranırken¹¹³ kanımızca cinsel istismar suçunda, yöneltilen tehditin mağdurun iradesinin bu derece ortadan kaldırılmış olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Çünkü kanun koyucu madde gerekçesinde de açıkladığı gibi cinsel istismar suçunda bu araçların, çocuğun iradesini ortadan kaldırmasını aramamış, iradesini etkilemesini yeterli saymıştır.

Tehditin suçun işlendiği sırada, cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir¹¹⁴. Yargıtay bir olayda suçun işlenmesinden sonra failin olanları başkasına söylese onu öldüreceğini mağdura söylemesini tehdit saymamıştır¹¹⁵. Ancak doktrinde cebir veya tehditten kastın, mağduru karşı koyma olanaksızlığında bırakacak biçimde onun iradesinin ortadan kaldırılması olmadığı, mağdurun irade özgürlüğünü kısıtlamasının yererli olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁶.

¹¹² **Önder**, s. 451; **Bakıcı**, s. 24; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 9.

¹¹³ **Önder**, s. 452, 453; **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 199; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1851; **Erem/Toroslu**, s. 297; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 789; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 225; **Özbek/Kanbur**, s.614; **Yenidünya**, s. 3290; **Artuç**, s. 642, **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1651; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 9; **Otaç**, s. 27.

¹¹⁴ **Artuç**, s. 642.

¹¹⁵ **Y. CGK. E.2000/5196, K. 2000/ 201, T. 17. 10. 2000**, (**Tezcan/Erdem/Önok**, s. 225, dn. 51).

¹¹⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 225, 226.

Hile failin mağduru cinsel davranışlara ikna etmek için kullandığı her tür aldatıcı hareketlerdir. Burada mağdurun iradesi failin hileli davranışları ile sakatlanmakta, mağdur kandırılmakta ve fiile karşı koyamayacak hale getirilmektedir. Örneğin failin mağdurun içkisine ilaç katması, kendisini doktor olarak tanıtip mağduru muayene ediyor izlenimini yaratması, mağduru uyuşturucu madde ile etkisiz hale getirmesi, hipnotize etmesi bu nitelikte hareketlerdir¹¹⁷. Tabii kullanılan vasıtanın elverişli olup olmadığını araştırmak lazımdır¹¹⁸. Mağdurun kendiliğinden hataya düştüğü durumlarda, bu hatanın fail tarafından kullanılması halinde de hile mevcuttur¹¹⁹. Örneğin bir kadının jinekolojik muayene olmak için doktora gitmesi durumunda, mağdurun o sırada doktorun odasında bulunan hasta bakıcıyı doktor zannederek failin davranışlarına rıza göstermesi ve failin de doktor olmadığını söyleyerek mağdurun hatasından yararlanması hile olarak kabul edilmelidir.

Burada değinilecek bir başka husus failin evlenme vaadinde bulunarak mağduru cinsel davranışlara razı etmesinin hile sayılıp sayılmayacağıdır. Doktrindeki bir görüşe göre eski TCK'da evlenme vaad ederek kızlığın bozulması ayrı bir suç olarak düzenlendiği halde yeni TCK'ya bu yönde bir hüküm konulmamıştır. Cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için kullanılan her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadi mağdurun iradesini ortadan kaldırdığından hile sayılır ve suç oluşur¹²⁰. Aksi görüşe göre ise evlenme vaadi, mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir hile sayılmamalıdır¹²¹. Kanımızca bu hususta konuya cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları açısından farklı yaklaşmak gerekmektedir. Cinsel saldırı suçunda hilenin araç olarak kullanılması durumunda evlenme vaadini hile olarak kabul etmemek gerekir. Çünkü bu suçun mağduru ancak erişkin kimseler olabilir ve suçun oluşabilmesi için kullanılan araçların mağdurun iradesini ortadan kaldıracak ölçü ve yoğunlukta olması gerekir. Günümüz şartlarında

¹¹⁷ **Dönmezer**, s. 77; **Önder**, s. 461; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 791; **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 203; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1855; **Soyaslan**, s. 184; **Yenidünya**, s. 3290; **Özbek/Kanbur**, s. 614; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 23; **Malkoç**, (TCK), s. 3178; **Artuç**, s. 643.

¹¹⁸ **Erem/Toroslu**, s. 299; **Önder**, s. 461; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1855; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3838.

¹¹⁹ **Bakıcı**, s. 26.

¹²⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 226.

¹²¹ **Dönmezer**, s. 78; **Önder**, s. 461; **Bakıcı**, s. 26; **Malkoç/Güler**, s. 3159; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 22; **Malkoç**, (TCK), s. 3178; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3911; **Artuç**, s. 643.

başka bir ifade ile televizyon, internet gibi araçların her durumda ulaşılabilir olduğu ve bilgiye erişmenin oldukça kolay olduğu teknoloji çağında evlenme vaadiyle bir erişkinin cinsel davranışlara ikna edilmesi gerçekçi gözükmemektedir. Bu düşüncelerle eski TCK'da yer alan evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu yeni TCK'ya alınmamıştır. Ancak cinsel istismar suçu söz konusu olduğunda suçun mağduru çocuk olduğundan durum farklılık arz etmektedir. Bu farklılık kanun koyucunun cinsel istismar suçunda kullanılan cebir, tehdit, hile gibi araçların mağdur çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olmasını aramayıp, iradesini etkilemesini yeterli saymasından kaynaklanmaktadır. O halde evlenme vaadiyle kandırılarak mağdur çocuğun cinsel davranışlara muhatap kılınması halinde bu vaad hile kapsamında sayılmalı ve cinsel istismar suçunun olduğu kabul edilmelidir.

Kanun koyucu m. 103/1-b'de suçta kullanılan araçları, cebir, tehdit ve hile ile sınırlı tutmamış ve "iradeyi etkileyen başka nedenler" ifadesini kullanarak sınırlayıcı olmayan bir sayım yapmıştır. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği maddede belirtilmediğinden, bu tarz içeriği belli olmayan ifadelerin kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilerek maddede kullanılması doktrinde eleştirilmiştir¹²². Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesinde; mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler, denilerek kişinin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku gibi nedenlerle bilincinin kapalı olmasından yararlanmak iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre iradeyi etkileyen başka nedenler ile kastedilen, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalmasıdır. Bu nedenlerin fail tarafından bizzat yaratılması gerekmez, mağdurun içinde bulunduğu bu durumdan yararlanmakla da suç oluşur. Zaten bu tip durumların fail tarafından yaratılması halinde (örneğin mağdurun içkisine ilaç karıştırmak gibi)

¹²² Tezcan/Erdem/Önok, s. 245; Şen, s. 397, 398; Artuç, s. 643, 644.

cebir veya hile söz konusu olabilecektir¹²³. Bu görüşü daha da genişleten bir başka görüşe göre ise iradeyi etkileyen başka nedenler tabirinin içine mağdurun kendi rızasıyla aldığı uyuşturucu veya alkol sonucu bilincini yitirmesi hali de girer¹²⁴. Örneğin, mağdur aşırı derecede uyuşturucu almış ve bilinci yerinde değilse bu durumdan yararlanılarak cinsel davranışların gerçekleştirilmesi halinde iradeyi etkileyen başka neden söz konusudur¹²⁵. Kanımızca da burada kastedilen mağdurun iradesi ile aldığı alkol, uyuşturucu veya sinir sistemi üzerinde bir takım etkileri olan ilaçlar sebebiyle iradesinin azalması veya ortadan kalkmasının fail tarafından kullanılmasıdır. Tabi bu tip etkileri olan maddeler mağdurun rızası dışında da mağdura verilmiş olabilir. Eğer bu tip durumlar fail tarafından bizzat yaratılmışsa zaten cebir veya hile gibi diğer araçlar söz konusu olur. Ancak fail tarafından yaratılmış olmasa dahi mağdurun içinde bulunduğu durumun fail tarafından kullanılması iradeyi etkileyen başka hal olarak düşünülebilir. Örneğin mağdur iradesi ile bilincini yitirecek derecede alkol almış veya iradesi olmaksızın fail dışındaki kişiler tarafından kendisine alkol verilmişse ve mağdurun içinde bulunduğu bu durum fail tarafından kullanılarak cinsel davranışlar gerçekleştirilmişse iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranışların gerçekleştiği ve cinsel istismar suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Ayrıca doktrinde 107. madde anlamında çocuğa cinsel amaçlı yapılan şantaj fiilinin de iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Bununla beraber çocuğu uyuşturucu bağımlısı haline getirip sonra uyuşturucu karşılığında cinsel ilişki kurulması gibi durumlarda da iradeyi etkileyen nedenin mevcut olduğu kabul edilmiştir¹²⁶.

¹²³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 245; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1648.

¹²⁴ “Mağdurenin, aldığı alkolün etkisiyle failin eylemine mukavemet edemeyecek şekilde kendinden geçtiğinin, sanığın kızı ve karısı olan tanıkların anlatımlarıyla da doğrulandığı nazara alındığında, sanığın kendisine karşı işlediği ırza geçme eylemine rızasının bulunmadığının, olayda mefruz cebir halinin varlığının kabulü gerekir”, **Y. CGK., E. 1999/5-59, K. 1999/64, T. 13. 04. 1999, (Kaban ve diğerleri)**, s. 471).

¹²⁵ **Artuç**, s. 644.

¹²⁶ **Şen**, s. 396, 397.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

1. TCK m. 103/2’de Düzenlenen Nitelikli Hal: Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi

Yeni TCK m. 103/2’de cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokularak işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesine göre suçun bu nitelikli haline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır. Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesine göre ise suçun bu nitelikli hali için vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Gerekçeye göre bu fıkrada tanımlanan nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin aksine, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatminine yönelik olması şart değildir.

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için aranan koşul vücuda organ veya sair bir cismin sokulmasıdır. Ancak kanun organ veya sair cismin vücudun hangi bölgesine sokulmasının suçu oluşturacağını belirtmemiştir. Buna karşın gerekçede vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cismin ithalinden bahsedilmiştir. Maddede vücudun hangi bölgesinin kastedildiğinin yer almaması, buna karşın gerekçede vajinal, anal ve oral yoldan bahsedilmesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilere konu olmuştur¹²⁷. Maddede bahsi geçen organ, sadece erkeğin cinsel organını değil, gerekçede belirtilen vücut boşluklarına girebilecek örneğin parmak gibi diğer organları da kapsamaktadır. Bu noktada doktrinde haklı olarak elverişli bir organın veya sair bir cismin gerekçede sayılan üç boşluktan birine sokulduğu her durumda suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır¹²⁸. Örneğin parmağın ağza sokulması durumunda da bu nitelikli hal oluşacak mıdır? Bu konuda doktrinde iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüşe göre gerekçede belirtildiği üzere bu nitelikli halin oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etme saikiyle hareket etmesi aranmayacağından, sadece vücuda organ veya

¹²⁷ Ünver, s. 299.

¹²⁸ Bkz. Yurtcan, (TCK), s. 208.

sair bir cisim sokulması denildiğinden, çocuğun ağızına cop, şişe gibi cisimlerin sokulması durumunda da nitelikli hal gerçekleşecektir. Hatta çocuğun vücuduna organ veya sair bir cismin sokulması çocuğu aşağılamak, ana babasından intikam almak gibi bir amaçla da yapılmış olsa suç oluşur¹²⁹.

İkinci görüşe göre ise dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bu tip bir davranışın cinsel saldırı sayılabilmesi için, gerekçede aksi yazılı olsa bile, failde cinsel arzularının tatmini saikinin varlığını aramak gerekir. Ayrıca bu tip durumlarda davranışın objektif bakımdan cinsel nitelikli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir¹³⁰. Aynı yöndeki bir başka görüşe göre ise sokulmak istenen cisim veya organ ile vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunması gerekir. Bu bağ organ, cisim ya da mağdurun vücut bölgesinin cinsel anlam ifade etmesinden kaynaklanabileceği gibi hareketlerin cinsel bütünlüğünden veya anlamından da kaynaklanabilir. Örneğin failin parmağının kadının cinsel organına sokulması halinde failin parmağı ile kadının cinsel organı arasında cinsel bir bağ mevcuttur. Burada parmak cinsel bir organ olmasa da içine sokulmak istenen organın cinsel önemi sebebiyle bir bağ kurulabilmektedir. Aynı şekilde bir erkeğin anüsüne bir kadının bir cisim sokması halinde de durum böyledir. Mağdurun cinsel organlarına yönelmeyen hareketler de bu nitelikte olabilir. Örneğin failin penisini kadının ağızına, kulağına sokmaya çalışması gibi. Ancak failin fiili ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında böyle cinsel bir bağ kurulamıyorsa bu durumda nitelikli halin olduğundan bahsedilemez. Örneğin failin mağduru öperken dilini ağızına sokması, parmağını mağdurun kulağına sokması gibi durumlar vücuda organ veya cisim sokma olarak nitelendirilemez¹³¹.

Kanımızca cinsel istismar fiilini gerçekleştiren failin, hangi saiklerle bu davranışı gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek yoktur. Fiil başlığı altında yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi failin fiili, tıp ve psikoloji bilimlerine göre objektif olarak cinsel nitelikli kabul edilebiliyorsa hangi saikle gerçekleştirildiği

¹²⁹ **Yokuş Seviük**, (Cinsel İstismar), s. 287, 288.

¹³⁰ **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 236.

¹³¹ **Özbek/Kanbur**, s. 616, 617; **Artuç**, s. 650 (Yazar kulak boşluğuna veya burun deliğine yapılan sokmaların nitelikli hali oluşturmayacağı da ileri sürülmüştür.) Benzer yönde bkz. **Parlar/Hatipoğlu**, s. 1652.

önemli olmaksızın suçun oluştuğunun kabulü gerekir. Failin parmağını mağdurun ağzına sokması veya failin mağdurun ağzına cop, salatalık, şişe gibi cisimleri sokması örneklerinde, davranışı cinsel davranış olarak nitelermeye olanak yoktur. Çünkü bu tip davranışlar objektif olarak cinsel nitelikli olarak değerlendirilmeye elverişli değildir.

Maddede hareket “vücuda organ ya da sair cisim sokma” olarak belirlenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi burada değinilen organ veya cisim sadece cinsel organlar değil, el, kol, parmak, ayak gibi başka organlar ya da cop, sopa, şişe, kalem, yapay penis, muz¹³² gibi cisimler olabilir. Cisimlerin katı ya da sıvı olması veya mağdurun canını acıtıp acıtmaması önemli değildir¹³³. Suçun maddi unsuru sokma olarak belirlendiğinden failin vücuduna organ sokturmaya, örneğin kadının kendi vücuduna organ sokturmaya mağduru zorlaması durumunda ya da failin mağduru kendi vücuduna bir cisim sokmaya zorlaması¹³⁴ durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre maddi unsur sokma olduğundan burada nitelikli hal oluşmaz¹³⁵, aksi görüşe göre ise zorlayan kişinin sorumluluğu dolaylı faillik kabul edilmeli ve nitelikli halin oluştuğu kabul edilmelidir¹³⁶. Kanımızca failin kendi vücuduna organ veya sair cisim sokturmaya mağduru zorlaması durumunda cinsel istismar suçunun basit hali oluşmaktadır, burada nitelikli halin oluşması mümkün değildir, çünkü organ veya sair cisim mağdurun değil failin vücuduna girmektedir. Ancak fail, mağduru kendi vücuduna organ veya sair cisim sokması için zorlarsa bu durumda dolaylı faillik yoluyla failin nitelikli istismardan cezalandırılması gerekir, çünkü bu durumda organ veya sair cisim mağdurun vücuduna girmektedir.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için organ veya sair cismin kısmen de olsa mağdurun vücuduna girmiş olması gerekir. Mağdurun direnmesi veya başka bir sebeple minimum ölçüde de olsa vücuda girme gerçekleşmemişse nitelikli halden söz

¹³² **Yenidünya**, s. 3292; **Özbek/Kanbur**, s. 616; **Artuç**, s. 650 (Yazara göre nasıl oral yoldan vücuda penis sokmakla bu suç işlenebiliyorsa, yine oral yoldan bir kadının memesini zorla bir erkeğin veya kadının ağzına vermesiyle de bu suç oluşabilir.)

¹³³ **Özbek/Kanbur**, s. 616, **Yenidünya**, s. 3292.

¹³⁴ **Yenidünya**, s. 3292(Yazar bu durumda iştirake ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.)

¹³⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 236.

¹³⁶ **Özbek/Kanbur**, s. 617; **Artuç**, s. 650.

edilemez¹³⁷. Bununla bağlantılı olarak kanun her ne kadar vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel istismarın gerçekleşmesini nitelikli bir hal olarak kabul etmişse de, doktrinde burada cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin mi, yoksa bağımsız bir suç tipinin mi düzenlendiği tartışılmıştır. Bu tartışma şu yönden önem arz etmektedir. Fail mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmak istemiş ancak engel bir neden yüzünden başarılı olamamış ise burada fail cinsel istismar suçunun temel şeklinden mi cezalandırılacak, yoksa incelediğimiz nitelikli halden ceza belirlenip teşebbüs nedeniyle cezasından indirim mi yapılacaktır? Eğer m.103/2, m.103/1'in nitelikli hali olarak kabul edilirse, nitelikli hal gerçekleşmediği için faile suçun temel şekli olan m. 103/1'den ceza vermek gerekecektir. Oysa bizim de katıldığımız görüşe göre kanun her ne kadar nitelikli hal olarak değerlendirmişse de aslında burada bağımsız başka bir suç söz konusudur. O halde failin elinde olmayan nedenlerle mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmayı tamamlayamaması durumunda artık suçun temel şeklinden değil m.103/2'de düzenlenen haline teşebbüsten ceza verilmesi gerekir¹³⁸. Ancak kanunun sistematüğını bozmamak için açıklamalarımız nitelikli hal başlığı altında yapılmıştır.

Suçun temel şeklinde olduğu gibi 15 yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş çocukların vücuduna organ veya sair bir cismin sokulması ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilirse nitelikli hal söz konusu olacaktır. Bu araçlara başvurulmadan yani mağdurun rızası ile vücuda organ veya sair bir cismin sokulması bu nitelikli hali oluşturmasa da hiç suç oluşmayacağı anlamına gelmez. Bu durumda 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçı söz konusu olabilir.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar 765 Sayılı TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde düzenlenen ırza geçme suçuna karşılık gelmektedir. Ancak yeni TCK'daki düzenlemeler eski TCK'daki düzenlemeleri aşar niteliktedir. Çünkü 765 Sayılı TCK'da ilgili maddelerde ırza geçme kavramı kullanılmış ve ırza geçme "failin cinsel organının mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan cinsel teması sağlayacak şekilde ithali",

¹³⁷ **Toroslu**, s. 61.

¹³⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 235, 236; **Özbek/Kanbur**, s. 617.

olarak tanımlanmıştır¹³⁹. Görüldüğü üzere eski TCK döneminde ırza geçme kavramı mağdurun vücuduna sadece failin cinsel organının girmesini karşılamakta ve “mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan” ifadesi ile vulva veya anüs boşlukları anlaşılmaktadır. 5237 Sayılı TCK’da ilgili maddelerde vücuda organ veya sair cismin sokulmasından bahsedilerek suçun kapsamı genişletilmiş, cinsel organ dışında bir organın veya başkaca bir cismin vücuda sokulması durumunda da nitelikli cinsel istismar/saldırı suçunun oluşacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin eski TCK döneminde failin parmağını mağdurun vajinasına sokması ırza tasaddi sayılıyorken¹⁴⁰, artık bu fiil nitelikli cinsel istismar/saldırı olarak değerlendirilir. Yine kanun “vücuda” ifadesini kullanarak madde metninde vücudun hangi bölümlerinden bahsedildiğini açıklamamış ancak gerekçede vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cismin ithalinin suçu meydana getireceğini belirtmiştir. Böylelikle 5237 Sayılı TCK’daki düzenlemelerle yerinde olarak suçun kapsamının genişletildiğini görmekteyiz.

2. TCK m. 103/3’de Düzenlenen Nitelikli Haller

a. Suçun Çocukla Belli Akrabalık İlişkisi Bulunanlar Tarafından İşlenmesi

103. maddenin 3. fıkrasına göre cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza arttırılacaktır. Çocukla kan bağı olan ya da çocuğa bakmakla yükümlü kişilerle çocuk arasındaki her türlü cinsel eylem aile içi cinsel sömürüdür. Aile içi cinsel sömürü yabancıların yaptıklarından çok daha fazla ve çocuk için çok daha yaralayıcıdır. Daha çok baba-kız sömürüsü görülmekle birlikte, ağabey, amca, dede sömürüleri de yoğun olarak yaşanılmaktadır. Ayrıca aile içi cinsel sömürü erkek çocuklar bakımından da söz konusudur. Fakat yapılan araştırmalara göre kız çocukları beş kat daha fazla sömürüye uğramaktadır¹⁴¹.

¹³⁹ Erem, (Ümanist Doktrin), s. 194; Erem, (TCK Şerhi), s. 1847; Erem /Toroslu, s. 293; Otacı, s. 22.

¹⁴⁰ Erem, (Ümanist Doktrin), s. 206; Erem, (TCK Şerhi), s. 1858; 1860; Erem/Toroslu, s. 301, 302; Bakıcı, s. 88; Baytemir, (Genel Adap), s. 254; Otacı, s. 22.

¹⁴¹ Semerci, Bengi, “Kanunlar Çocukları Korur mu?”, HPD, S: 2, Sonbahar 2004, s. 130.

Suçun bu kişiler tarafından işlenmesi halinde cezanın arttırılarak verilmesinin sebebi, bu kişiler tarafından suçun daha kolay işlenebilir olmasıdır¹⁴². Bu tarz ilişkilerin mevcudiyeti mağdurun fiile direncini azaltacağı gibi, bu kimselerin cinsel istismar suçunu işlemesi toplumda daha fazla infial uyandıracaktır¹⁴³. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için akrabalık ilişkisinin bulunması yeterlidir ayrıca bu kişilerin mağdur üzerinde bir nüfuz sahibi olmaları gerekmez¹⁴⁴. Ancak failin böyle bir akrabalık ilişkisi içinde olduğunu bilmesi gerekir, akrabalık ilişkisinin tespitinde Medeni Kanun hükümleri dikkate alınır¹⁴⁵. Soybağının bulunup bulunmadığı nüfus kayıtları ile saptanmalıdır¹⁴⁶. Ancak nüfusa kayıt olmasa da fiili kan bağı da ağırlatıcı sebep kapsamında düşünülmelidir. Çünkü insanlar arasındaki gerçek yakınlığı nüfus kayıtları değil yapısal bağlar sağlamaktadır¹⁴⁷. Ayrıca bu ağırlatıcı sebebin kabul edilmesinin gerekçesi üstsoyun altsoy üzerinde sahip olduğu nüfuz ve güvenin mağdurun direnme gücünü ortadan kaldırması bakımından sağladığı kolaylıktır. Bu gerçekleştiğine göre soybağının düzgün olup olmamasının veya hukuken kurulup kurulmamasının bir önemi bulunmamalıdır¹⁴⁸.

Medeni Kanun'un 17. maddesine göre biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır. Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine

¹⁴² **Dönmezer**, s. 109; **Önder**, s. 472; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 238; **Toroslu**, s. 62; **Şen**, s. 400; **Nuhoğlu**, s. 625; **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 267; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1653, 1654; **Bakıcı**, s. 174; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 329; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 178; **Malkoç**, (TCK), s. 3301.

¹⁴³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 172; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 798; **Yenidünya**, s. 3297; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1654.

¹⁴⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 239; **Özbek/Kanbur**, s. 631.

¹⁴⁵ **Özbek/Kanbur**, s. 631; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 428; **Meran**, s. 354; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1653; **Gündüz /Gültaş**, s. 58.

¹⁴⁶ “ Mağdur ile sanığın baba-oğul olduğuna ilişkin nüfus aile kayıt tablosu getirilmeden TCK'nın 457/2. maddesi ile cezanın arttırılması, **Y. 4. CD. E. 2002/15000, K. 2002/17250, T. 19. 11. 2002**, (**Meran**, s. 354); “ Sanığın mağdurenin amcası olduğuna dair beyanlar karşılığında 5237 Sayılı TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanabilirliği açısından buna ilişkin nüfus aile kayıt tablosunun getirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”, **Y. 5. CD. E. 2006/32, K. 2006/427, T. 01. 02. 2006**, (**Kaçak**, Nazif, Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, Seçkin, Ankara 2007, s. 334).

¹⁴⁷ **Soyaslan**, s. 185; Benzer yönde bkz. **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 210; **Erem/Toroslu**, s. 305; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3947. Aksi yönde bkz. **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 428.(Malkoç'a göre cezanın arttırılmasını gerektiren sıfatların bulunup bulunmadığında Medeni Kanun hükümleri dikkate alınmalıdır. Toplumsal, çevresel ya da aile içi hitaplarla böyle adlandırılıp bilinme uygulama için yeterli olmayacaktır).

¹⁴⁸ **Nuhoğlu**, s. 625.

bağlayan doğum sayısı ile belli olur. TCK'nın düzenlemesine göre cinsel istismarın üstsoy yani baba, büyükbaba, büyükbabanın babası vs. tarafından altsoya karşı işlenmesi halinde veya ikinci veya üçüncü derece kan hısmı¹⁴⁹ örneğin kardeş, amca, dayı, hala, teyze tarafından yeğene karşı işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır¹⁵⁰.

Kanun suçun üvey baba tarafından işlenmesini de nitelikli bir hal olarak kabul etmiş, ancak üvey anneye maddede yer vermemiştir. Oysa bu suçun üvey anne tarafından işlenmesi de mümkündür. Doktrinde de belirtildiği üzere özellikle eşitlik ilkesi bakımından maddeye üvey annenin de dâhil edilmesi gerekmektedir¹⁵¹.

Medeni Kanun'un 314. maddesi gereği evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer. Bu nedenle TCK, suçun evlat edinen tarafından işlenmesini de nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak bu artırım nedeninin uygulanması için evlat edinme kararının kesinleşmesi gerekmektedir¹⁵².

b. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Vasi, Medeni Kanun'un 404 ve devamı maddelerine göre velayet altında bulunmayan küçükler ile kısıtlanmasını gerektirecek bir durumda bulunan erişkin

¹⁴⁹ “Sanık C.Ç (mağdurenin eniştesi) mağdurenin altı yaş büyük ağabeyi durumundadır. Akrabalıkla ilgili görenek ve geleneklerimizin normal saydığı ölçüde ve aile bağlarının sınırları içinde mağdurenin sanığa ait eve gelmesi veya getirilmesi ve orada bir süre kendi evinde duyduğu güvenlik havası içinde kalması olağan ve doğal bir haldir. Bu durumda iki eniştenin küçük yaştaki baldız üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi sayılması da zorunlu bir sonuçtur. Şu hale göre sanık C.Ç hakkında TCK'nın 417. maddesinin (YTCK m. 103/3) uygulanmasında yasaya aykırı bir yön görülmemiştir”, Y.CGK., E. 1973/5-413, K. 1973/695, T. 12. 11. 1973, (Gündüz /Gültaş, s. 205).

¹⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 172; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 798; Şen, s. 386; Soyaslan, s. 186; Yenidünya, s. 3307; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1654.

¹⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 172; Tezcan/Erdem/Önok, s. 249; Ünver, s. 316; Yenidünya, s. 3307; Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 288; Malkoç, (Yeni TCK), s. 428; Artuç, s. 651; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1654; Gündüz /Gültaş, s. 58.

¹⁵² Artuç, s. 651; Meran, s. 354; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1654; Gündüz /Gültaş, s. 57.

kimselere menfaatlerinin korunması ve hukuki işlemlerinin yapılabilmesi için sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan kişidir. Vasi ile kısıtlanan kişi veya küçük arasında vesayet ilişkisi kurulduktan sonra bir yakınlık meydana gelmektedir. Kanun, bu yakınlığın suçun işlenmesini kolaylaştıracağı düşüncesinden hareketle suçun vasi tarafından işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir¹⁵³. Kayyımın ise sınırlı ve geçici bir hizmet gördüğü, bu nedenle vasi kavramına dâhil olmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Eğitici çocuğun terbiye ve eğitimi ile ilgilenen kişidir. Bu kişinin ücretli veya ücretsiz çalışması bir önem arz etmez¹⁵⁵. Eğitici tabiri genellikle çocuğa dersler dışında futbol, basketbol, satranç, bale, drama gibi aktiviteleri öğreten kişiler için kullanılmaktadır.

Öğretici ise çocuğa derslerle ilgili bilgiler öğreten kişi olarak tanımlanır. Herhangi bir şey öğretenin bu manada öğretmen olmadığı, aynı zamanda eğitim ve öğretim işi ile ilgilenen bir kişi olması gerektiği ileri sürüldüğü gibi¹⁵⁶, herhangi bir öğretim kurumuna mensup olmasa hatta mevzuat itibariyle bu yetkiyi haiz bulunmasa bile para karşılığı veya ücretsiz olarak az çok bir kişiyi sürekli okutmakta bulunan herkesin bu tabir içine girdiği de doktrinde kabul edilmiştir¹⁵⁷. Örneğin okulda, üniversiteye hazırlık kurslarında, dil kurslarında çocuğa bir şeyler öğreten kişi öğreticidir. Failin öğretmen olması durumunda bu ağırlatıcı nedenin uygulanması için suçun görev sırasında yani okul saatinde işlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁸. Ancak doktrinde bu karar eleştirilmiştir¹⁵⁹. Kanımızca da bu ağırlatıcı sebebin uygulanması için suçun mutlaka okul saatleri içinde işlenmesi gerekmez, çünkü bu

¹⁵³ **Önder**, s. 473; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 173; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 799; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1654; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 330; **Erol**, s. 521; **Malkoç/Güler**, s. 3267.

¹⁵⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 173; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 799; **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 210; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1865; **Erem/Toroslu**, s. 305; **Artuç**, s. 651; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1655.

¹⁵⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 799; **Bakıcı**, s. 175; **Artuç**, s. 651; **Erol**, s. 521.

¹⁵⁶ **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 211; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1866; **Erem/Toroslu**, s. 307.

¹⁵⁷ **Dönmezer**, s. 110.

¹⁵⁸ **Y. 5.CD., E. 1981/3805, K. 1981/3916, T. 16. 11. 1981, Artuç**, s. 651, 652; **Bakıcı**, s. 175.

¹⁵⁹ **Önder**, s. 473; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 173, 174; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 800; **Yenidünya**, s. 3308; **Nuhoğlu**, s. 625; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 331; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 179; **Malkoç**, (TCK), s. 3302; **Otacı**, s. 102.

ağırlatıcı sebebin kabul edilmesinin amacı bu kimselerin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olmalarının suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır. Bir öğretmen öğrencisi üzerinde okul saatleri dışında da nüfuz sahibidir. Bu nedenle suçun öğretmen tarafından işlenmesi okul saatleri dışında da olsa diğer kimselere göre daha kolaydır. Ancak bu nitelikli hal öğretmen öğrenci ilişkisi sürdüğü sürece uygulanabilir, bu ilişki sona erdikten sonra, failin mağduru sadece bu nedenle tanıyor olması nitelikli halin uygulanmasını gerektirmez¹⁶⁰.

Bakıcı, çocuğa bakılması için çocuğun bırakıldığı kimsedir. Bakıcı da ücretli veya ücretsiz çalışıyor olabilir. Süreli veya süresiz olarak çalışmasının da bir önemi bulunmamaktadır¹⁶¹.

Eğitici, öğretici, bakıcı gibi kişilerin resmi veya özel bir kurumda çalışmaları gerekmez. Çocuğun eğitimini, bakımını ücretsiz olarak da üstlenmiş olabilirler. Örneğin üniversiteye hazırlık kurlarında, spor merkezlerinde, ilk ve orta öğretim kurumlarında çalışan öğretmenler, çocuğa ücretli veya ücretsiz özel ders veren öğretmenler, okul öncesi eğitim kurumlarında öğretmenlere gönüllü olarak yardım eden kişiler de bu kapsamdadır¹⁶².

Sağlık hizmeti veren kişilerden kasıt doktor, ebe, hemşire gibi çocuğu muayene, tedavi eden kimselerdir. Sağlık kuruluşunun özel veya resmi olmasının bir önemi yoktur. Suçun sağlık kuruluşunda işlenmesi de gerekmez, önemli olan sağlık hizmeti verirken bu suçun işlenmesidir¹⁶³.

Koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kimseler ise çocuğun nezaret veya koruması altına bırakılan kişilerdir¹⁶⁴. Burada mağdur çocuk, çocuk bakımevi, kreş,

¹⁶⁰ **Dönmezer**, s. 110; **Önder**, s. 473; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 174; **Yenidünya**, s. 3308; **Meran**, s. 355.

¹⁶¹ **Artuç**, s. 652.

¹⁶² **Yenidünya**, s. 3308; **Meran**, s. 354; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1655.

¹⁶³ **Artuç**, s. 652; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1655.

¹⁶⁴ “ İki yıldır birlikte olduğu ablası A'nın torunu olan mağdureyi ablasının yalnızlığını bahane edip anne ve babasının rızasıyla kendi evine getiren sanığın bu gelişlerinde evinde 3-5 gün kalan mağdurenin müteaddit kez ırz ve namusuna tasaddide bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerek yargısal içtihatlarda, gerekse öğretide mağdurun geçici de olsa failin nezaret ve koruyuculuğunu sağlamak amacıyla ona teslimi 417. maddenin uygulanması bakımından yeterli kabul edilmektedir. Nezaret

kamp, yaz okulu gibi bir kurum veya etkinliğe ihtiyari olarak bırakılıyor olabilir. Aynı şekilde çocuk birkaç gün veya birkaç saat bakım veya gözetim için komşuya veya tanıdık bir kimseye bırakıldığında da bu ağırlatıcı neden söz konusu olabilir¹⁶⁵. Suç, bir yere götürme, gezdirme, oynama, ilgilenme gibi nedenlerle komşuya, akrabaya veya tanıdığına teslim edilen çocuk üzerinde işlenmelidir¹⁶⁶. Bu halin uygulanması için failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olmasına ve bunu kötüye kullanmasına gerek yoktur¹⁶⁷.

Bir diğer artırım nedeni hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle cinsel istismar suçunun işlenmesidir. Nüfuz bir kimse veya topluluk üzerinde etkili olma ona söz geçirme olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁸. Failin hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemesi, bu nüfuz mağdurun direncinin daha kolay kırılmasında etkili olacağından ağırlatıcı neden kabul edilmiştir. Gerçekten resmi veya özel kurumlarda görev yapan genel müdür, müdür veya yöneticilerin veya özel teşebbüs sahiplerinin burada çalışanlar üzerinde nüfuz sahibi olduğu açıktır. Örneğin çalışanların terfi, tayin, izin, ücret gibi durumlarında çeşitli yetkiler kullanmaktadırlar. Sahip oldukları bu yetkiler mağdur üzerinde bir nüfuz oluşturmakta ve fail tarafından suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır¹⁶⁹.

Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında bir iş akdi veya hizmet akdi olması gerekmez. Hizmet ilişkisinin bir kamu kurumuna veya özel kuruma bağlı olarak gerçekleştirilmesinin, ücretli, ücretsiz, sürekli veya süreli olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan faille mağdur arasında hizmet ilişkisine

ve siyanetin devamlılığı şart değildir. Burada geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması söz konusudur. İncelenen olayda mağdurenin zaman zaman 3-5 günlüğüne sanığın evine gönderilip onun nezaret ve koruyuculuğuna tevdi edildiği ve yüklenen suçun da bu arada işlendiği saptandığına göre sanık hakkında TCK'nın 417. (YTCK m. 103/3) maddesiyle uygulama yapılmasında bir isabetsizlik yoktur", **Y. CGK, E. 1990/274, K. 1990/305, T. 26. 11. 1990 (Gündüz /Gültaş, s. 202).**

¹⁶⁵ **Dönmezer,** s. 111; **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** (5237 Sayılı...), s. 174; **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** (Özel Hükümler), s. 801; **Yenidünya,** s. 3308; **Nuhoglu,** s. 626; **Bakıcı,** s. 176; **Baytemir,** (Genel Adap), s. 332; **Erol,** s. 521; **Otacı,** s. 103.

¹⁶⁶ **Bakıcı,** s. 176; **Artuç,** s. 652.

¹⁶⁷ **Özbek/Kanbur,** s. 631.

¹⁶⁸ **Bakıcı,** s. 177; **Artuç,** s. 652.

¹⁶⁹ **Önder,** s. 475; **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** (Özel Hükümler), s. 801; **Soyaslan,** s. 179; **Yenidünya,** s. 3296; **Erol,** s. 521.

bağlı bir bağımlılık bulunması ve failin de bu ilişki nedeniyle var olan nüfuzundan yararlanarak, kanunun ifadesi ile bu nüfuzu kötüye kullanarak bu suç işlenmesidir¹⁷⁰. Fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşi yoksa başka bir ifade ile birbirleri üzerinde bir otoriteleri söz konusu değilse bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir¹⁷¹. Aynı işyerinde çalışma gibi nedenlerle çocuk üzerinde nüfuz sahibi olan bir kimsenin bu nüfuzlarını kötüye kullanarak bu suç işlenmeleri bu ağırlatıcı nedene örnektir¹⁷².

c. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, suçun işlenişini kolaylaştıracağından cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir¹⁷³. Ayrıca bu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi mağdurda ve kamuoyunda daha fazla olumsuz etki yaratacağından ve fail sayısının mağdurda oluşturacağı korku nedeniyle suçun işlenmesi kolaylaşacağından kanun koyucu cezanın artırılmasını uygun görmüştür¹⁷⁴. Bu nitelikli hal 29. 6. 2005 Tarih ve 5377 Sayılı Kanun ile madde metnine eklenmiştir¹⁷⁵. Bu nedenle bu tarihten önce birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen cinsel istismar suçlarında, bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 238; Özbek/Kanbur, s. 631; Artuç, s. 652.

¹⁷¹ Özbek/Kanbur, s. 631; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1655.

¹⁷² Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s.174; Yenidünya, s. 3308. “Unlu mamüller imalat bölümünde pasta ustası olan sanık Mevlüt’ün yanında çirak olarak çalışan mağdur Ahmet üzerinde hüküm ve nüfuzunun bulunduğu ve dolayısıyla ırza geçme eylemi nedeniyle sanık hakkında TCK’nın 417. maddesinin de uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi”, Y. 5. CD., E. 1995/551, K. 1995/660, T. 14. 3. 1995, (Taşdemir/Özkepir, s. 946).

¹⁷³ Önder, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 796; Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Nuhoğlu, s. 624; Baytemir, (Genel Adap), s. 327; Malkoç, (Genel Adap), s. 176.

¹⁷⁴ Dönmezer, s. 105; Erem, (TCK Şerhi), s. 1864; Bakıcı, s. 17; Baytemir, (Genel Adap), s. 328; Artuç, s. 653.

¹⁷⁵ “ 5237 Sayılı TCK’nın 103/3. maddesine birden fazla kişi tarafından birlikte ibaresi 29.06.2005 tarihli 5377 Sayılı Yasa ile eklendiği, bu değişikliğin hükümlü aleyhine uygulanamayacağı...”, Y.5. C.D., E. 2007/1354, K. 2007/1593, T. 27. 02. 2007; (Artuç, s. 674).

¹⁷⁶ Suç tarihinde onaltı yaşında bulunan mağdurenin onsekiz yaşından küçük olması nedeniyle hükümlü Ü. Y’nin eyleminin 5237 Sayılı TCK’nın 103/1-b maddesi delaletiyle 103/2. maddesinde belirtilen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı, suçun silahla işlenmesi halinin maddede artırım nedeni olarak öngörülmediği ve birden fazla kişi ile birlikte işlenmesini ağırlatıcı neden olarak kabul eden 103/3. maddesinin ise 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile maddeye sonradan eklendiği için hükümlü aleyhine uygulanamayacağı gözetilerek karşılaştırma yapılması ve lehe kanunun belirlenmesi yerine, uyarılmanın 102/2, 102/3-d maddeleriyle yapıp, bu sonuca göre 765 sayılı yasanın lehe kabul edilerek kesinleşen hükmün aynen infazına karar

Birden fazla kişi ifadesinden iki veya daha fazla kişi anlaşılır¹⁷⁷. Birlikte teriminin ifade ettiği anlam ise birden fazla kişinin suçu işlerken beraberce hareket etmeleridir, suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir. Faillerinin hepsinin cezai ehliyetlerinin bulunması gerekmez. Faillerden bir kısmı 12 yaşından küçük veya akıl hastası olabilir¹⁷⁸. Bu nitelikli halin uygulanmasına engel değildir¹⁷⁹. Birden fazla kişilerin cinsiyetleri önemli değildir. Bir kısmı erkek bir kısmı kadın veya hepsi kadın veya erkek olabilir¹⁸⁰.

Kanun suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini aradığı için icra hareketlerinin, müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde yapılması, başka bir ifade ile faillerin beraber hareket etmeleri gerekir¹⁸¹. Bu noktada müşterek failliği düzenleyen TCK m. 37 ile bu ağırlatıcı sebep arasında nasıl bir bağ kurulmalıdır? TCK'nın 37. maddesine göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur¹⁸². Bu iki düzenleme göz önüne alındığında şöyle bir sonuca varmak gerekir: Birden fazla failin fiili birlikte gerçekleştirmeleri durumunda her biri fail statüsünde olacak, yani cinsel istismar suçunun tam cezası ile cezalandırılacak, ayrıca m. 103/3 gereği cezaları yarı oranında arttırılacaktır. Faillerden hepsinin cinsel istismarda bulunması gerekli değildir. Müşterek faillerden biri cebirde bulunup, diğeri cinsel davranışı

verilmesi,.....nedeniyle hükmün BOZULMASINA,....., Y.5. CD., E. 2006/8211, K. 2006/6967, T. 18. 09. 2006; (Artuç, s. 653, dn. 929).

¹⁷⁷ Dönmezer, s. 107; Önder, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 796; Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Toroslu, s. 62; Soyaslan, s. 177; Yenidünya, s. 3297; Artuç, s. 653; Meran, s. 355; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1655; Baytemir, (Genel Adap), s. 328; Malkoç/Güler, s. 3265; Malkoç, (TCK), s. 3296; Otacı, s. 100.

¹⁷⁸ "Sanığın çocukların cinsel istismarı suçunu, yaşı nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen M.M ile birlikte işlediği anlaşıldığı halde, sanık hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini", Y. 5. CD. , E. 2006/8617, K. 2006/7741, T. 09. 10. 2006. (Gündüz /Gültaş, s. 219).

¹⁷⁹ Önder, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 797; Erem, (Ümanist Doktrin), s. 210; Erem, (TCK Şerhi), s. 1864; Yenidünya, s. 3298; Malkoç, (Yeni TCK), s. 413; Bakıcı, s. 173; Artuç, s. 653; Meran, s. 355; Baytemir, (Genel Adap), s. 328; Gündüz /Gültaş, s. 36; Otacı, s. 101.

¹⁸⁰ Artuç, s. 653.

¹⁸¹ Şen, s. 387; Yenidünya, s. 3297, Artuç, s.653; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1656.

¹⁸² "Diğer sanık mağdurun pantolon ve külotunu çıkartıp arkasına geçerek iki dakika kadar sürtünerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada yanında bulunan, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suçu birlikte gerçekleştiren sanığın 5237 Sayılı TCK'nın 37/1. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 39/2. maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması yasaya aykırıdır", Y. 5. CD. E. 2006/6440, K. 2006/6968, T. 18. 9. 2006 , (Gündüz /Gültaş, s. 156).

gerçekleştirirse bile bu nitelikli hal uygulanacaktır¹⁸³. Örneğin faillerden birinin mağdura normal yoldan, diğerinin anal yoldan saldırması, birinin cebir uygulayıp, diğerinin istismarı gerçekleştirilmesi, mağduru tehdit etmesi, mağdurun üzerinden kapıyı kilitlemesi, mağdurun hemen yanında gözcülük yapması durumlarında birlikte suç işleme vardır¹⁸⁴. Doktrinde birden fazla failin aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel istismar (saldırı) suçunu işlemesi durumunda, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylığın göz önünde tutularak bu ağırlatıcı nedenin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Madde birlikte işlemeyi aradığı için kanımızca bu şekilde bir uygulamaya gitmek mümkün değildir. Ancak faillerden biri fiili gerçekleştirirken diğerleri mağdurun elini kolunu tutmak gibi fiilen yardımda bulunmasa bile orada veya çevrede bulunmaları mağdur tarafından tehdit olarak algılanıyor ise (ki böyle olması çok muhtemeldir) bu durumda ağırlatıcı neden uygulanmalıdır.

Kanun birlikte suçun işlenmesini aradığı için azmettiren veya yardım edenler sayıya dâhil değildir¹⁸⁶. Ancak azmettiren veya yardım eden suçun birden fazla kişi tarafından işleneceğini biliyorsa bu nitelikli hal onlar bakımından da uygulanır¹⁸⁷. Eğer diğer kişilerin suça katkısı müşterek failliği gerektirecek şekilde değil de azmettirme veya yardım etme niteliğindeyse bu durumda bu ağırlatıcı sebep uygulanmayacak, suça iştirak kurallarının uygulanması gündeme gelecektir. Yine

¹⁸³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 797; Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Soyaslan, s. 179; Bakıcı, s. 172; Meran, s. 355; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1656.

¹⁸⁴ Artuç, s. 654.

¹⁸⁵ Yokuş Seviük, (Cinsel Saldırı), s. 267; Nuhoğlu, s. 624; Bakıcı, s. 172.

¹⁸⁶ “...İncelenen maddi olayda sanık Mustafa'nın, diğer sanığın mağdurenin zorla ırzına geçtiği sırada, olay yerinde olmadığı, ormanın altındaki yol diye tarif edilen bir başka yerde gözcülük yaptığı saptanmıştır. Sanığın olay yerine uzaklığı dahi kesin olarak saptanamayan bir yerde gözcülüğünden ibaret bu iştiraki diğer sanığın gerçekleştirdiği ırza geçme eylemine dolayısıyla yardım niteliğinde olup, anılan yardımın mağdurenin direncinin kırılmasına ve böylece istenilen sonuca daha kolay ulaşılmasına neden olabilecek boyutta olmadığı açıktır. Bu itibarla olay yeri dışında gözcülük yapan ve mağdurun direncini kırmaya yönelik hiçbir davranışta bulunmadığı belirlenen sanık Mustafa'nın saptanan bu iştiraki gözetilip TCK'nın 417. maddesiyle (YTCK m. 103/3) uygulama yapılamayacağından”, Y. CGK., E. 1993/5-100, K. 1993/167, T. 14. 6. 1993, (Taşdemir/Özkepir, s. 944).

¹⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Yenidünya, s. 3297, 3298; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3947; Artuç, s. 654, Meran, s. 356.

nitelikli halin uygulanması için suçun tamamlanması şart değildir, suç teşebbüs halinde kalmış olsa bile nitelikli hal uygulanacaktır¹⁸⁸.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için müşterek faillerin fiili aynı mağdura yönelik olmalıdır. Fail ve mağdurlar birden fazla ise ve her biri başka bir mağdura istismarda bulunmuş ise bu nitelikli hal uygulanmaz¹⁸⁹. Failler aynı yer ve zamanda tek bir mağdura ard arda cinsel istismarda bulunmuşlarsa ayrıca birbirlerinin fiiline yardım etmiş olmaları aranmaksızın hem cinsel istismar suçunun cezası ile cezalandırılacak hem de fiili birlikte işlemekten cezaları artırılabilecektir¹⁹⁰. Faillerin birden fazla olmasının mağdur üzerinde büyük manevi baskı oluşturduğu ve bu yüzden suçun failler tarafından birlikte işlendiği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın da uygulamaları bu yöndedir¹⁹¹.

d. Suçun Birinci Fıkranın a Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir ve Tehditle İşlenmesi

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinde failin bu davranışı cebir, tehdit, hile veya başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirmesi gerekmez. Bu araçlar kullanılmaksızın gerçekleştirilen cinsel

¹⁸⁸ **Dönmezer**, s. 108; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1864; **Önder**, s. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 239; **Yenidünya**, s. 3298; **Bakıcı**, s. 173; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 176; **Malkoç**, (TCK), s. 3299; **Meran**, s. 355; **Otaçı**, s. 100.

¹⁸⁹ **Önder**, s. 471; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 797; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 239; **Yenidünya**, s. 3298; **Bakıcı**, s. 173; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 328; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 173; **Malkoç**, (TCK), s. 3296; **Artuç**, s. 654.

¹⁹⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 797; **Yenidünya**, s. 3298; **Otaçı**, s. 101; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 328.

¹⁹¹ “Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdurun ellerinden tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK'nın 103/3. maddesi ile birlikte aynı yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...”, **Y.5. C.D., E. 2007/531, K. 2007/2997, T. 19. 04. 2007, (Parlar/Hatipoğlu**, s. 1662)., “Olayın gerçekleştiği su birikintisinin 5×5 metre yüzölçümünde olması, sanıkların eylemlerini birbirlerini takiben ika etmeleri ve eylemlerin gerçekleştirilmesi sırasında bir arada bulunmalarının mağdurun mukavemetini kırarak derecede üzerinde manevi baskı oluşturması nazara alındığında TCY'nın 417. maddesi ile (YTCK m. 103/3) cezanın artırılması koşulları gerçekleştirilmiştir”, **Y. CGK., E. 2000/5-125, K. 2000/130, T. 20. 06. 2000, (Kaban ve diğerleri**, s. 475).

davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturur. Başka bir ifade ile bu araçlar kullanılarak suçun işlenmesi, suçun unsuru değildir. İşte kanun m. 103/4'de bu yönde bir düzenleme getirerek, bu yaş grubundaki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir ve tehdit kullanılarak işlenmesini, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir¹⁹². 15-18 yaş grubundaki çocuklar bakımından ise bu araçlar kullanılarak suçun işlenmesi zaten suçun unsuru olduğundan, nitelikli halin uygulanmasına olanak yoktur.

15 yaşından küçük ve algılama yetenekleri gelişmemiş çocukların ruhsal ve fiziki durumlarının, suçun işlenmesini diğer çocuklara göre daha kolay kılması nedeniyle, bu çocuklara karşı ayrıca cebir ve tehditle fiilin işlenmesi cezanın arttırılmasına dayanak oluşturmaktadır¹⁹³. Ancak burada kullanılan cebir en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olmalıdır. Bu ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda 5. fıkranın uygulanması söz konusu olacaktır¹⁹⁴.

Doktrinde ileri sürüldüğü üzere bu nitelikli halin uygulanması için cebir veya tehditin mağdura yöneltilmiş olması gerekir. Örneğin suçun işlenmesine engel olmak isteyen üçüncü kişiye karşı cebir ve tehditin gerçekleştirilmesi durumunda bu

¹⁹² “Sanığın mağdurun kaçmasına engel olup yere yatırması ve eliyle ağzını kapatarak vücuduna organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunması, 9 yaşındaki mağdura karşı cebir oluşturduğu halde sanık hakkında TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanmaması”, **Y.5. C.D., E. 2007/13262, K. 2007/2760, T. 11. 04. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1663)**. “ Mağdur aşamalarda vermiş olduğu özde değişmeyen samimi beyanlarında, sanığın kendisinin ağzını tutarak hemen oradaki evlerinin bahçesine çektiğini, pantolonunu çıkarması için boynuna bıçak tuttuğunu ve ölümle tehdit ettiğini belirtmesi karşısında, sanığın cinsel istismar eylemini cebir ve tehdit kullanarak gerçekleştirdiği sabit olup 103/2. madde ile hükmedilen cezanın 103/4. madde ile arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi”, **Y.5. C.D., E. 2007/12160, K. 2007/440, T. 30. 01. 2007, (Artuç, s. 674)**; “ Oluşa, mağdurenin aşamalarda tutarlı anlatımlarına ve tanık Ş.S'nin görgüye dayalı beyanına ve dosya kapsamına nazaran evde yalnız olan mağdureyi rızası dışında zorla yere yatırıp üzerine abanarak, ‘anne anne’ diye bağırmasına rağmen eylemine devam eden sanığın suçunu 5237 Sayılı Yasa'nın 103/4. maddesinde belirtilen maddi cebirle gerçekleştirdiği anlaşıldığından bu madde ile artırım yapılmasında bir isabetsizlik görülmediğinden...”, **Y. 5. CD. E. 2007/171, K. 2007/4097, T. 29. 5. 2007, (Gündüz /Gültaş, s. 228, 229)**.

¹⁹³ **Meran, s. 358.**

¹⁹⁴ **Donay, Süheyl/Kaşıkçı, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 152; Aldemir, Hüsnü, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Kartal Yayınevi, Ekim 2005, s. 395.**

nitelikli hal uygulanamaz. Bu durumda failin ayrıca üçüncü kişiye karşı gerçekleştirdiği cebir ve tehdit suçundan cezalandırılması gerekir¹⁹⁵.

Kanımızca bu nitelikli hal kanunda eksik düzenlenmiştir. Kanun m. 103/1-b' de 15 yaşını doldurmuş ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlardan bahsederken bu nitelikli halde sadece cebir ve tehditten söz etmiştir. Hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden ifadesine yer verilmemiştir¹⁹⁶. O halde 15 yaşını doldurmamış veya doldurmasına rağmen algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı işlenen cinsel istismar fiilleri cebir ve tehdit kullanılarak gerçekleştirilirse nitelikli hal uygulanacak, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilirse nitelikli hal uygulanamayacak mıdır? Kanunun amacının bu yönde olamayacağı kuşkusuzdur. Ancak ceza hukukunda gerek kıyas yasağından, gerekse kanunilik ilkesinden hareketle maddeye bu terimlerin dâhil edilerek sorunun çözülmesi kanımızca en isabetli olandır.

Cebir ve tehdit kavramları ile ilgili daha önce açıklama yapıldığından o açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

3. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

a. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Nedir?

5237 Sayılı TCK m. 23'e göre, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Bu düzenlemeden önce hukukumuzda kastın aşılması ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kavramları ayrı ayrı ele alınmaktaydı. Ancak yeni düzenlemeden sonra bu ayırımın bir önemi kalmamıştır. Kastın aşılmasından söz edebilmek için kasten yapılan ilk hareket neticesinde istenmeyen ağır netice meydana gelmeli ve gerçekleştirilmek istenen ile gerçekleşen suçlar arasında bir ağırlık farkı bulunması

¹⁹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 250.

¹⁹⁶ Benzer yönde eleştiriler için bkz. Donay/Kaşıkçı, s. 152; Malkoç, (Yeni TCK), s. 418, 419.

gerekir. Örneğin yaralama neticesinde kişinin ölmesi durumunda bir ağırlık farkı söz konusudur. Ancak kastedilen netice ile gerçekleşen netice arasında bir nitelik farkı varsa neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kastedilenden başka ve daha ağır bir netice meydana gelir ve bu sebeple failin cezası arttırılır. Bu bakımdan neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar iki aşamada gerçekleşir. Birincisi failin ulaşmak istediği asıl netice, ikincisi ise ağır neticedir. M. 23'deki düzenleme hem failin kastettiğinden daha ağır olan neticeyi hem de başka neticeyi içinde barındırdığı için, kastın aşılması kavramını da netice sebebiyle ağırlaşan suç kavramını da kapsar niteliktedir. Yine m. 23'de "kastedilenden daha ağır veya başka neticeden" söz edildiği için failin asıl gerçekleştirmek istediği suç tipi kasıtlı bir suç olmalıdır. Failin ancak taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması halinde gerçekleşen ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabileceğine ilişkin düzenleme karşısında bu tip suçların objektif sorumluluğa yol açmasının engellenmek istendiği söylenebilir. Bu bilgiler ışığında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç; kasten işlenen bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği suç tipi olarak tanımlanabilir¹⁹⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için bir takım koşullar bir arada bulunmalıdır. Öncelikle failin kastettiği temel suç ve başka ya da ağır neticeyi içeren suç olmak üzere iki ayrı suç bulunmalıdır. Failin fiili kastettiğinden daha ağır ya da başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermelidir. Temel suç kasten işlenmiş olmalı ve meydana gelen başka veya ağır netice bakımından failin en az taksir seviyesinde kusuru bulunmalıdır. Meydana gelen ağır veya başka netice failin hareketinin sonucu olmalı, başka bir ifade ile yapılan hareket ile meydana gelen ağır veya başka netice arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Temel suç ile ağır ya da başka neticeyi içeren suç aynı mağdur üzerinde işlenmeli ve bu tip suçların cezalandırılabilmesine ilişkin kanunda açık düzenleme bulunmalıdır¹⁹⁸.

¹⁹⁷ **Özbek**, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, (Neticesi Sebebiyle), ss. 223- 227.

¹⁹⁸ **Özbek**, (Neticesi Sebebiyle), s. 229.

b. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

TCK m. 103/6'da cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde failin on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Öncelikle bu fıkrada düzenlenen durumun, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olup olmadığını incelemek gerekir. Yukarıda da incelediğimiz üzere bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olup olmadığını değerlendirmek için bazı kıstaslardan yararlanılmaktadır. Öncelikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipiyle ağır neticeyi içeren suç olmak üzere iki ayrı suç mevcuttur. Bu koşulun ilgili fıkra açısından yapılan değerlendirmesine göre bu fıkradaki (m. 103/6) temel suç tipi çocuğun cinsel istismarıdır. Meydana gelen ağır netice ise mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasıdır. Ceza kanunumuzda beden veya ruh sağlığının bozulması diye bir suç mevcut değildir. Ancak sağlığın bozulması kasten yaralama suçunun seçimlik hareketlerinden biridir. Bu bakımdan ağır neticeyi içeren suç tipinin kasten yaralama olduğu söylenebilir. Failin fiili, kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticeye sebebiyet vermelidir. Fail cinsel istismar kastıyla hareket etmiş ancak cinsel istismar neticesi yanında kastettiğinden farklı bir netice de ortaya çıkmış ve mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuştur. Bu incelemeler neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu söylenebilir.

Cinsel istismar suçunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasından failin sorumlu tutulabilmesi için neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kuralları gereği (TCK m. 23), bu neticelere failinin fiilinin sebebiyet vermesi ve failin bu ağır neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Örneğin mağdurun fiilden kurtulmak için balkondan atlaması sonucu vücudunda kırık meydana gelmesi veya cinsel istismar sonrası intihar etmesi gibi durumlarda bu madde uygulanmaz. Doktrinde suç sonucunda failin mağdura aids, frengi gibi cinsel bir hastalık bulaştırması durumunda, mağdurun beden sağlığının bozulduğu ve bu maddenin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁹. Tabii bunun için failin bu

¹⁹⁹ Şen, s. 391; Artuç, s. 657; Parlar/Hatipoğlu, s. 1657.

virüsü taşıdığını bilmesi gerekir. Fail cinsel bir rahatsızlık taşıdığını bilmiyorsa ve bunu mağdura bilmeden bulaştırmışsa bu madde uygulanmaz²⁰⁰. Fail bu ağır neticelerin ortaya çıkabileceğini öngörüyorsa ve buna rağmen fiiline devam ettiyse artık taksirden değil olası kasttan söz edilir²⁰¹. Bu ağır neticeler cinsel davranıştan ileri gelmiş olabileceği gibi cebirden de ileri gelmiş olabilir²⁰². Failde ağır neticelere yönelik ayrıca kast bulunuyorsa, bu durumda failin ayrıca bu kastından da sorumlu tutulacağı açıktır²⁰³. O halde faili iki ayrı suçtan cezalandırmak gerekir²⁰⁴. Bu açıklamalar ışığında failin mağdura cinsel hastalık bulaştırması mevzuuna dönersek kanımızca şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu fıkrada düzenlenen halde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir durum söz konusu olduğundan, failin sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından TCK m. 23 gereği en az taksir düzeyinde bir kusuru bulunmalıdır. Fail cinsel bir hastalık taşıdığını bilmiyorsa ve fiili neticesinde hastalığı bilmeden mağdura bulaştırmışsa, taksirli hareket ettiği söylenemeyeceği için, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kuralları gereğince failin bu fıkradan sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak fail cinsel bir hastalık taşıdığını biliyor ve buna rağmen fiiline devam ediyor ve mağdura hastalığı bulaştırıyorsa kanımızca burada artık olası kasttan söz etmek gerekir. Örneğin aids hastası bir kişinin mağdura nitelikli cinsel istismarda bulunması durumunda hastalığın mağdura bulaşacağı öngörülebilecek bir durumdur, fail bu duruma rağmen eylemine devam ediyor ve olursa olsun diyerek fiilini sürdürüyorsa bu durumda failin hastalık bulaştırma bakımından olası kastla hareket ettiği kabul edilmeli ve fail hem nitelikli cinsel istismardan hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan (m. 87/2-a) ayrı ayrı cezalandırılmalıdır²⁰⁵. Hatta aids hastası olan failin fiili neticesinde, hastalığın mağdura geçmesi muhakkak, adeta fiilin zorunlu sonucudur. Bu noktada failin doğrudan kastından bile söz edilebilir. Hastalığın doğrudan doğruya failden mağdura bulaşması zorunlu değildir. Hastalık fiil sonucunda dışarıdan, fiili gerçekleştirildiği

²⁰⁰ Artuç, s. 657.

²⁰¹ Yokuş Sevik, (Cinsel İstismar), s. 289.

²⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s. 241.

²⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 803; Özbek/Kanbur, s. 632; Artuç, s. 657; Otacı, s. 115.

²⁰⁴ Nuhoglu, s. 627.

²⁰⁵ Aynı yönde bkz. Erem, (Ümanist Doktrin), s. 212; Erem, (TCK Şerhi), s. 1867; Erem/Toroslu, s. 306, 30; Önder, s. 477; Malkoç, (Genel Adap), s. 192; Malkoç, (TCK), s. 3317; Malkoç/Güler, s. 3275; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3958, (Yazarlara göre de fail kendisinde sâri (bulaşıcı) bir hastalık olduğunu bilmesine rağmen fiili işlemiş ise ortada ayrı, kasıtlı diğer bir suç daha var demektir).

çevreden veya kullanılan araçlardan da meydana gelmiş olabilir. Fail böyle bir hastalığın bulaşmasını isteyerek hareket etmemekte fakat fiilin işlenmesi nedeniyle veya işlendiği ortam itibariyle mağdura bir hastalık bulaşmaktadır²⁰⁶.

Kanunda fiil sonucu beden ve ruh sağlığının bozulmasından söz edilmiştir. Ruh sağlığının bozulmasının suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmesi doktrinde haklı olarak oldukça eleştiri almıştır. Cinsel suçla karşı karşıya kalan kadın²⁰⁷ (insan) fiziksel sıkıntılar dışında, öncelikle ruh sağlığını kaybeder. Zamanla bu olayı bilinçaltına atsa bile, olayın çeşitli sebeplerle bilinçüstüne çıkıp onu etkilemesini önleyemez. Ayrıca cinsel suç mağduru kişi kendini kirlenmiş hisseder²⁰⁸. Bu bakımdan her cinsel saldırı/cinsel istismar eylemi mağdurda doğal olarak psikolojik bir sarsıntıya yol açacaktır, çünkü mağdurun rızasına aykırı hareket söz konusudur, cinsel saldırı/istismar eylemlerinin özünde bu sonucu doğurmak vardır, o halde bu terimin ifade ettiği ölçü nedir ve neye göre tespit edilecektir?²⁰⁹ Kanımızca da bu kavram çok geniş ve içinin nasıl doldurulacağı belli olmayan bir kavramdır. Özellikle cinsel istismar suçunun mağdurunun çocuklar olduğu düşünüldüğünde cinsel davranışlara maruz kalmış bir çocuğun ruh sağlığının bundan etkilenmeyeceği düşünülemez. Adli tıp uygulamasında ise bu suçun sürekli bir rahatsızlığa sebep olması başka bir ifade ile kalıcı olması halinde bu maddenin uygulanması yönünde bir eğilim mevcuttur²¹⁰. Ancak doktrinde sağlığın bozulması deyiminin kasten yaralama suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden sağlığı bozma ile aynı anlamda kullanıldığı, bu bakımdan da süresi ne olursa olsun fiil mağdurda patolojik bir durum ortaya çıkarmış veya var olan patolojik durumu arttırmış ise bu nitelikli halin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür²¹¹. Mağdurun ruh sağlığının

²⁰⁶ **Dönmezer**, s. 114; **Önder**, s. 477; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 803; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 431; **Otacı**, s. 115; **Malkoç/Güler**, s. 3275; **Bakıcı**, s. 199; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 355; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 192; **Malkoç**, (TCK), s. 3317.

²⁰⁷ Eski TCK döneminde ırza geçme suçunda, kavrama verilen anlam nedeniyle fail her zaman erkek, mağdur ise çoğunlukla kadın olduğundan Centel'in çalışma odağı kadının mağduriyeti olmuştur.

²⁰⁸ **Centel**, s. 59, 60.

²⁰⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 241; **Şen**, s.391; **Ünver**, s. 302; **Yenidünya**, s. 3299; **Yokuş Sevik**, (Cinsel Saldırı), s. 269; **Aydın**, Öykü Didem, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004, s. 145.

²¹⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.241; **Artuç**, s. 657.

²¹¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 241.

bozulup bozulmadığının tespitini Adli Tıp Kurumunu'nun ilgili ihtisas dairesi yapacaktır²¹².

Beden sağlığının bozulması konusunda ifade etmek gerekir ki cinsel istismar sırasında meydana gelen ekimozlar, sıyrıklar, cebir ve şiddetin doğal sonuçları içerisinde yer aldığı sürece bu madde kapsamında düşünülmemelidir. Ancak suçun doğasından kaynaklanan ve belirtilen ölçünün dışında kalan bedeni rahatsızlıklarda bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır²¹³. Örneğin cinsel istismar suçu sonucu mağdurun çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi beden sağlığının bozulmasıdır²¹⁴. Yine mağdur, faile direnç gösterirken kendi kendini yaralarsa nedensellik bağının bulunması koşuluyla bu madde uygulanmalıdır²¹⁵.

Bununla beraber yine doktrinde sağlığın bozulmasının aynı zamanda kasten yaralama suçunun da seçimlik hareketlerinden biri olduğu ve cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükmü (m. 103/5) göz önünde bulundurulduğunda failin hem m. 103/5'den hem de 103/6'dan cezalandırılmasının gerekeceği, bunun ise fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı ilkesi (m. 3/1) ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür²¹⁶. Gerçekten failin cinsel istismar suçunu işlemek için başvurduğu cebir, eğer kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olmuşsa m. 103/5 gereği ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ayrıca bu durum m. 103/6'da düzenlenen mağdurun beden sağlığının bozulması anlamına geleceğinden bu maddenin de tatbiki gerekecektir. Ortaya çıkan bu durum karşısında doktrindeki eleştirilere katılmamak elde değildir.

²¹² “Adli Tıp Kurumu Trabzon Şube Müdürlüğü'nün 08. 12. 2005 günlü raporunda ‘mağdurun ruh sağlığının olay nedeniyle bozulmamış olduğu, ancak bu hususun Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu uzmanlarınca değerlendirilmesi gerektiğinin bildirilmesi’ karşısında, 5237 Sayılı TCK'nın 103/6. maddesinin tatbiki açısından nitelikli cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden alınacak görüş sonucuna göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden kesin kanaat içermeyen yetersiz rapora dayanılarak eksik soruşturma ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2006/6762, K. 2006/10177, T. 14. 12. 2006 (Gündüz /Gültaş, s. 207).**

²¹³ **Yenidünya**, s. 3299.

²¹⁴ **Artuç**, s. 657.

²¹⁵ **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 432.

²¹⁶ **Tezcan/Ertem/Önok**, s. 241.

Değınilmesi gereken başka bir husus kıızlık zararının bozulmasının beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilip deđerlendirilemeyeceđidir²¹⁷. Eski TCK dđneminde cinsel ilişki sonrasında kıızlık zararının bozulması maddede yer alan mayubiyet (ayıplı durum) olarak değerlendirilmiş ve failin cezası arttırılmıştır. Yeni TCK dđneminde ise kıızlık zararının bozulmasının beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilemeyeceği gđrüşü ađırlıklıdır²¹⁸. Ancak toplumun kıızlık zararına verdiği önem düşünüldüğünde, bunu kaybetmenin mağdurda yaratacağı travma göz önüne alınarak bunun, mağdurun ruh sağlığını bozan bir neden olarak düşünölebileceği ileri sürölmüşür²¹⁹. Kanımızca yeni TCK kıızlığın bozulmasını açıkça ağırlatıcı bir neden veya suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri olarak düzenlememiş olsa bile, vücuda organ veya sair bir cisim sokulmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlarla kıızlık zararının bozulması söz konusu olamayacağından, dolaylı da olsa zaten fail hakkında nitelikli bir hal uygulanacaktır.

Mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığını belirlemek için adli tıptan rapor alınması gerekmektedir²²⁰.

²¹⁷ “Bozmadan önce kurulan ilk hükümde, 765 Sayılı TCK’nın 418/2. maddesinin mağdurenin kıızlığının bozulması nedeniyle sanıklar hakkında uygulanmış olması karşısında, kıızlık bozmanın 5237 Sayılı TCK’nın 103/6. maddesinin uygulanmasını gerektirir nedenlerden olup olmadığı, suçun sonucunda mağdurenin beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Kurulundan görüş alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden ,.....”**Y. 5.CD. E.2005/17568, K. 2006/1654, T. 13.03.2006.**(Artuç, s. 657, 658, dn. 954). Aynı yönde bkz. **Y. 5. CD. E. 2006/32, K. 2006/427, T. 01. 02. 2006, Y. 5. CD. E. 2006/2672, K. 2006/2784, T. 03. 04. 2006,** (Kaçak, s. 334, 335).

²¹⁸ **Tezcan/Erdem/Önok,** s. 240; **Şen,** s.392; **Artuç,** s. 657.

²¹⁹ **Ünver,** s. 303; **Artuç,** s. 657; **Parlar/ Hatipoğlu,** s. 1658. Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur. “ 5237 Sayılı Yasanın 103/6. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak kıızlığı bozulan ve 29. 5. 2003 günlü beyanında olay nedeniyle psikolojik olarak çok kötü durumda olduğunu ve bu nedenle geçirdiği şoklar nedeniyle ailesi tarafından aşağı yukarı her gün acil servise götüröldüğünü ifade eden mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas dairesinden görüş alınarak saptanması yerine eksik araştırma yazılı biçimde hüküm kurulması”, **Y.5. C.D., E. 2006/3360, K. 2006/4491, T. 29. 05. 2006,** Aynı yönde bkz. **Y.5. C.D., E. 2006/5838, K. 2006/7129, T. 20. 09. 2006,** (**Parlar/ Hatipoğlu,** s. 1658, 1678).

²²⁰ “Mağdurların duruşmada “olay nedeniyle çok üzölüyorum, psikolojik açıdan zarar gördüm” şeklindeki açıklamaları karşısında 5237 Sayılı TCK’nın 103/6. maddesinin uygulanabilirliği açısından, suçun sonucunda mağdurların beden veya ruh sağlıklarının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan rapor alınması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmektedir”, **Y. 5. CD. E. 2006/5838, K. 2006/7129, T. 20. 9. 2006,** (**Meran,** s. 360).

Doktrinde yapılan bir başka tartışma nitelikli cinsel istismar eyleminin teşebbüs aşamasında kalması ve buna rağmen mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin hangi maddeye göre cezalandırılacağıdır. Örneğin failin mağdura organ veya cisim sokarak cinsel istismar eyleminde bulunmaya kalkışması ve engel bir nedenle tamamlayamaması ancak mağdurun vajinasında yırtık, fissür gibi beden sağlığını bozan neticelerin ortaya çıkması durumunda fail m. 103/6'da düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüsten mi cezalandırılmalı, yoksa m. 103/2'ye teşebbüsten cezalandırılıp sonra 103/6 mı uygulanmalıdır? Bu tartışmayı başlatan yazara göre m. 103/6'da (suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması) neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusudur. Bu tip suçlara teşebbüs olanağı bulunmamaktadır. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet verilmesidir. Kastedilen fiil organ sokarak cinsel istismarda bulunmaktır. Meydana gelen netice ise beden veya ruh sağlığının bozulmasıdır. Fail organ sokmak suretiyle cinsel istismara teşebbüs etmiş ancak engel bir nedenle fiili tamamlayamamıştır. Bu durumda fail öncelikle m.103/2'de düzenlenen suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Ancak mağdurun beden ya da ruh sağlığı bozulmuş olduğundan cezası m. 103/6 uyarınca 15 yıldan az olmamak koşuluyla alt sınırdan belirlenmelidir²²¹.

Kanımızca yazarın değerlendirmesi ve vardığı sonuç doğru olmakla beraber verilen örnek mağdurun beden sağlığının bozulması olarak nitelendirilemez. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi istismar sırasında meydana gelen ekimozlar, sıyrıklar, cebir ve şiddetin doğal sonuçları içerisinde yer aldığı sürece beden sağlığının bozulması olarak düşünülmemelidir. Ancak suçun doğasından kaynaklanan ve belirtilen ölçünün dışında kalan bedeni rahatsızlıklarda bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır. O halde suç sonucu mağdurun vajinasında yırtık, fissür gibi durumların meydana gelmesi halinde bu yırtıklar vehamet arzemediği ve mağdurun hayatını tehlikeye sokmadığı takdirde beden sağlığının bozulması olarak düşünülmemelidir. Aksi halde hemen hemen her nitelikli cinsel istismar eyleminde bu madde uygulanabilir hale gelecektir, çünkü mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmeye çalışılan bir cinsel eylemde mağdurun cinsel bölgesinde sıyrıklar,

²²¹ Meran, s.

tahrişler meydana gelmesi çok muhtemeldir. Öte yandan nitelikli cinsel istismar fiili engel bir nedenle tamamlanamamış yani teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (veya mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi) olasıdır. Böyle bir durumda cinsel istismar fiili teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile failin m. 103/6 uyarınca cezalandırılması gerekir. Çünkü kastedilen eylem tamamlanamamış olsa bile ağır netice meydana gelmiştir. M. 103/6 neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olduğundan failin taksir düzeyinde bir kusurla dahi bu neticeye sebebiyet vermesi cezalandırılması için yeterlidir. Özetle fail, tamamlamadığı cinsel istismar fiili neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına sebebiyet vermişse, taksir düzeyinde bir kusuru bulunması şartıyla m. 103/6'dan cezalandırılmalıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkün olmadığından failin cezasından teşebbüs hükümleri uyarınca indirim yapılması mümkün değildir. Yapılması gereken m. 103/2'den temel cezanın belirlenmesi, m. 35 uyarınca teşebbüsten indirim yapılması ve m. 103/6 uyarınca faile en az 15 yıl ceza verilmesidir²²².

c. Suçun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Cinsel istismar neticesinde mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesine ilişkin düzenlemelere 103. maddenin 7. fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkroda düzenlenen durumun suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir diğer hali olduğuna şüphe yoktur. Bitkisel hayat, beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam

²²² Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları bulunmaktadır. "Sanığın vücuda organ sokmak suretiyle gerçekleştirmeyi amaçladığı nitelikli cinsel istismar eyleminin çevredeki kadınların bağırması nedeniyle kalkışma aşamasında kaldığının anlaşılması karşısında, eylemin basit cinsel istismar boyutunda kaldığına dair tebliğnamedeki eleştiriye iştirak edilmemiş, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.11. 1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 Sayılı Kararı içeriğine göre de, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı belirtildiğinden, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının da bir netice sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu gözetilmeden sanığa 103/6. maddesinden verilen cezadan TCK'nın 35. maddesi ile indirim yapılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır", Y. 5. CD., E. 2006/11518, K. 2007/2759, T. 10. 4. 2007, (Meran, s. 361, 362); Aynı yönde bkz. Y.CGK, E.2007/5-161, K. 2007/232, T. 13. 11. 2007; Y. 5. CD., E. 2008/13177, K. 2008/9607, T. 11. 11. 2008, www.hukukturk.com, E.T. 28.07.2009, Doktrinde bu yönde açıklamalar için bkz. Şen, s. 392.

türüdür²²³. Ölüm ise kişinin yaşama belirtilerinin hepsinin durması olarak tanımlanmaktadır²²⁴. Yüksek Sağlık Şurasının 24.11. 1969 tarihli bir kararında belirtildiği üzere, “bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonlarının tamamıyla durması halinin tespiti”, olarak tanımlanan ölüm kavramında beyin ölümü anlayışı benimsenmiştir²²⁵. Bitkisel hayat ile ölüm arasındaki fark, bitkisel hayata giren insanların iyileşerek normale dönmesi olasılığının bulunmasıdır. Oysa beyin ölümünde kişinin beyinsel aktiviteleri geri dönülemez biçimde ortadan kalkmıştır²²⁶.

Bu maddede de neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu olduğundan yukarıda yapılan neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda bulunması gereken koşullara ilişkin açıklamalar geçerlidir. Failin neticeden sorumlu tutulması için en azından taksir seviyesinde kusuru olmalı, mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi ile cinsel istismar oluşturan hareketler arasında doğrudan bir nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağlantısının doğrudan olmadığı durumlarda bu madde uygulanamaz. Örneğin cinsel istismar fiili sonrasında mağdurun intihar etmesi halinde bu madde uygulanamaz²²⁷. Her ne kadar failin fiili ile mağdurun intihar etmesi arasında nedensellik bağlantısı var ise de bu, maddenin uygulanması için yeterli değildir, çünkü burada ölüm neticesi faile objektif olarak isnad edilebilir²²⁸ durumda değildir²²⁹. Nedensellik bağlantısının bulunması başka neticeden failin sorumlu tutulabilmesi ise başka bir konudur. Diğer bir deyişle nedensellik bağlantısının bulunduğu her durumda failin neticeden sorumlu olduğu söylenemez. Objektif isnadiyet teorisine göre fail, tipe uygun neticeyi gerçekleştiren

²²³ **Çöloğlu**, A. Sedat, Adli Tıp Sözlüğü , İstanbul 1993, s. 47. (**Artuç**, s. 658’den naklen).

²²⁴ **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 1992, s. 706; **İnal**, Nihat, Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, 2003, s. 745.

²²⁵ **Artuç**, s. 658.

²²⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 160.

²²⁷ **Önder**, s. 476; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 802; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 242; **Yenidünya**, s. 3299; **Malkoç/Güler**, s. 3274.

²²⁸ Objektif isnadiyet kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Seçkin, Ankara 2006, (İzmir Şerhi), s. 320 vd.; **Özbek**, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Aralık 2007, s. 47-71.

²²⁹ Bkz. **Nuhoglu**, s. 626.(Yazar failin fiili ile ölüm neticesi arasında doğrudan bir ilişki olması gerekmediği, dolaylı bir ilişkinin varlığı halinde de ağırlatıcı sebebin uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre yukarıdaki durumda yani mağdurun cinsel istismar fiili nedeniyle intihar etmesi durumunda ağırlatıcı sebep uygulanmalıdır). Aynı yönde bkz. **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 432.

hukuken önemli bir risk ya da tehlike yaratmış ise netice ancak o zaman faile yüklenebilir. Neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi için, fail nedensel akışa hükmedebilir olmalıdır²³⁰. Cinsel istismar sonucu failin intihar etmesi örneğine dönersek, ölüm neticesi faile yüklenemez, çünkü fail nedensel akışa hükmedebilir değildir, mağdur intihar kararını kendi vermiştir, bu durum da neticenin faile objektif olarak isnad edilmesini engeller. Bunun gibi mağdur cinsel istismar sonucu hamile kalmış ve çocuk düşürme veya doğum sırasında ölmüşse yine failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir²³¹. Ancak mağdurenin tecavüze uğrayacağını anlayınca kaçacak yeri olmadığı için kendini balkondan atması durumunda özel daire, ölüm ile failin fiili arasında illiyet bağı olduğunu kabul etmiştir²³². Bununla beraber mağdurun faili önceden uyararak intihar edeceğini bildirmesi ve buna rağmen failin eylemi gerçekleştirmesi halinde de maddenin uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır²³³.

Bir görüşe göre bu maddenin uygulanabilmesi için bitkisel hayata girme veya ölüm neticesinin failin fiiline bağlı olarak gerçekleşmesi gerekir. Başka bir ifade ile bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi fiil işlenirken cebir kullanılmasına, cinsel davranışlara veya nitelikli istismar mevcut ise vücuda organ veya sair cisim sokulmasına bağlı olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Bu görüşe göre bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi doğrudan cinsel davranışlar sonucu meydana gelmiş olmasa da, failin fiili işlerken kullandığı cebir, şiddet gibi araçlar neticesinde meydana gelmiş olsa da bu maddenin uygulanması mümkündür²³⁴.

Ancak aksi görüşe göre mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması veya bitkisel hayata girme veya ölüm neticelerinin doğrudan cinsel istismar nedeniyle

²³⁰ **Özbek**, (Objektif Yüklenebilirlik), s. 56- 58.

²³¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 242.

²³² **Otacı**, s. 114.

²³³ **Malkoç**, (Genel Adap), s. 191; **Malkoç**, (TCK), s. 3316.

²³⁴ **Önder**, s. 476; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (Özel Hükümler), s. 802; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 242; **Yenidünya**, s. 3299; **Nuhoglu**, s. 626; **Parlar/ Hatipoğlu**, s. 1658; **Baytemir**, (Genel Adap), s. 355; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 190; **Malkoç**, (TCK), s. 3315; **Malkoç/Güler**, s. 3274; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3958. “Öldürme kastının bulunmadığı ve zorla ırza geçme sırasında mağdurenin sesini çıkarmasını önlemek için ağızını, burnunu kapatması nedeniyle ölüm sonucunun doğduğu anlaşıldığı halde TCK’nın 418/1. maddesi yerine yazılı şekilde 450/7. maddeyle hüküm kurulması isabetsiz olduğundan”, **Y. 5. CD., E. 1984/2450, K. 1984/2951, T. 26. 6. 1984, (Bakıcı, s. 199).**

meydana gelmiş olması gerekir. Bu görüşe göre, eğer bu neticeler cinsel istismar oluşturan fiillerden değil de suç işlenirken kullanılan cebirden kaynaklanıyorsa fail bu neticelere göre değil hem cinsel istismar suçundan hem de m.103/5 göndermesiyle 87. maddeden cezalandırılmalıdır. Çünkü kanun koyucu m. 103/5’de cinsel istismar suçu işlenirken kullanılan cebrin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine neden olması durumunda failin ayrıca bu maddeden de (m. 87) cezalandırılacağını belirtmiştir. 87. madde ise beden ve ruh sağlığının bozulmasını da, suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesini de, ölümünü de içine alır niteliktedir. Özetle bu görüşe göre eğer bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi cinsel istismar fiilleri sonucunda meydana gelmişse m. 103/7 uygulanmalı, eğer netice failin kullandığı cebirden ileri gelmiş ise fail hem cinsel istismar eyleminden hem de m. 103/5 göndermesi ile 87. maddeden cezalandırılmalıdır²³⁵.

Maddede neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç söz konusu olduğundan fail kastettiğinden daha ağır veya başka neticenin (bitkisel hayata girme veya ölme) gerçekleşmesini istememiş fakat fiili bu neticeyi meydana getirmiş olmalıdır²³⁶. Failde ayrıca öldürmeye yönelik kast da varsa bu durumda fail hem cinsel istismar suçundan hem de kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Örneğin fail cinsel istismar suçunu işledikten sonra suçun ortaya çıkmaması için²³⁷ veya suçun işlenmesini kolaylaştırmak için mağduru öldürmüştüğü hem cinsel istismar hem de nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur²³⁸, bu durumda incelediğimiz madde uygulanmaz. Bunun gibi fail mağduru öldürdükten sonra ona cinsel

²³⁵ Meran, s. 360, 361.

²³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 241; Yenedünya, s. 3299.

²³⁷ “Sanığın, maktuleyi bir suçu gizlemek için öldürdüğüünün anlaşılması ve kafatasındaki çökme kırığının ırza geçmenin zor unsuru olarak kabul edilemeyeceği göz önünde tutulmaksızın, sanığın TCK’nın 450/9. maddesi yerine, 418/1. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”, Y. 1. CD., E. 1992/2703, K. 1992/2982, T. 23. 12. 1992, (Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3963).

²³⁸ “Sanık D. Ö’nün 7-8 yaşlarındaki maktuleyi, caminin ve Kur’an kursunun yanından alarak 63 metre ileride ağaçların arkasına götürerek ırzına geçtiği ve ırza geçme fiilini işlerken maktülün mukavemetini kırmak, bağırmasını engellemek için ağız ve burnunu kapatarak asfiksi nedeniyle öldürdüğü anlaşılması ve mahkeme de sanığın ifadesine bağlı kalarak oluşu bu şekilde kabul etmiştir. Sanığın maktulenin zorla ırzına geçme suçunu işlemek ve bu suçu kolaylaştırmak için öldürme fiilini işlediğinin kabulü ile sabit olan eyleminden ötürü TCK’nın 450/7. maddesi ile ceza verilmesi, ayrıca ırza geçmekten TCK’nın 414/2-418. maddelerin uygulanması gerekirken, ırza geçme fiiline bağlı olarak ölüm meydana geldiği şekilde vasıf edilerek TCK’nın 418/1. maddesinin uygulanması yasaya aykırı olup”, Y. 1. CD., E. 1993/3041, K. 1993/146, T. 03. 02. 1993, (Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3963).

istismarda bulunursa yine bu madde uygulanmaz. Bu durumda failin fiili, kasten öldürme ve ölümlere saygı duygusuna aykırılık (TCK m. 130/2) suçlarını oluşturur²³⁹. Failler birden fazla ise meydana gelen ağır neticeden taksir düzeyinde kusuru olan bütün failler sorumludur. Örneğin faillerden birinin cebir uygulayıp diğerinin mağduru istismar etmesi durumunda meydana gelen neticeden taksir düzeyinde kusuru olan her bir fail sorumlu tutulacaktır²⁴⁰.

Doktrinde bu nitelikli halin uygulanması için suçun tamamlanmasına gerek olmadığı, suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile bu nitelikli halin uygulanabileceği ileri sürülmüştür²⁴¹. Kanımızca da bu maddenin uygulanabilmesi için, cinsel istismar fiilinin tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalmış olmasının önemi yoktur. Burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan asıl fiil tamamlanmasa bile mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi ağır neticesi ortaya çıkmışsa failin taksir düzeyinde bir kusurunun bulunması, ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.

III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılıktır. Bir fiil tipe uygun olmakla beraber, buna izin veren bir norm nedeniyle hukuk düzenine aykırı bulunmuyorsa, hukuka da aykırı değildir. Bu nedenle hukuka aykırılık suçun bağımsız unsurlarından biridir. Değerlendirme yapılırken fiilin tipe uygun olup olmadığı, eğer tipe uygunsa hukuka aykırı bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılır. O halde fiil tipe uygun fakat hukuk düzeninin izin verdiği bir başka norm nedeniyle hukuka aykırı olmayabilir²⁴².

İncelediğimiz suç bakımından söz konusu olabilecek bir hukuka uygunluk nedeni TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ilgilinin rızasıdır. Maddeye

²³⁹ Önder, s. 476; Tezcan/Erdem/Önok, s. 242, Artuç, s. 658; Bakıcı, s. 199; Baytemir, (Genel Adap), s. 355; Malkoç, (Genel Adap), s. 191; Malkoç, (TCK), s. 3316; Otacı, s. 114, 115.

²⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 242.

²⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Özel Hükümler), s. 803; Tezcan/Erdem/Önok, s. 242; Yenidünya, s. 3299; Bakıcı, s. 199.

²⁴² Özbek, (İzmir Şerhi), s. 331, 332.

göre kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi çocukların cinsel istismarı suçunda kanun koyucu, mağdur çocukların yaşlarına ve algılama yeteneklerine göre bir tasnif yapmış ve farklı yaş grupları açısından suçun oluşması için farklı unsurlar belirlemiştir. Buna göre 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte algılama yetenekleri gelişmemiş çocukların suça gösterdikleri rızayı yok sayarak, bunlara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı suç olarak tanımlamıştır. O halde bu yaş grubundaki çocuklar bakımından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olması mümkün değildir.

15 yaşını doldurmuş ve algılama yetenekleri gelişmiş çocuklar bakımından ise suçun oluşması cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Failin bu araçlar olmaksızın, başka bir ifade ile mağdurun iradesi üzerinde etkili olmaksızın, mağdurun rızası ile gerçekleştirdiği cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır. O halde kanun bu yaş grubundaki çocukların kendi rızaları ile cinsel davranışlara muhatap olmalarını cezalandırmayarak, rızalarına kısmen de olsa değer atfetmiştir. Gerçekleştirilen cinsel davranış başta rızaya dayalı olmakla birlikte, sonradan rızanın geri alınması durumunda da cinsel istismar suçu oluşabilir. Başka bir ifade ile rıza eylemin devamı boyunca varlığını sürdürmeli ve eylemin gerçekleştiriliş biçimini de kapsamalıdır. Mağdur başlangıçta rıza göstermesine karşın fail mağdurun uygun gördüğü ölçünün ötesinde davranışlar gerçekleştirirse yine cinsel istismar (saldırı) suçu oluşur²⁴³. Mağdurun geçerli rızasının olduğu durumlarda da cinsel istismar suçunun oluşmaması, başka suçların oluşmayacağı anlamına gelmez. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna varması durumunda 104. maddedeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olabilir.

²⁴³ **Dönmezer**, s. 63; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 224; **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 249, 250; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 15.

104. maddede cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin şikâyet üzerine cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun 102 ve 103. maddelerde cinsel davranışlar ifadesini kullanırken 104. maddede cinsel ilişki terimini tercih etmiştir. Cinsel ilişki ise aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal ya da anormal bir şekilde sokması olarak tanımlanmaktadır. Cinsel ilişki dendiğine göre duhül şart olup, duhülün anal ya da vajinal yoldan olması fark etmez, ancak oral seks cinsel ilişki sayılmaz²⁴⁴. O halde 104. madde açıkça cinsel ilişkiyi cezalandırdığına göre 15 yaşından büyük ve algılama yetenekleri gelişmiş çocukların rızaları çerçevesinde yaşadıkları cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel eylemleri suç olarak kabul edilmeyecektir²⁴⁵.

Yine 103. ve 104. maddeler birlikte yorumlandığında 104. maddede sadece cinsel ilişkiden söz edildiği için failin 15 yaşından büyük mağdurun rızasına uygun olarak vücuduna cinsel organını sokması halinde 104. maddedeki suç oluşurken, cinsel organ değil de cisim sokması halinde bu durum cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyeceğinden suç oluşmamaktadır²⁴⁶. Görüldüğü üzere kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş kişinin cinsel ilişki dışındaki her şeyi yaşamasına müsaade etmiştir. Ancak öte yandan cinsel ilişkinin ise niçin suç sayıldığı anlaşılamamaktadır²⁴⁷. Bu konuda bir boşluk mevcuttur. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere 104. maddenin “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 15 yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair bir cisim sokan kimse cezalandırılır” şeklinde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece maddeler arasındaki kopukluk da giderilmiş olacaktır²⁴⁸.

Bu konudaki bir diğer sorun cinsel ilişkide bulunan iki kişinin de 15 yaşını doldurmuş çocuk olması durumudur. Bu durumda fail ve mağdur sıfatları neye göre

²⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 170; Yenidünya, s. 3305; Özbek/Kanbur, s.638; Yokuş Sevik, (Cinsel İstismar), s. 297.

²⁴⁵ Aynı yönde Artuç, s. 641; Çolak, s. 250; Arslan/Azizağaoğlu, s. 469, 470.

²⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 170; Tezcan/Erdem/Önok, s. 253; Yenidünya, s. 3305.

²⁴⁷ Özbek/Kanbur, s. 638; Eski TCK döneminde de benzer eleştiriler dile getirilmiştir. Bkz. Erem/Toroslu, s. 303.

²⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 170; Yenidünya, s. 3305. Ayrıca Özbek/Kanbur maddede yapılacak değişiklikte failin yaşının 18'den büyük olması gerektiğinin de belirtilmesi yönünde görüş bildirmişlerdir. Bu yönde bkz. Özbek/Kanbur, s. 636.

tanımlanacak ve bunların cezalandırılması nasıl yapılacaktır? Bu konuda doktrinde cinsel ilişkiye ikna edici davranan kişiyi fail olarak kabul etmenin çözüm olabileceği ileri sürülse de maddenin değiştirilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir²⁴⁹. Zira iki kişinin de çocuk olduğu ve herhangi bir zorlama olmaksızın rızayla cinsel ilişki kurdukları düşünüldüğünde birini fail kabul edip cezalandırmak adil bir çözüm değildir. Burada fail ve mağdur sıfatları birleştiğinden her ikisinin de fail ve mağdur olması söz konusudur. Birini daha suçlu ilan edip cezalandırmak çağdaş ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmaz. Bu bağlamda doktrinde 15 yaşını doldurmuş iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişki kurmalarının cezalandırılmaması gerektiği²⁵⁰, ancak çocuğun korunması bakımından 15 yaşını dolduran çocuğun erişkin kişi ile rızaya dayalı cinsel ilişkisinin resen kovuşturulmasının daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür²⁵¹.

Suç şikâyete bağlı olduğundan böyle bir durumda şikâyet hakkının kim tarafından kullanılacağı da muammadır²⁵². Bu maddede acilen değişiklik yapılarak bu problemler giderilmelidir.

Bu suç bakımından söz konusu olabilecek bir diğer hukuka uygunluk sebebi hekimlik mesleğinin icrasıdır. Hekim tarafından tıbbi müdahaleler çerçevesinde vücutta cinsel bölgelere yapılan muayeneler hukuka uygun kabul edilmelidir. Bunun gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve devamı maddelerine göre cinsel bölgelere yapılan müdahaleler de hukuka aykırılığı ortadan kaldırır²⁵³.

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Türk Ceza Kanunu manevi unsur yönünden kast ve taksir olmak üzere iki kusurluluk türü benimsemiştir. Bir suçun taksirle işlenebilmesi, ceza kanununda bu yönde açık bir düzenleme olması halinde mümkündür (TCK m. 22/1). Çocukların

²⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s.169; Yenidünya, s. 3305; Maddenin değiştirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Özbek/Kanbur, s. 636; Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 296.

²⁵⁰ Özbek/Kanbur, s. 636.

²⁵¹ Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 295; Aydın, s. 161.

²⁵² Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 170; Tezcan/Erdem/Önok, s. 251; Yalçın Sancar, s. 15.

²⁵³ Özbek/Kanbur, s. 632.

cinsel istismarı suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmadığından, bu suç, ancak kasten işlenebilir. Suçun, kastın bir türü olan olası kastla işlenmesi de mümkündür²⁵⁴.

TCK'nın 21. maddesine göre kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bilindiği üzere kast, genel kast ve özel kast olmak üzere iki çeşittir. Genel kast temel kusurluluk şekli olup, failin iradesinin hem harekete hem neticeye yönelmesi, hareket ve neticenin bilinip istenmesidir. Failin belli bir saikle hareket etmesinin arandığı durumlarda ise özel kasttan söz edilir. Saik suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel âleminde oluşan ve hareketi yönlendiren, hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan düşüncedir. Failin belli bir saikle hareket etmesinin arandığı suçlarda saik, suçta bir unsurdur²⁵⁵. Bu bağlamda çocukların cinsel istismarı suçunun genel kastla mı, yoksa özel kastla mı işlenebilen bir suç olduğu doktrinde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, çocukların cinsel istismarı, gerek temel şekli bakımından gerekse vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından genel kastla işlenebilen bir suçtur²⁵⁶. Faildeki kastın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına (cinsel davranışa, mağdurun yaşına ve algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğine veya iradeyi etkileyen bir nedenin etkisi altında bulunduğu) yönelik olması aranır²⁵⁷. Çocukların cinsel istismarının düzenlendiği 103. maddenin gerekçesi, cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesine yollama yapmaktadır. 102. maddenin gerekçesine göre ise suçun temel şeklinin oluşabilmesi için failin cinsel arzularını tatmin amacına yönelik cinsel davranışlarda bulunması gerekir. Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle

²⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 247; Özbek/Kanbur, s. 632, Artuç, s. 658.

²⁵⁵ Özbek, s. 283.

²⁵⁶ Dönmezer, s. 79, 80- 92 vd. (Dönmezer eski TCK döneminde ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarına ilişkin yaptığı açıklamalarda, failin müstehcen ve ahlak dışı bir hareketi yaptığını bilmesinin ve davranışının objektif olarak şehevi nitelikte bulunmasının yeterli olduğunu, fail bu davranışı ister cinsel saiklerle ister kin ve intikam maksatlarıyla gerçekleştirsün suçun oluşması bakımından bunun bir öneminin bulunmadığını belirtmiştir); Ünver, s. 298; Baytemir, (Genel Adap), s. 12; Tezcan/Erdem/Önok, s. 247; Artuç, s. 659; Meran, s. 349, 363, Parlar/ Hatipoğlu, s. 1653; Gündüz /Gültaş, s. 29.

²⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 247; Artuç, s. 659; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1652, 1653; Gündüz /Gültaş, s. 54.

gerçekleştirilen nitelikli halde ise suçun temel şeklinin aksine, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Gerekçede her ne kadar bu yönde açıklamada bulunulmuş ise de, bu görüş taraftarlarına göre suçun gerek temel şeklinde, gerekse nitelikli biçiminde failin aynı zamanda cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmez. Suçun basit hali için aranan bir koşulun, o suçun nitelikli hali için aranmayacağı yönündeki bir açıklama dayanaksızdır. Her iki durumda da davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması yeterli olup²⁵⁸, faildeki saikin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Örneğin mağduru toplum içinde küçük düşürmek amacıyla hareket edilmiş olsa da suç oluşacaktır²⁵⁹.

Bir başka görüşe göre ise cinsel istismar suçunun temel şeklinin manevi unsurunu ve vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin manevi unsurunu ayrı ayrı incelemek gerekir. Gerekçede de belirtildiği üzere suçun temel şekli açısından genel kast suçun gerçekleşmesi için yeterli olmayıp, failde ayrıca cinsel arzuları tatmin gayesi aranacaktır²⁶⁰. Suçun nitelikli hali bakımından ise failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur, eylemin cinsel arzuların tatminine yönelmesi gerekmez²⁶¹. Failin mağduru korkutmak, aşağılamak, intikam almak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da suç oluşur. Her ne kadar suçun oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmesi gerekmeseyse de, fiilin nitelik itibarıyla cinsel bir içerik taşıması gerekir. Bu bakımdan örneğin bir kimsenin vücut boşluğuna bir cisim saplanması bu suçu oluşturmaz. Belirtmek gerekir ki vajinal veya anal yoldan

²⁵⁸ Suçun oluşması bakımından genel kastın yeterli olduğunu kabul etmekle birlikte hareketin objektif olarak şehevi nitelikte bulunmasının dahi gerekli olmadığını, sadece madde metninde belirtildiği gibi cinsel bir davranışın yeterli olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. **Ünver**, s. 299.

²⁵⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 231; Benzer nitelikte suçun hem basit hem de nitelikli halinin genel kastla işlenebileceği yönündeki açıklamalar için bkz. **Özbek/Kanbur**, s. 632.

²⁶⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 168; **Şen**, s. 379; **Yenidünya**, s. 3304; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 286, 287 (Yazar, kanun koyucunun gerekçede eylemin cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması gerektiğini belirterek özel kastı aradığını, ancak bu suçun aynı zamanda çocuğun cinsel istismarını önleyerek çocuğun yararını gözettiğini, başka bir ifade ile bu suçta korunan hukuksal değerlerden birinin çocuğun korunması olduğunu ve bu yüzden bu suçun oluşması için genel kastın yeterli sayılması gerektiğini belirtmiştir.); **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 252; **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 134; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 423; **Artuç**, s. 659.

²⁶¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 171; **Yenidünya**, s. 3306; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 287; **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 258; **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 425; **Artuç**, s. 659; **Erol**, s. 520.

mağdura organ veya sair bir cisim sokulması halinde fiilin cinsel içerikli olduğu konusunda tereddüt yoktur. Buna karşın, bir kimseye oral yoldan zorla sağlığını bozacak sıvı ya da katı maddeler yedirilmesi halinde fiil cinsel nitelikte olmadığından bu suç oluşmaz²⁶².

Bir üçüncü görüşe göre ise suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi yani vücuda organ veya başka bir cismin sokulması cinsel duyguların tatminine yönelik olmalıdır. Madde gerekçesinde bunun aksi savunulmakta ise de bir suçun nitelikli şeklinde basit şeklinin varlığı için gerekli olan bütün unsurların var olmasının zorunlu olduğu, cinsel saldırı (istismar) suçunun varlığı için failin davranışının cinsel arzuları tatmine yönelik olması gerektiği göz önüne alındığında madde gerekçesindeki görüşü kabul etmek mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde cinsel saldırı (istismar) suçu ile kasten yaralama ve işkence suçlarını birbirinden ayırmak pek çok halde mümkün olmayabilir²⁶³. Aynı doğrultudaki bir başka görüş de cinsel istismar suçunun gerek temel şekli gerek nitelikli şekli bakımından failde özel kastın yani cinsel saikin varlığının araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre aksi halde iyiniyetli veya dostça müdahaleler veya cinsel saik içermeyen hareketler cinsel istismar suçu olarak kabul edilebilecek ve suçun kapsamı oldukça genişleyecektir²⁶⁴.

Kanımızca ilk açıkladığımız görüş doğrultusunda çocukların cinsel istismarı suçunun hem temel şeklinin hem de vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli şeklinin gerçekleşmesi için genel kast yeterlidir. Her ne kadar kanun koyucu gerekçede suçun temel şekli bakımından failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesinin aranacağını belirtse de suçun unsurları arasında yer verilmeyen bu hususun, gerekçeyle maddeye dâhil edilmeye çalışılması yersizdir. Ayrıca doktrinde de belirtildiği üzere, suçun nitelikli hali bakımından aranmayan bir unsurun basit hali bakımından, üstelik madde metninde de yer almadığı halde aranması kanunilik ilkesi karşısında izahı mümkün olmayan bir durum yaratmaktadır. Gerekçeler kanunun anlaşılması bakımından yol gösterici olmakla beraber maddede yer almayan hususları madde metnine sonradan dâhil etmek gibi bir

²⁶² **Yenidünya**, s. 3293.

²⁶³ **Toroslu**, s. 60, 61.

²⁶⁴ **Şen**, s. 382, 399.

işleve sahip değildirler. 5237 Sayılı TCK'nın Adalet Komisyonu raporundaki "madde başlığı ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır" biçimindeki açıklama uyarınca, metinle çelişmeyen gerekçenin maddenin yorumlanmasında dikkate alınması gerekir²⁶⁵. Ancak gerekçe madde ile çelişiyorsa veya maddede yer almayan hususları içeriyorsa asıl olan kanun metninin kendisidir. Bu bakımdan gerekçede aksi belirtilmesine rağmen suçun hem temel hem de nitelikli şeklinin genel kastla işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak burada bir hususu vurgulamakta fayda vardır. Suçun oluşması için genel kastın yeterli olması tipe uyan her hareketin bu suçu oluşturacağı anlamına gelmez. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu suçun oluşabilmesi için failin hareketlerinin objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca failin bunu cinsel arzularını tatmin etmek saikiyle gerçekleştirmesi gerekmez. Örneğin failin mağdurun kulağına kalem sokması durumunda bu suç oluşmaz. Çünkü failin hareketi cinsel nitelikli değildir.

Suçun oluşması açısından genel kastı yeterli görmekle beraber farklı bir gerekçe ile bu sonuca ulaşan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre failde şehvi arzuların tahrik veya tatmin edilmesini aramak gerekir. Ancak bunun gerçekleşmiş olması şart olmadığı gibi, burada belirtilen ve failde bulunması gereken cinsel arzu, ceza hukuku doktrininde anlaşılan anlamda saik değildir. Faildeki şehvi arzunun tahrik veya tatmini suçun manevi unsurunun bir kısmı değildir, bu bakımdan saik olarak nitelendirilemez, ancak bu husus esasen fiilin bünyesinde mevcuttur ve failin hareketinin niteliğini bilerek yapmış olması yeterlidir. Bu durum sübjektif nitelikte görünmekle beraber, gerçekte bu durum hareketin haksızlık içeriğine dâhildir. Bu bakımdan failin hareketinin cinsel nitelikte olduğunu bilmesi ve hareketin cinsel dürtülerle gerçekleştirilmekte olduğu bilincine sahip olması yeterlidir. Bu ise saik değildir. Aksi halde yani failin sübjektif durumunun göz önüne alınmadığı, hareketin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmasının ve failin böyle bir hareketi icra kastını taşımasının suçun oluşması için yeterli olduğu görüşünün kabul edilmesi halinde, bir kadını evinden birkaç yüz metre ilerideki hastaneye taşıyan ve taşırken bacaklarının arasından tutan erkeğin fiilinin suç olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira fiil objektif olarak böyle bir arzunun tatminini gerçekleştirecek nitelikte olduğu gibi, fail

²⁶⁵ Meran, s. 365, (Y.CGK., E. 2005/5-147, K. 2005/149, T. 30. 5. 2005 tarihli YCGK kararında geçen bir bölümden alıntı yapılmıştır.)

bu hareketin icrası kastını da taşımaktadır. Sonuç olarak bu düşünceye göre failin fiili objektif olarak cinsel bir nitelik taşımakla beraber failde şehvet hissinin tahrik ve tatmini aranmalıdır, ancak bu saik anlamına gelmez²⁶⁶. Bu açıklamalardan sonra da suçun gerek basit, gerekse nitelikli şeklinin gerçekleşmesi için genel kastın yeterli olduğu şeklindeki görüşümüzü tekrar ediyoruz. Fail ister shevi arzularının tatmini amacıyla isterse mağduru aşağılamak, kendini kötü hissetmesini sağlamak, intikam almak vs. gibi amaçlarla hareket etsin, fiili objektif olarak cinsel bir nitelik taşıdığı sürece suçun oluşacağı tartışmasıdır. Kanımızca failin hangi saiklerle (her ne kadar bu araştırma bazı yazarlarca saik olarak nitelendirilmese de) bu fiili gerçekleştirdiğini araştırmaya lüzum bulunmamaktadır. Yukarıda erkeğin kadını hastaneye götürmesi örneğinde ise failde suç işleme kastı bulunmamaktadır.

Suçun basit halinin özel kastla işlenebileceğinin kabulü halinde kanunun amaçlamadığı bazı sonuçların da ortaya çıkması mümkündür. Örneğin kaza, hastalık gibi sebeplerle cinsel arzularının tatmini imkânı ortadan kalkmış bulunan bir failin, mağdur çocuğa, sözgelimi çocuğu aşağılamak için basit nitelikte istismarda bulunması (mesela göğüslerini ellemesi) halinde, failin cinsel arzuları tatmin gayesiyle hareket etmediğinden bahisle suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Hâlbuki failin hareketi objektif olarak cinsel niteliktedir. Gerekçede her ne kadar gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak shevî nitelikte bulunmalarının yeterli olduğu, failin shevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olmasının gerekmediği belirtilmekte ise de failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesi ile bu arzuların fiilen tatmin edilmiş olup olmadığı farklı konulardır. Sonuç olarak yukarıdaki örnekte olduğu gibi, failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmediği durumlarda da eğer hareketi objektif olarak cinsel nitelikte ise genel kastın yeterli olduğu ve cinsel istismar suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

Değnilmesi gereken bir diğer husus failin yanılmasının kastını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorunudur. Örneğin mağdurun vücuduna organ sokarak nitelikli cinsel istismar suçunun maddi unsurunu gerçekleştiren fail, mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu sandığı yolunda savunmada bulunursa, failin bu

²⁶⁶ **Önder**, s. 494, 495. (Yazar bu açıklamaları eski TCK döneminde, ırza tasaddi suçu bakımından yapmıştır).

savunmasına itibar edilecek midir? Burada sorunun hata hükümleri göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Hata hükümlerinin düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasına göre fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. Maddenin gerekçesine göre ise kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur.

Kanun maddesinde bahsi geçen suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar fiilin suç oluşturması için bulunması gerekli hususlardır. Fail bu unsurlarda hataya düşerek suç tipinde yer alan ve kastın kapsamına girmesi gereken unsurlardan birinin var olduğunu bilmemektedir. Aslında bu maddede düzenlenen ve kastı kaldıran hata esaslı fiili hatadır. Fiili hata kusuru tümüyle ortadan kaldırmaz, sadece kastı kaldırır. Esaslı fiili hata doktrinde şu şekilde formüle edilmektedir: Fail yanılmasaydı fiil suç oluşturmayacaktı diyebiliyorsak failin yanılması esaslıdır²⁶⁷. Yukarıdaki örneğe dönersek, örneğimizde fail mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu sandığını beyan etmiştir. Esaslı fiili hata formülünü örneğimize uyguladığımızda fail yanılmasaydı fiil suç oluşturmayacaktı diyebiliyorsak failin hatasını esaslı kabul etmek gerekir. Başka bir ifade ile mağdur, failin sandığı gibi gerçekten 18 yaşından büyük olsaydı, cinsel istismar suçu oluşmayacaktı. O halde failin yanılması esaslıdır ve kasten hareket etmiş sayılmaz²⁶⁸. Tabi burada mağdurun görüntü itibariyle gerçekten 18 yaşından büyük gösterip göstermediği, faile yaşını söyleyip söylemediği gibi hususlar da failin savunmasının doğruluğu ve gerçekten hataya düşüp düşmediği yönünden araştırılması gereken diğer konulardır. Özellikle 15 yaşından büyük çocukların kendilerini 18 yaşından büyük olarak tanıtarak faille rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde failin gerçekten hataya düşüp düşmediği iyi araştırılmalıdır. Örneğin mağdurun yaşı hakkında faile aldatıcı belgeler göstermesi halinde failin suç

²⁶⁷ **Özbek**, s. 390, 391; **Özbek**, Özer, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, (Hata), s. 86, 87.

²⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Özbek**, (Hata), s. 85.

işlemek kastı ile hareket ettiği söylenemez²⁶⁹. Bu durumda failin taksirle hareket ettiği söylenebilirse de aşağıda da açıklayacağımız üzere cinsel istismar suçu taksirle işlenebilen bir suç değildir.

Her ne kadar kanun hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğunu belirtmişse de; çocukların cinsel istismarı suçu taksirle işlenebilen bir suç olmadığından, fail hakkında, CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrasının c bendi gereğince, yüklenen suç açısından failin kastının bulunmaması gerekçesiyle beraat kararı verilmelidir. CMK m. 223/3-d'de kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde fail hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmişse de yukarıda açıkladığımız gibi esaslı fiili hata kusurluluğu değil kastı ortadan kaldırır, bu bakımdan fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı değil, kastının bulunmamasından dolayı beraat kararı verilmelidir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

5237 Sayılı TCK'nın 35. maddesine göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Görüldüğü üzere yeni TCK icra hareketlerinin ne zaman başladığını tespit için doğrudan doğruya icraya başlamayı ölçüt olarak kabul etmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunu teşebbüs açısından incelerken, suçun temel ve nitelikli hallerine göre farklı değerlendirmeler yapmak gerekecektir²⁷⁰. Kanunun

²⁶⁹ Erem/Toroslu, s. 300; Erem, (TCK Şerhi), s. 1855; Benzer yönde bkz. Dönmezer, s. 69; Bakıcı, s. 31; Malkoç, (Genel Adap), s. 12; Malkoç, (TCK), s. 3170; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3838.

²⁷⁰ Suçun hem temel hem de nitelikli şekline teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden yazarlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (5237 Sayılı...), s. 171; Tezcan/Erdem/Önok, s. 247;

neticeyi göstermediği, icrai ya da ihmali hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul ettiği suçlara şekli ya da neticesiz suçlar denir. Bu tür suçlarda netice harekete bitişik olup, yer ve zaman olarak hareketten ayrılamaz. Hareketin yapılması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu bakımdan kural olarak neticesi harekete bitişik suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak netice hareketten bir şekilde ayrılabilirse, bu durumda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekir²⁷¹.

Çocukların cinsel istismarı suçunun, TCK m. 103/1'de düzenlenen temel şekli, failin cinsel davranışları gerçekleştirilmesiyle tamamlanır²⁷². O halde yukarıdaki açıklamalar ışığında bu maddede neticesi harekete bitişik bir suç söz konusudur. Bunun sonucu olarak da kanaatimizce suçun temel şekline teşebbüs kural olarak mümkün değildir²⁷³. Ancak aşağıdaki örnekte olduğu gibi hareket kısımlara bölünebiliyorsa, suçun basit şekline de teşebbüsün mümkün olduğu durumlar olabilir. Örneğin failin bir çocuğa bıçağı çekip memelerinden bir defa öpeyim demesi ve etraftan gelenler olunca kaçması durumunda basit cinsel istismar suçuna teşebbüs edilmiş olacaktır²⁷⁴. Kanımızca burada değerlendirmeyi, suçun temel şeklinin oluşması için cinsel davranışların mağdur çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmemesi gerektiği tartışmasını da göz önüne alarak yapmak gerekir. Daha önceki açıklamalarımızda da tartıştığımız üzere ve bizim de taraftarı olduğumuz görüşe göre cinsel istismar suçunun basit şeklinin gerçekleşmesi için mağdur çocuğun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerektiği kabul edildiğinde, failin mağdura memelerini bir kez öpeyim demesi, basit cinsel istismar suçuna teşebbüsü oluşturur. Çünkü burada fail gerek bıçakla mağduru tehdit ederek gerekse söylediği sözlerle kastının tacize değil istismara yönelik olduğunu ortaya koymuştur. Başka bir ifade ile gerekçede de belirtildiği gibi işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yapmaya başlamıştır. Ancak icrasına başladığı hareketleri başkalarının gelmesi nedeniyle tamamlayamamış, mağdurun vücuduna

Özbek/Kanbur, s. 633; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 291; **Yenidünya**, s. 3306; **Artuç**, s. 660.

²⁷¹ **Özbek**, (İzmir Şerhi), s. 444, 445.

²⁷² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 171; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 247; **Özbek/Kanbur**, s. 633; **Yenidünya**, s. 3306.

²⁷³ Cinsel saldırı suçu açısından benzer yönde açıklamalar için bkz. **Şen**, s. 378, 379, 399.

²⁷⁴ **Artuç**, s. 660.

temas edemeden kaçmıştır. O halde burada basit cinsel istismara teşebbüs söz konusudur.

Aksi görüşün yani suçun oluşması için mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin şart olmadığına, her türlü cinsel davranışın suçu oluşturacağına kabulü halinde ise failin yukarıda belirtilen hareketi yapması halinde artık suç tamamlanmış olacak, teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinde ise suç, vücuda organ veya sair cismin kısmen veya tamamen sokulmasıyla tamamlanır²⁷⁵. Failin cinsel doyuma ulaşması suçun tamamlanması için gerekli değildir²⁷⁶. Burada netice hareketten ayrılabilir olduğundan teşebbüs tartışmasız olarak mümkündür. Örneğin failin mağdurun vajinasına bir cisim sokmak istemesi ancak cismin büyüklüğü veya mağdurun vajinasının küçüklüğü gibi nedenlerle başarılı olamaması durumunda bu nitelikli hale teşebbüs söz konusudur. Yine fail mağdura yönelik nitelikli cinsel istismar eylemi bakımından kastını ortaya koyduktan sonra engel bir nedenle fiili gerçekleştirilememişse eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir²⁷⁷.

Suçun sonucunda mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi veya mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halleri cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri olduğundan, bu durumlarda teşebbüs olanaklı değildir. Çünkü maddelerde belirtilen neticenin ortaya çıkmadığı durumlarda, failin bu maddelere göre cezalandırılması mümkün olmayacaktır. O halde bu nitelikli hallerde teşebbüs mümkün olmayıp, failin bu maddelere göre cezalandırılması bu ağır neticelerin ortaya çıkmasına bağlıdır. Ancak cinsel istismar fiilinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda da bu neticelerin ortaya çıkması mümkündür.

²⁷⁵ **Dönmezer**, s. 49; **Önder**, s. 453, 454; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 171; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 247; **Şen**, s. 383; **Özbek/Kanbur**, s. 633; **Yenidünya**, s. 3306; **Bakıcı**, s. 14; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 13; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3834; **Artuç**, s. 660.

²⁷⁶ **Malkoç**, (Genel Adap), s. 13; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3834; **Artuç**, s. 660.

²⁷⁷ “Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi hile ile apartmanın bodrum katına indirdikten sonra, eliyle ağzını kapatarak ‘soyun seninle cinsel ilişkide bulunacağım’ deyip kastını ortaya koyduktan sonra sesleri duyan tanıkların gelmesi ile eylemini tamamlayamamış olması karşısında eylemin ırza geçmeye eksik teşebbüs niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması”, **Y. 5. CD. E. 2007/5798, K. 2000/1025, T. 6. 4. 2000, (Erol, s. 527).**

Bizatihi bu maddeler uyarınca (m. 103/6-7) verilen cezalardan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması mümkün değilken, asıl fiilin teşebbüs aşamasında kalması durumunda (örn.:m. 103/2) asıl fiil uyarınca cezanın belirlenip daha sonra teşebbüs nedeniyle indirim yapıp (m. 35), daha sonra bu neticelerden hangisi gerçekleştirilmişse ona göre cezanın belirlenmesi (örn.:m. 103/7) mümkündür. İkisini birbirine karıştırmamak gerekir.

Fail TCK m. 36'ya göre, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır²⁷⁸. Çocukların cinsel istismarı suçuna elverişli hareketlerle icraya başlayan fail gönüllü olarak suçu işlemekten vazgeçer veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellerse, bu suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan cezalandırılacaktır. Örneğin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle nitelikli istismar suçunu işlemek için icraya başlayan fail, bundan gönüllü olarak vazgeçerse, bu ana kadar yaptığı hareketler basit cinsel istismar suçunu oluşturacağından ve daha önce de belirttiğimiz gibi m.103/1 ve m. 103/2'nin ayrı suçlar olarak kabul edilmesi gerektiğinden, failin m. 103/1'den cezalandırılması gerekir²⁷⁹. Fail, cebir kullandıktan sonra çocukla cinsel ilişkide bulunmaktan vazgeçerse, TCK m. 103/1 ve cebir suçundan (TCK m.

²⁷⁸ "...Sanık emri vaki yapıp mağdurun evine girdikten sonra müdahili kolundan tutup yere yatırmış, kazağını kaldırıp göğüslerine el atmış, kendi pantolonunun düğmelerini çözmeye başlayınca müdahil sanığın ırzına yönelik eyleminden başka türlü kurtulamayacağını anlayarak 'şimdi çocuklar gelir, adım çıkar, sen git, ben gelirim' demiş, bu söze inanan sanık müdahili bırakarak evden ayrılmıştır. Sanığın müdahilin ırzına geçmeye yönelik eyleminden kendi arzusu ile değil, müdahilin hileli yollara başvurarak bir başka ortamda rızasıyla ırzına geçmesine izin vereceğine inandırması sonucu vazgeçmiş olduğunun açıklıkla anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin zorla ırza geçmeye eksik kalkışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinden," **Y. CGK., E. 1987/214, K. 1987/425, T. 05. 10. 1987, (Gündüz /Gültaş, s. 151).** "Oluşa uygun kabule göre sanığın mağdureyi çırılçıplak soyup kendisi de soyunduktan sonra onun anüsüne cinsel organı ile tazyikte bulunduğu sırada, mağdurenin duyduğu acı nedeniyle bağırması üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği, hazırlık soruşturması sırasında mağdurenin anlatımı ve doktor raporu içeriğinden anlaşılmasıyla sanığın eyleminin TCK'nın 61/son uyarınca zorla ırz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması", **Y. 6. CD., E. 1998/3146, K. 1998/4361, T. 18. 11. 1998, (Taşdemir/Özkepir, s. 936).**

²⁷⁹ **Tezcan/Ertem/Önok, s. 247; Özbek/Kanbur, s. 633; Yokuş Sevük, (Cinsel İstismar), s. 291; Artuç, s. 661; Meran, s. 353.**"Sanığın ırza geçme eylemini sonuçlandırma olanağı varken, eylemini sürdürmüyerek kendiliğinden vazgeçmesi sebebiyle TCK'nın 61/son fıkrası nazara alınarak tasaddide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar vermek gerekir", **Y. CGK., E. 1990/5- 101, K. 1990/156, T. 04. 06. 1990, (Otacı, s. 35).**

108) ayrı ayrı cezalandırılmalıdır²⁸⁰. Mağdurun bağırması ve ağlaması nedeniyle failin fiili işlemekten vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmaktadır. Bağırma ve ağlama caydırıcı, vazgeçirici bir engel olarak görülmemekte, failin gönüllü olarak suçun işlenmesinden vazgeçtiği kabul edilmektedir. Tabii burada şöyle bir değerlendirme de yapılmaktadır; bağırma ve ağlama ıssız bir yerde olup kimse tarafından duyulamayacak ise failin vazgeçmesi gönüllüdür. Ancak mağdurun bağırma ve ağlamalarının başkaları tarafından duyulması ve başkalarının yardıma gelmesi mümkün ve muhtemel ise ve fail bu nedenle suçu işlemekten vazgeçiyor ise vazgeçme gönüllü değildir²⁸¹.

Failin nitelikli cinsel istismar suçunu icraya başlayıp, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda, basit cinsel istismardan mı, yoksa nitelikli cinsel istismara teşebbüsten mi cezalandırılacağı sorununda, failin kastının hangi suçu işlemeye yönelik olduğunun tespiti önemlidir. Burada failin kastı söylediği sözlere bakılarak, olay öncesi davranışları ve olayın geçtiği yer gibi hususlar irdelenerek belirlenir. Failin mağdura seninle yatmak istiyorum, benim olacaksın, seni halledeceğim²⁸² gibi sözler söylemesi veya mağduru ıssız bir yere götürüp iç çamaşırını çıkarmaya çalışması, soyunarak mağdurun yanına yatması gibi durumlarda failin nitelikli cinsel istismar kastıyla hareket ettiği kabul edilebilir²⁸³. Ancak bu şekilde bir belirleme yapılamazsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği failin basit cinsel istismar kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir²⁸⁴.

²⁸⁰ **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 291.

²⁸¹ **Malkoç**, (Genel Adap), s. 26; **Malkoç**, (TCK), s. 3181.

²⁸² “Sanığın tehdit ederek zorla götürdüğü evinde mağdura seni yapacağım dedikten sonra eline aldığı kırık şişeyi ona doğrultup korkutarak soyunmasını sağlayıp kırık şişeyi onun vücudunda dolaştırırken dışarıda bulunan köpeğin havlaması üzerine buradan ayrılma, geleceğim, seni yapacağım diyerek dışarı çıkması üzerine mağdurun pencereden atlayıp kaçması şeklindeki olayın 5237 Sayılı Yasa’nın 103/2 ve 35. maddelerinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının sübutu ve bu husustaki delillerin tayin ve takdirinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”, **Y.5. CD., E. 2005/ 18597, K. 2006/ 343, T. 30.01.2006.**(**Artuç**, s. 661, dn. 973). “Oluş ve kabule göre, müştekinin evine geceleyin kapısını kırarak giren sanığın ona ‘soyun seninle yatacağım’ diyerek maksadını açıklayıp bıçak çektiği, müştekinin kabul etmemesi, oyalayıcı sözlerle zaman kazanması sırasında bıçağını yere bırakınca müştekinin tekme atarak kaçması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından zorla ırza geçmeye eksik teşebbüs niteliğinde bulunan bu eylemin ırza tasaddi olarak kabulü ile yazılı şekilde cezalandırılması”, **Y. 5. CD. E. 1999/5028, K. 1999/494, T. 22. 2. 1999, (Taşdemir/Özkepir**, s. 935).

²⁸³ **Artuç**, s. 660. Benzer yönde bkz. **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 3834.

²⁸⁴ **Şen**, s. 383; **Artuç**, s. 661.

Failin cinsel iktidarsızlığı nedeniyle istismarı gerçekleştirememiş olması durumunda, işlenemez suç değil teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır²⁸⁵. Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekse de elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Bu bakımdan, fail elverişli hareketlerle icraya başladıktan sonra iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa, teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır²⁸⁶.

B. İştirak

Suç tipinde belirlenen cinsel davranışları gerçekleştiren kişi faildir. Eğer birden fazla kişi söz konusu ise, TCK m. 37'ye göre suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Müşterek failliğin düzenlendiği 37. maddenin gerekçesine göre müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de mağdura cinsel davranışlarda bulunduğu cinsel istismar suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişini üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failer arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi

²⁸⁵ **Erem/Toroslu**, s. 295; **Erem**, (TCK Şerhi), s. 1849; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 233; **Özbek/Kanbur**, s. 621; **Artuç**, s. 660; **Meran**, s. 352; **Nuhoğlu**, s. 621. (Ancak Nuhoğlu'na göre bu durumda iktidarsızlığın sebebini incelemek gerekir. Eğer iktidarsızlık mutlak veya kesin ise işlenemez suçun varlığını kabul etmek gerekir. Fakat iktidarsızlık mutlak değil de somut olayda oluşan bir iktidarsızlık ise, failin ırza geçmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekir). Nuhoğlu ile aynı yönde bkz. **Dönmezer**, s. 57, 58; **Önder**, s. 464. Burada işlenemez suçun olduğuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Malkoç**, (TCK), s. 3180; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 3834.

²⁸⁶ **Erem**, (Ümanist Doktrin), s. 197; **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 261.

farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir. Örneğin fail cinsel davranışlara başlamadan önce mağdurun içeceğine ilaç katarak yardımda bulunan kişi, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır²⁸⁷.

Kişi cinsel istismar suçunu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle de işleyebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler istismar da edilmektedir. Bu bakımdan cinsel istismar suçu da örneğin kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilir²⁸⁸.

Bu suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek de mümkündür²⁸⁹. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir²⁹⁰. Yardım etme ise 39. maddede üç ayrı başlık halinde tanımlanmıştır. Buna göre suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak yardım etme kapsamında

²⁸⁷ **Yokuş Sevik**, (Cinsel İstismar), s. 293; **Yokuş Sevik**, (Cinsel Saldırı), s. 255.

²⁸⁸ **Yokuş Sevik**, (Cinsel İstismar), s. 293; **Yokuş Sevik**, (Cinsel Saldırı), s. 255.

²⁸⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 249; **Özbek/Kanbur**, s. 633; **Yokuş Sevik**, (Cinsel İstismar), s. 293; **Artuç**, s. 661.

²⁹⁰ 38. Maddenin Gerekçesi

değerlendirilmiştir²⁹¹. Resmi evlilik olmaksızın imam nikâhına dayalı olarak gerçekleştirilen fiili birleşmelerde, mağdur çocuğun anne babasının ve fail de çocuksa fail çocuğun anne babasının, cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle TCK m. 39'a göre yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerekir²⁹². Eski TCK döneminde konu ikili bir ayırım ile değerlendiriliyordu. Baba, kızının rızası olmaksızın başlık karşılığı kızını veriyorsa babanın durumu asli iştirak, buna karşın yaşı küçük kızın kendi kararıyla evlenmeye karar verdiği hallerde baba bu evliliğe onay veriyor ve başlık da almıyorsa babanın durumu ferî iştirak olarak değerlendiriliyordu²⁹³. Ayrıca yine eski TCK döneminde kızlarının evlenmeleri konusunda babaların söz sahibi oldukları, annelerin bu karara müdahale edemedikleri gerekçeleriyle annelerin cezalandırılmaması yoluna gidilmiştir. Ancak doktrinde her olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, bazı bölgelerde bu kararı anne, babanın beraber aldıkları hatta bazı bölgelerde sadece annelerin bu kararı verdiği, bu nedenle annelerin suça iştirakinin olup olmadığının her somut olayda değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür²⁹⁴.

Suçta iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için TCK m. 40/3'e göre ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, başka bir ifade ile suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.

²⁹¹ “Sanıklar A.İ ile M.İ.’nin suçun işlenmesi sırasında fiil üzerinde ortak hakim,yetlerinin bulunmadığı, kaçırılan mağdure ve diğer sanıkların evinde kalmasına müsaade etme, yerlerini güvenlik güçlerinden gizleme ve evlenmelerini temin için müşteki ile görüşerek aracı olma şeklinde kabul edilen eylemlerinin suçun işlenmesine yardım etme niteliğinde olduğu ve 5237 Sayılı Yasa’nın 39. maddesine temas ettiği nazara alınmadan ve ayrıca ek savunma hakkı da verilmenden haklarında 37. madde uygulanarak fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir”, **Y. 5. CD. E. 2007/740, K. 2007/2908, T. 16. 4. 2007, (Meran, s. 357).**

²⁹² **Ünver**, s. 314; **Gündüz /Gültaş**, s. 62; “Sanık H’nin 15 yaşından küçük kızı mağdure G’yi, sanık H ve mağdurenin annesinin beyanı ile doğrulanan anlaştığı arkadaşı diğer sanık C ile gayri resmi evlendirdiği ve H’nin başlık almadığı dikkate alındığında eylemin, suça fer’an katılmak şeklinde olduğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle asli iştirak kabulü ile hükme varılması yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2006/10686, K. 2007/2369, T. 28. 02. 2007**; “Kızı mağdure ile sanık K.D’nin gayri resmi evlenmelerine izin veren sanık F.K’nin eylemi reşit olmayan mağdure ile cinsi münasebette bulunma suçunun fer’i iştirak niteliğinde bulunduğu halde asli iştirak olarak kabulü yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2004/7396, K. 2004/4219, T. 24. 5. 2004 (Gündüz /Gültaş, s. 160, 166).** “...15 yaşından küçük kızı mağdurenin, diğer sanık Kadir ile evlenme kararlarına onay vermek suretiyle suça katıldığı anlaşılan sanığın eyleminin niteliği suça ferî maddi katılma niteliğindedir”, **Y. CGK., E. 1992/5-71, K. 1992/94, T. 30. 3. 1992, (Taşdemir/Özkepir, s. 933).**

²⁹³ **Malkoç/Güler**, s. 3161; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 31; **Malkoç**, (TCK), s. 3186, 3187; **Otaç**, s. 29. Bir üst dipnottaki Yargıtay kararlarına da bakınız.

²⁹⁴ **Bakıcı**, s. 28; **Malkoç**, (Genel Adap), s. 31.

TCK m. 41’de düzenlenen iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerine göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

C. İctima

103. maddenin 5. fıkrasında belirtildiği üzere cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin²⁹⁵ kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kastem yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri 87. maddede düzenlenmiştir. 86. maddenin 1. fıkrasında kastem yaralama suçunun temel biçimine, 2. fıkrasında ise basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek kastem yaralama fiillerine yer verilmiştir. Tüm bu maddeler birlikte yorumlandığında varılacak sonuç şudur ki; kanun koyucu cinsel istismar suçu işlenirken kullanılan cebir ve şiddetin, kastem yaralamasının temel biçimine veya basit bir tıbbi müdahale ile giderilecek biçimine sebebiyet vermesini ayrıca cezalandırmaya gerek görmemiş, cinsel istismar suçu kapsamında mütalaa etmiştir. Meydana gelen yaralama ancak kastem yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olursa ayrıca bu suçtan da faili cezalandırmayı uygun görmüştür. Ancak kanunun bu düzenlemesi suç mağdurunun çocuk olması karşısında eleştirilmiş ve kullanılan cebirin kastem yaralamasının temel biçimine sebebiyet vermesi halinde de m. 103/5’in uygulanması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁶.

Kanımızca da cinsel istismar suçunda suçun doğası gereği başvurulabilecek şiddetin miktarı basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmadan öte olmamalıdır. Bunun ötesinde fail mağduru kastem yaralamasının temel şekline sebebiyet verecek ölçüde de yaralasa (m. 86/1), netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine

²⁹⁵ Cebir kavramı içinde şiddet de yer aldığından madde metninde “cebir ve şiddet” teriminin kullanılması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Meran**, s. 359, dn. 83.

²⁹⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 171, 172; **Yenidünya**, s. 3306; **Özbek/Kanbur**, s. 633.

sebebiyet verecek derecede de yaralasa m. 103/5 uygulanabilmelidir. Ancak şu anki mevcut düzenleme böyle bir yoruma olanak tanımamaktadır. Bu durum karşısında (failin mağduru basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde, kasten yaralamanın temel şekline sebebiyet verecek ölçüde yaralaması halinde), doktrinde, cezanın m. 61 çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür²⁹⁷.

Bununla beraber cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin 4. fıkrasında suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişinin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı düzenlemesi getirilmişken; 103. maddede kullanılan cebrin kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olması halinde failin ayrıca kasten yaralamadan cezalandırılacağına ilişkin düzenleme yapılması bir başka çelişkidir²⁹⁸. Başka bir ifade ile erişkinlere karşı işlenebilen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmasının ölçütü “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” iken, mağdurun çocuk olduğu cinsel istismar suçunda, failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmasının ölçütü “kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olmasıdır”. Kullanılan ölçüt bakımından bu çelişik ve izahı mümkün olmayan düzenlemeler ile çocukların korunduğundan söz edilmesi mümkün değildir²⁹⁹.

103. maddenin 5. fıkrasının uygulanabilmesi için failin asıl kastı cinsel istismar suçuna yönelik olmalıdır, failin ayrıca mağduru yaralamak gibi bir kastı varsa yaralanmanın derecesi ne olursa olsun fail hem cinsel istismar suçundan hem de kasten yaralama suçundan cezalandırılmalıdır³⁰⁰.

²⁹⁷ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (5237 Sayılı...), s. 172.

²⁹⁸ Bu konudaki çelişik TBMM Adalet Komisyonu görüşmelerinde de dile getirilmiştir. Bkz. **Sözüer**, Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, s. 346.

²⁹⁹ **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 290, 291; **Artuç**, s. 656; **Meran**, s. 358; **Gündüz /Gültaş**, s. 63.

³⁰⁰ **Artuç**, s. 656.

Cinsel istismar suçunun aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik olarak birden fazla işlenmesi halinde m. 43'de düzenlenen zincirleme suç kuralları uygulanabilecek ve faile tek bir ceza verip bu ceza dörtte birden dörtte üçüne kadar arttırılabilecektir. Ancak 43. maddenin 29.06.2005 Tarih ve 5377 Sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirilmesinden önceki halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkün değildi. Yapılan değişiklikle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı deyimleri madde metninden çıkarılmış ve bu suçlarda da zincirleme suç kurallarının uygulanması olanaklı hale gelmiştir. Yine 43. maddede belirtildiği üzere bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılacaktır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere zincirleme suç kurallarının uygulanması için mağdurun aynı olması gerekmektedir. Fail, farklı mağdurlara cinsel istismarda bulunmuşsa, suç aynı zamanda işlense bile zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, mağdur sayısınınca suç oluşacaktır. Ancak doktrinde 43. maddenin 2. fıkrasına dayanarak cinsel istismara yönelik fiillerin farklı çocuklara ve tek bir fiille işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür³⁰¹. Cinsel istismar suçunun oluşması için failin, mağdurun vücuduna temas eden cinsel davranışlarda bulunması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, failin tek bir fiille birden fazla mağduru istismar edebilmesi bize pek mümkün gözükmemektedir. Failin birden fazla mağdurun vücuduna temas eden cinsel davranışlarda bulunması halinde ise; fiil hem hareketi hem neticeyi içine alan bir kavram olduğundan, artık failin hareketinin ve bu hareket sonucu meydana gelen neticenin, dolayısıyla da fiilin tek olduğundan söz etme olanağı bulunmamaktadır.

43. maddede belirtildiği üzere suçun temel şekli ile nitelikli halleri aynı suç sayılacağından cinsel istismar suçunun temel şekli ile nitelikli hallerinin farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura yönelik olarak işlenmesi halinde yine faile tek ceza verilebilecek fakat cezası arttırılacaktır³⁰².

³⁰¹ **Özbek/Kanbur**, s. 632.

³⁰² "Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlediği anlaşılan basit ve nitelikli cinsel istismar suçları hukuki ve fiili bir kesintiye uğramadığı da gözetilerek zincirleme

Örneğin aynı suç işleme kararı kapsamında failin bir keresinde mağduru öpmesi, cinsel bölgelerine dokunması, başka bir zamanda ise vücuduna organ sokması durumunda maddeye göre aynı suç söz konusu olduğundan 43. madde uygulanabilir. Ancak doktrinde vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel istismarın (m. 103/2), basit cinsel istismarın (m. 103/1) nitelikli hali olmadığı, burada tamamen farklı nitelikte bir suçun düzenlendiği gerekçesiyle, aynı kişiye yönelik değişik zamanlarda basit ve nitelikli cinsel istismar gerçekleştirildiğinde zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı ileri sürülmüştür³⁰³.

Cinsel istismarın mağdura aynı zamanda birden fazla veya farklı şekillerde gerçekleştirilmesi halinde bu tek suç mu sayılacaktır, yoksa zincirleme suç hükümleri mi uygulanacaktır? Yargıtay aynı mağdura karşı aynı zamanda hem oral hem anal yoldan cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştur³⁰⁴. Doktrinde cinsel istismar oluşturan davranışın ard arda birkaç kez tekrarlanmış olmasının suçun birden fazla olduğu anlamına gelmediği, ancak bu davranışlar arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise her bir istismar suçundan failin ayrı ayrı cezalandırılacağı, bu durumda suç işleme kararında birlik bulunup bulunmamasına göre zincirleme suç veya gerçek içtima kurallarının uygulanacağı ileri sürülmüştür³⁰⁵. Aksi görüşe göre ise bir ilişki bittikten sonra aradan bir dakika geçse

surette nitelikli istismar suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması”, **Y.5. C.D., E. 2007/5517, K. 2007/7952, T. 16. 10. 2006**, (Artuç, s. 680).

³⁰³ **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 234. Eski TCK döneminde de benzer görüş ırza tasaddi ve ırza geçme suçları açısından ileri sürülmüştür. Bkz. **Malkoç**, (Genel Adap), s. 30; **Malkoç**, (TCK), s. 3185.

³⁰⁴ “Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirdiği halde hakkında 5237 Sayılı Yasa’nın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır”. **Y. 5.CD. E. 2005/19512, K. 2006/1058, T. 23. 02. 2006**, (Artuç, s. 662, dn. 984); “Dosya içeriğine göre birlikte nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyen sanıklardan H’nin anüs ve vulva yoluyla mağdurenin ırzına geçmek suretiyle eylemini teselsül ettirdiği oluşa uygun olarak kabul edildiği halde tayin edilen cezaların 5237 Sayılı TCK’nın 43. maddesi uyarınca arttırılmaması”, **Y. 5. CD. E. 2005/17639, K. 2006/264, T. 26. 01. 2005** ; “Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirdiği halde hakkında 5237 Sayılı yasanın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması”, **Y. 5. CD. E. 2005/19512, K. 2006/1058, T. 23. 02. 2006**. Aynı yönde bkz. **Y. 5. CD. E. 2007/2458, K. 2007/3640, T. 15. 05. 2007**; **Y. 5. CD. E. 2006/326, K. 2006/2415, T. 27. 03. 2006**; **Y. 5. CD. E. 2007/12519, K. 2007/316, T. 29. 01. 2007**, (Gündüz /Gültaş, s. 154, 157, 158, 160). “Sanığın mağdurenin hem anal hem vajinal yoldan zorla ırzına geçtiği anlaşıldığı halde hakkında TCK’nın 80. maddesinin uygulanmaması”, **Y. 5. CD., E. 1998/4275, K. 1998/4441, T. 19. 11. 1998**, (Taşdemir/Özkepir, s. 936).

³⁰⁵ **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 234. (Yazarlar bu açıklamaları cinsel saldırı suçu açısından yapmakla beraber cinsel istismar suçunda da aynı koşullar söz konusu olduğundan bu suç bakımından da

bile tekrarlanan eylem ayrı suç oluşturacaktır. Örneğin eylemin gerçekleştiği zaman aralığında vajinadan sonra anüse sokma, en son da mağdurun ağzına penis sokulması ayrı ayrı eylemler olarak değerlendirilmeli ve fail üç suçtan 43. madde uygulanarak sorumlu olmalıdır³⁰⁶.

Kanımızca 43. maddenin uygulanması için mağdura karşı aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi gerekmektedir. Ceza hukuku kıyas kabul etmediğinden suçun aynı zamanda aynı mağdura karşı birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç kurallarını uygulamak mümkün değildir. Ancak aynı zamanda ifadesini çok geniş de yorumlamamak gerekir. Örneğin fail mağdura istismarda bulunduktan sonra belli bir zaman geçmiş söz gelimi dışarı çıkmış, sonra tekrar mağduru istismar etmişse artık değişik zamanlarda işlenen birden fazla suç olduğunu kabul etmek gerekir³⁰⁷. Aynı zamanda suçun işlenmesinden anlaşılması gereken istismarın hemen akabinde yeni bir istismarın yapılmasıdır. Bu durumda suç aynı zamanda işlendiğinden tek bir suç oluştuğunu kabul etmek gerekir. Ancak failin cezası alt sınırdan uzaklaşarak verilmelidir.

Değiniilmesi gereken bir diğer husus cinsel istismar eyleminin teselsül etmesi durumunda aynı zamanda mağdurun beden veya ruh sağlığı da bozulmuş ise cezalandırmanın nasıl yapılacağıdır. Burada teselsül eden mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması değil, cinsel istismar eylemidir. Bu bakımdan fail cinsel istismar eyleminin temel veya nitelikli şeklinden cezalandırılmalı, fiillerin zincirleme olarak işlenmesinden dolayı ceza m. 43 uyarınca arttırılmalı, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması neticesinden de m. 103/6 uyarınca en az 15 yıla mahkûm edilmelidir³⁰⁸. Yargıtay da cezanın bu şekilde belirlenmesi yönünde içtihadta

aynı açıklamalarına yer vermekte bir sakınca görmüyoruz). Benzer yönde bkz. **Soyaslan**, s. 174; **Erem/Toroslu**, s. 295.

³⁰⁶ **Malkoç**, (Yeni TCK), s. 427.

³⁰⁷ “Mağdurenin anlatımlarına göre sanığın askere gitmeden önce başladığı ırza geçme eylemine dönüşünde de devam ettiği, araya askerlik gibi uzun bir sürenin girmesi ve fiili kesinti nedeniyle suç işleme kararında birlik bulunmadığından iki ayrı suç oluşacağı dikkate alınmadan tek suçtan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD. E. 2006/731, K. 2006/3468, T. 24. 4. 2006**, (**Gündüz /Gültaş**, s. 157).

³⁰⁸ **Meran**, s. 362.

bulunmuştur. Ayrıca m.103/6 uygulanmadan önce bulunan cezanın, 103/6. uyarınca belirlenen cezaya eklenmesi gerektiğini belirtmektedir³⁰⁹.

Konuyu bir örnekle somutlaştırmak yararlı olacaktır. Fail B, 15 yaşından küçük olan mağdur A'yı vücuduna zorla organ sokmak suretiyle birkaç kez, mağdurun ruh sağlığının bozulmasına sebep olacak şekilde istismar etmiştir. Burada öncelikle fail hakkında m. 103/2'ye göre temel ceza tayin edilmelidir. Bu ceza fiil zorla gerçekleştirildiğinden m. 103/4 gereğince yarı oranında arttırılacaktır. Teselsül eden fiil cinsel istismar olduğundan zincirleme suç hükümleri bu aşamada uygulanacak ve m. 43 uyarınca failin cezası arttırılacaktır. En son olarak da m. 103/6 uyarınca en az 15 yıl ceza tayin edilecek ve 103/6 uygulanmadan önce bulunan teselsül nedeniyle artırım miktarı 15 yılın üzerine eklenecektir.

m. 103/2.....	8 yıl
m. 103/4.....1/2 arttırım.....	12 yıl
m. 431/4 arttırım.....	3 yıl
m. 103/6.....	15 yıl
m. 103/6+ m. 43.....	18 yıl

Görüldüğü üzere teselsül nedeniyle artırım miktarı m. 103/6'nın uygulanmasından önce hesaplanmış ancak 103/6 uyarınca tespit edilen ceza miktarının üzerine eklenmiştir³¹⁰. Teselsül eden suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olmadığından yapılan uygulama kanımızca da isabetlidir.

³⁰⁹ “Sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden önceki fıkralardaki hallerin olması nedeniyle 43. maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 103/6 madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6. maddesiyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini yasaya aykırıdır”, **Y. 5. CD., E. 2007/3133, K. 2007/3951, T. 24. 5. 2007, (Meran, s. 362, 363; Parlar/ Hatipoğlu, s. 1661)**. Aynı yönde bkz. **Y. CGK., E. 2007/142, K. 2007/240, T. 20. 11. 2007, (Şirin, Osman ve diğerleri, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Eylül 2004-Temmuz 2008, Adalet Yayınevi, Kasım 2008, s. 336 vd.)**.

³¹⁰ Örnek ve bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **Artuç, s. 662 vd.**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği 109. maddenin 5. fıkrasında cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendiğinde cezanın arttırılarak verileceğine hükmedilmiştir. Fail cinsel istismarda bulunmak için mağduru hürriyetinden yoksun bırakıyorsa ve aynı zamanda cinsel istismarı da gerçekleştiriyorsa burada failin hem cinsel istismar suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan cezalandırılması ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığından 109/5'den de cezasının arttırılması gerekir³¹¹. Çünkü cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmada failin cinsel amaçla hareket etmiş olması yeterlidir, ayrıca cinsel davranışı gerçekleştirilmesi gerekmez, ayrıca cinsel davranışı gerçekleştirip mağduru istismar ediyorsa her iki suçtan cezalandırılması doğaldır, iki suç arasında bileşik suç ilişkisi yoktur³¹². Mağdurun cinsel amaçla hürriyeti kısıtlandığı zaman 109. maddedeki suç oluşacak, cinsel istismar ise o suça ait icra hareketleri yapıldığında meydana gelecektir. Bu bakımdan icra hareketleri ve oluşma zamanları farklı iki suçun meydana geldiği açıktır³¹³. Ancak bu iki suçun oluşması bakımından bir noktaya dikkat etmekte fayda vardır. Mağdur, fail tarafından bir yere gitmek zorunda bırakılmaksızın veya bir yere kapatılmaksızın sadece cinsel davranışlara muhatap kılınmışsa burada sadece cinsel istismar suçu oluşmaktadır. Ayrıca kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için failin belirli bir süre de olsa mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakması ve kastının buna yönelik olması gerekir. Fail sadece fiili gerçekleştirdiği süre boyunca mağdurun özgürlüğünü kısıtlamış (ancak zorla bir yere götürmemiş ve bir yere kapatmamış olacak) ve sonra hemen bırakmışsa kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşmaz³¹⁴. Bu bakımdan her cinsel istismar suçunda ayrıca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu söylenemez³¹⁵.

³¹¹ **Özbek/Kanbur**, s. 634; **Yokuş Sevük**, (Cinsel İstismar), s. 292; **Yokuş Sevük**, (Cinsel Saldırı), s. 262; **Artuç**, s. 661; **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 130.

³¹² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 248; **Özbek/Kanbur**, s. 722.

³¹³ **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 131.

³¹⁴ "...Sanığın mağduru bulunduğu yerden alıp bodruma indirmesinin kaçırıp alıkoyma veya zorunlu yer temini mahiyetinde olup olmadığı, mahiyetinde keşif yapılarak saptandıktan sonra, kaçırıp alıkoyma niteliğinde olduğu anlaşılıyorsa her iki suçtan, aksi halde yalnızca ırz ve namusa tasaddi suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği halde..", **Y. 5. CD., E. 1993/450, K. 1993/1085, T. 11. 3. 1993**, (**Taşdemir/Özkepir**, s. 921).

³¹⁵ **Şen**, s. 392, 393.

Failin evlenme amacıyla mağdurun hürriyetini kısıtlaması durumunda hürriyeti kısıtlama suçunun cinsel amaçla işlendiği söylenebilir mi? Doktrinde evlenme amacının içinde cinsel bakımdan yararlanma da bulunduğu ve rızası olmayan mağdur için bu, dokunulmazlığının ihlali sayılacağından cinsel amaçla hürriyeti kısıtlamanın olduğu belirtilmektedir³¹⁶. Kanımızca da evlenme amaçlı kaçırılmalarda ayrıca cinsel davranışın gerçekleştirilmesi hürriyeti kısıtlama suçunun unsuru olmadığından, fail mağdura herhangi bir cinsel davranışta bulunmamış olsa bile suçun cinsel amaçla işlendiğinin kabulü gerekir. Çünkü failin mağduru evlenme amacıyla kaçırmamasının içinde nihayetinde mağdurla cinsel ilişki kurmak amacı da vardır.

Cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda kişinin rızasıyla faille gitmesi suçun oluşmasını engeller³¹⁷. Çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurları 18 yaşından küçük kimseler olduğundan bu amaçla mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılmasında, mağdurun rızasının olup olmaması önem arz eder. Başka bir ifade ile çocukların cinsel istismarı suçunda mağdur 15 yaşından küçükse rızası ile cinsel davranışlara muhatap kılınsa bile cinsel istismar suçu oluşacak fakat cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşması için mağdurun rızasının araştırılması gerekecektir. 15-18 yaş arası mağdur çocuklar için ise cinsel istismar fiilleri cebir, tehdit, hile veya başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmişse cinsel istismar suçu oluşacak fakat yine cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi için mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.

TCK m. 26/2'de belirtildiği üzere kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için mağdurun mutlaka yetişkin olması gerekmez. Temyiz kudretine sahip olan herkesin rıza açıklamasında bulunmaya ehil olduğu kabul edilir. Başka bir ifade ile kişi hukuki yararın önemini ve bunun korunmasından vazgeçmiş olması halinde bunun ne anlam taşıdığını anlayabilme yeteneğine sahipse rızası geçerli kabul edilmelidir. O

³¹⁶ **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 129.

³¹⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 248, **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 129, 130.

halde bu konuda belli bir yaş sınırı koymak doğru değildir, asıl olan temyiz kudretinin varlığıdır³¹⁸. Tabii rızanın mağdurun kendi iradesi ile ve suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlenmesi sırasında verilmiş olması gerekir. Hile ile elde edilen rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz³¹⁹. Bu bakımdan cinsel amaçla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunda mağdur ister 15 yaşından küçük olsun, isterse 15-18 yaş grubunda olsun, temyiz kudretine sahipse ve rızası hile ile elde edilmemişse, faille gitme konusunda gösterdiği rıza geçerli kabul edilmeli ve bu suçtan dolayı fail cezalandırılmamalıdır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bu durumda mağdurun temyiz kudretine sahip olup olmadığı iyi araştırılmalıdır. Ancak örneğin mağdur çocuğun yaşı rıza beyanında bulunamayacak kadar küçükse böyle bir araştırma yapmaya gerek yoktur.

Her ne kadar TCK m. 234’de düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunda 16 yaş sınırı belirlenmişse de ceza hukukunda kıyas mümkün olmadığından ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda böyle bir yaş sınırı bulunmadığından rıza beyanı için temyiz kudretinin yeterli olduğu görüşümüzü tekrar ediyoruz. Ancak doktrinde, hürriyetin kısıtlanması suçu açısından da tıpkı cinsel istismar suçunda olduğu gibi 15 yaşını doldurmayan çocukların faille gitme yönünde gösterdikleri rızalarını hiçbir şekilde geçerli saymama, 15-18 yaş grubundaki çocuklar açısından ise rızaları varsa suçun oluşmadığını kabul etme yönünde bir görüş de bulunmaktadır³²⁰.

Cinsel istismar suçunun aile bireyleri arasında söz konusu olması halinde hem cinsel istismar suçu hem de m. 232’de düzenlenen kötü muamele suçu oluşacaktır. Ancak fikri içtima kuralları gereğince fail, daha ağır cezası olan cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır. Öte yandan fail cinsel istismar suçunu işlemek için aynı zamanda konut dokunulmazlığını da ihlal etmişse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır³²¹.

³¹⁸ **Özbek/Kanbur**, s. 724; **Özbek**, s. 368.

³¹⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 285.

³²⁰ **Malkoç**, (Cinsel Saldırı), s. 129, 130.

³²¹ **Özbek/Kanbur**, s. 622.

Cinsel istismar suçunun TCK m. 226'da düzenlenen müstehcenlik suçu ile ilişkisini de incelemek gerekir. Maddenin 3. fıkrasına göre müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi cezalandırılır. Aslında bu fıkra düzenlenmiş suç çocuk pornografisidir. Çocuk pornografisi çocuğun pornografik bir üründe kullanılmasıdır. Çocuğun böyle bir üründe kullanılması durumunda iki madde arasındaki bağ nasıl kurulacaktır? Öncelikle kullanmanın ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmak gerekir. M. 226/3'de çocuğun müstehcen ürünlerin üretilmesinde kullanılmasından söz edilmiş ancak bu kullanmanın cinsel istismar boyutuna ulaşması gerekip gerekmediği konusunda bir açıklama yapılmadığı gibi 103. maddeye bir atıfta da bulunulmamıştır. Böyle bir açıklama yapılmamış olması karşısında 226/3'deki suçun oluşması için çocuğun kullanılmasının yeterli olduğu, bu kullanma cinsel istismar boyutuna ulaşmasa bile suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Tabi burada bahsi geçen kullanma cinsel istismarı da içine alan daha geniş bir kavram olarak düşünülmelidir. Ancak yine de 226/3'deki suçun oluşması için ürünün çocuğa yönelik cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrike yönelik olması gerekir. Çocuğa ait çıplak bir poz kullanma olarak nitelendirilemez³²². Bu bilgiler ışığında denilebilir ki 226/3'de belirtilen müstehcen ürünlerin üretilmesi sırasındaki eylemler çocuğun cinsel istismarı niteliğini taşıyor ise gerçek içtima kuralları uygulanacak ve hem m. 103'deki, hem de m. 226/3'deki suç oluşacaktır. Eğer eylem istismar boyutuna ulaşmamış ise sadece müstehcenlik suçunun oluştuğundan da söz edilebilir. Ancak cinsel istismar suçunun kapsamının oldukça geniş olması ve 226/3'deki suçun oluşması için ürünün cinsel davranışlar içermesi zorunluluğu karşısında çoğunlukla bu iki suç bir arada bulunacaktır.

TCK m. 80'de düzenlenen insan ticareti suçuna göre zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimse cezalandırılır. Onsekiz yaşını doldurmamış

³²² **Özbek**, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Seçkin, Ankara 2009, (Müstehcenlik), s. 118, 126.

olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir. Cinsel istismar amacıyla kişilerin bir yere nakli insan ticaretine karşı ek protokolde insan ticareti kapsamında tanımlanmıştır. Bu bakımdan yukarıdaki maddedeki “fuhuş yaptırmak” kavramına cinsel istismar kavramı da dâhildir³²³. Bu çerçevede fail mağdura cinsel istismarda bulunduktan sonra fuhuş yaptırmak için bir yerden bir yere naklederse hem cinsel istismardan hem de insan ticareti suçundan cezalandırılır. Kendisi istismara bulunmaksızın başkalarının çocuğu bu amaçla kullanması için bu fiili işlerse kanımızca insan ticareti suçundan cezalandırılacağı gibi cinsel istismar suçu bakımından da iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılmalıdır.

Benzer yönde bir durum TCK m. 227’de düzenlenen fuhuş suçu açısından da söz konusudur. Maddeye göre çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. Bu bakımdan çocuğa cinsel istismarda bulunmaksızın başkalarının cinsel istismarda bulunması için aracılık eden veya maddede sayılan diğer seçimlik hareketleri gerçekleştiren kişi m. 227’ye göre sorumlu tutulur. Tabi çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından da iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması gündeme gelebilir. Ayrıca bu amaçla çocuğu bir yerden bir yere naklederse insan ticareti suçu bile oluşabilir. Bu durumlarda somut olayın özelliklerine göre fikri içtima veya gerçek içtima kurallarının uygulanması gündeme gelebilir.

VI. YAPTIRIM

Cinsel istismar suçunun 103. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen temel şeklinin işlenmesi halinde faile verilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun 103. maddenin 2. fıkrasında belirlenen şekliyle yani vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesi halinde ise sekiz yıldan onbeş yıla

³²³ **Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, Cilt 2, Özel Hükümler, s. 174, 175.

kadar hapis cezasına hükmolunur. 103. maddenin 3. fıkrasına göre, cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. 4. fıkraya göre cinsel istismarın 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla beraber algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde yine verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (m. 103/5). Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

103. maddenin 6. fıkrasına göre, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Burada kanun cezanın alt sınırını belirlemiş fakat üst sınırını belirlememiştir. TCK m. 49/1'e göre, süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. O halde bu maddede suçun cezasının alt sınırı onbeş yıl, üst sınırı ise yirmi yıldır. Ancak 49. maddedeki süre sınırı temel cezanın belirlenmesi yönündendir. 61. maddenin 7. fıkrasına göre süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza otuz yıldan fazla olamaz. O halde kanunun ceza miktarının üst sınırını belirlemediği suçlarda cezanın üst sınırı temel cezanın belirlenmesi yönünden 20 yıldır. Ancak 61. madde uyarınca uygulanacak hallerle cezanın 20 yılın üzerine çıkması mümkündür. Bu halde ise sonuç cezanın üst sınırı 30 yılı geçemeyecektir³²⁴.

³²⁴ Bu konudaki YCGK Kararı için bkz. Y.CGK., E. 2005/5-147, K. 2005/149, T. 30. 5. 2005, (Meran, s. 364- 367).

103. maddenin son fıkrasında ise suçun, mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

Fail ayrıca mahkûm olduğu hapis cezasının kanuni sonucu olarak 53. maddedeki haklardan yoksun bırakılacaktır. 53. maddenin 5. fıkrasına göre; “birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir”. O halde cinsel istismar suçunun örneğin üstsoy tarafından altsoya karşı işlenmesi halinde velayet hakkının kötüye kullanıldığından bahsedilebilecek ve bu fıkranın uygulanması da gündeme gelecektir³²⁵.

53/5. madde uyarınca hak yoksunluğuna hiç hükmedilmemiş olması hatta hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi sanık yararına kazanılmış hak oluşturmaz, hak yoksunluğuna her zaman karar verilebilir. Kanun yoluna başvurulması halinde bu durum aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilmez³²⁶.

³²⁵ “...Hükümlünün 5237 Sayılı TCK’nın 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük kızına karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediğinin anlaşılmasına göre 5252 Sayılı Yasa’nın 9/3. maddesinin lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle belirlenir hükmü karşısında, asıl ceza bakımından 5237 Sayılı Yasa’nın lehe kabul edilmesinin sonucu olarak cezanın infaz edilmesinden sonra başlamak üzere aynı yasanın 53/5. maddesi uyarınca hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karara verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”, **Y.5. C.D., E. 2007/1967, K. 2007/2877, T. 16. 04. 2007, (Artuç, s. 679).**

³²⁶ “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler”, **Y. CGK., E. 2006/11-301, K. 2006/296, T. 12. 12. 2006, (Meran, s. 367, 368).**

VII. MUHAKEME

A. Soruşturma- Kovuşturma

Cinsel istismar suçu gerek temel şekli gerekse nitelikli halleri bakımından takibi şikâyete bağlı bir suç olmadığından resen soruşturulur ve kovuşturulur.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesine göre işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır. Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur³²⁷.

Yine mağdur çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında CMK m. 52/3'e göre görüntü ve seslerin kayda alınması zorunludur. Bu kayıtlar sadece ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinin 2. fıkrasına göre mağdur onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir³²⁸. Katılanın haklarının düzenlendiği 239/2. maddede de mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde istemi olmaksızın kendisine baro tarafından avukat görevlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Çocukların cinsel istismarı suçunun

³²⁷ “5271 Sayılı CMK'nın 236/3. maddesinin açık hükmü karşısında mağdurların beyanlarının alınması sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y.5. C.D., E. 2007/13273, K. 2007/1611, T. 28. 02. 2007, Aynı yönde bkz. Y.5. C.D., E. 2007/13316, K. 2007/1470, T. 22. 02. 2007, Y.5. C.D., E. 2007/12675, K. 2007/979, T. 13. 02. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1666, 1667).

³²⁸ “18 yaşından küçük ve akıl hastası olan mağdureye CMK'nın 234/2. maddesi gereğince müdafî tayin edilmemesi”, Y.5. C.D., E. 2007/13250, K. 2007/1402, T. 21. 02. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1667).

mağdurları her zaman çocuk olacağından bu hükümlerin gözden kaçırılmaması gerekir³²⁹.

Günümüzde çeşitli barolar mağdur çocuklara hukuki yardım konusunun üzerine hassasiyetle eğilmekte hatta bunun için bünyelerinde ayrı birimler oluşturmaktadır. Ayrıca Valilik, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu İl Müdürlüğü, Çocuk Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Aile Mahkemelerinde değişiklik yapan 14. 4. 2003 tarih ve 5133 Sayılı Kanun'a göre sulh ve asliye hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri, Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlükleri, Milli Eğitim Müdürlüğü, nüfus müdürlükleri, hastaneler, üniversiteler ve benzeri kurumlarla işbirliği yapılmakla mağdurlara verilen desteğin kapsamı ve kalitesi artırılmaya çalışılmaktadır. Takip edilen olaylarda çocukların değişik kişilere tekrar açıklama yapmalarını önlemek amacıyla uzman kişilerle işbirliği yapılmakta ve mahkemelerde onların dinlenilmesi talep edilmektedir³³⁰. Suç sonucu mağdur olan çocukların mahkemelerde yapacağı tanıklık esnasında yeniden mağduriyetlerine sebep olmamak için bu, etkili bir yoldur. Zira birçok anne baba çocuğunun yargılama sırasında maruz kalacağı sıkıntıyı engellemek adına ihbardan çekinmektedir, hatta çocuklarının yargılama sırasında yaşadıkları sıkıntıya tanık olarak cesaretlerini ve adliyeye olan güvenlerini yitirmektedir. Bunun sonucunda da fail eylemlerini devam ettirebilmektedir. Ancak ceza yargılamasının selameti açısından mağdur çocuğun mutlaka dinlenilmesi gerekiyorsa da bir kez ihbarda bulunan anne baba, failin suçunun ispatlanması için artık yargılamanın sonuna kadar dayanmakla yükümlüdür³³¹.

Ayrıca ülkemizde çocuk istismarı ile ilgili çalışma yapan kuruluşlar da mevcuttur. Bu kuruluşlardan bir tanesi İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Çocuk İstismarı Araştırma Birimi'dir. Bu birim sadece çocuk istismarı konusunda

³²⁹ “CMK'nın 239/2. maddesi gereğince kendini savunamayacak derecede akıl hastalığı olduğu saptanan mağdura re'sen baro aracılığıyla vekil görevlendirilmesi gerektiğinin nazara alınmaması”, *Y.5. C.D., E. 2007/13595, K. 2007/1963, T. 15. 03. 2007, (Parlar/ Hatipoğlu, s. 1665).*

³³⁰ **Seliçi**, Harika, “ Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Konusunda Baroların Yürüttükleri Çalışmalara Bir Örnek”, *TBB Dergisi*, Sayı: 57, 2005, s. 361.

³³¹ **Schöch**, s. 4, 5.

çalışmak için kurulmuştur. Hukukçu, psikolog ve pedagoglar için yüksek lisans, doktora programları da mevcuttur³³².

Mağdur akıl hastası ise kendisine vasi tayin edilmesi gerekir ve vasinin sulh hukuk hâkiminden izin alarak davaya katılması gerekir. Ayrıca mağdur çocuk yargılama devam ederken reşit olursa ona velayeten davaya katılan anne babanın müdahilliği sona erer³³³.

B. Görevli- Yetkili Mahkeme

5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adlî para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adlî para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir”*. Aynı kanunun 12. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”* 11. maddede ise asliye ceza mahkemelerinin görev alanı belirlenmiştir. Buna göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”* 14. maddede *“Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur”*, hükmü yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında suçun temel şeklinin düzenlendiği 103. maddenin 1. fıkrasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi, suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinde (m.103/ 2), suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde (m. 103/ 6) ve suçun mağdurun bitkisel

³³² Polat, (Cinsel İstismar), s. 79.

³³³ Bakıcı, s. 30; Malkoç, (Genel Adap), s. 36, 37; Malkoç, (TCK), s. 3191.

hayata girmesine veya ölümüne neden olması hallerinde (m. 103/ 7) görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Cinsel istismar suçlarında yetkili mahkeme CMK m. 12 gereği suçun işlendiği yani cinsel istismarın gerçekleştirildiği yer mahkemesidir. Ancak bu suç çoğunlukla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlendiğinden ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kesintisiz bir suç olduğundan, bu durumda yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olacaktır³³⁴.

VIII. ZAMANAŞIMI

103. maddenin 1. ve 2. fıkrasına giren hallerde m. 66/1-d gereğince zamanaşımı süresi onbeş yıldır. M.103/6'nın söz konusu olduğu durumlarda ise cezanın üst sınırı yirmi yıl olacağından m. 66/1-c gereği zamanaşımı süresi yirmi yıldır. M. 103/7'nin uygulanması gereken durumlarda ise zamanaşımı süresi m. 66/1-a gereği otuz yıldır.

m. 66/3'e göre dava zaman aşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri göz önünde bulundurulur. O halde 103. maddenin 3. veya 4. fıkralarındaki nitelikli hallerin gerçekleştiği dosyadan anlaşılabilirse zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bu nitelikli haller de göz önüne alınacaktır.

TCK'nın 66/6. maddesine göre kural olarak dava zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlar fakat çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda dava zaman aşımı çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

³³⁴ Artuç, s. 667.

SONUÇ

Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 Sayılı TCK'nın 103. maddesinde kişilere karşı suçlar kısmının altıncı bölümü olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçu düzenlenirken 765 Sayılı TCK'nın sistematüğinden ayrılmış ve erişkinlerin maruz kaldığı cinsel özgürlüğe karşı fillerle çocukların maruz kaldığı cinsel özgürlüğe karşı filler ayrı kanun maddelerinde düzenlenmiş ve erişkinler açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına karşın çocuklar bakımından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade çocukların cinsel suç karşısındaki konumlarını ifade etmek bakımından ve uluslar arası terminolojinin yansıtılması bakımından olumlu kabul edilmiştir.

Cinsel suçlarla korunan hukuki yarar cinsel özgürlük, yani kişinin cinsel yaşamını istediği gibi düzenleme hakkı olmakla beraber çocukların cinsel istismarı suçunda korunan hukuki yarar birden fazladır. Bu suçla çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutulması, psikolojik ve bedensel gelişimini her türlü olumsuz cinsel etkiden arı olarak tamamlaması ve ruh ve beden bütünlüğünün, cinsel dokunulmazlığının korunması amaçlanmış ve temelde korunan hukuki yarar çocuğun korunması olmuştur.

Bu suçun faili eski TCK'daki ırza geçme suçunun aksine kadın-erkek herhangi bir kimse olabilir. Mağdur ile fail farklı cinsen olabileceği gibi aynı cinsten de olabilirler. Suçun oluşması bakımından bunun bir önemi yoktur. Suçun mağduru çocuklardır. Çocuk, TCK m. 6'ya göre henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir. Çocuk Koruma Kanunu'na göre ise çocuk daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder. Bu noktada evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış çocuklara karşı işlenen cinsel içerikli fiillerin cinsel saldırı suçunu mu yoksa cinsel istismar suçunu mu oluşturacağı doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışma özellikle 18 yaşından küçük ve evli kimselerin eşleri tarafından gerçekleştirilen fiillerde hangi kanun maddesinin uygulanacağı noktasında toplanmıştır. 18 yaşından küçük ve evli kimselerin eşleri dışında bir kişi tarafından istismara maruz kalmaları halinde bu

davranışın 103. madde gereğince sorumluluk doğuracağı muhakkaktır. Eşleri tarafından gerçekleştirilen fillerde ise doktrinde çoğunluk 102. maddenin uygulanması gerektiği görüşündedir.

Kanun mağdurları 15 yaşını doldurmamış çocuklar, 15 yaşını doldurmuş çocuklar ve 15 yaşını doldurmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar olarak üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur. Görüldüğü üzere bu suçta mağdurların yaşı ve algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediği son derece önemli bir konudur. Bu bakımdan bu hususlar mahkeme tarafından oldukça titizlikle incelenmeli ve bu konuda bir itiraz gelirse veya mahkeme kendiliğinden böyle bir durum gözlerse adli tıp kurumundan da faydalanarak bu sorunu çözüme kavuşturmalı ve uygulanacak kanun maddeleri ile failin sorumluluğunu buna göre belirlemelidir.

103. maddede gösterilen fiil çocukların cinsel yönden istismar edilmesidir. Cinsel istismar ise onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış”, onbeş yaşından büyük çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen “cinsel davranışlar”, olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere aslında kanun cinsel davranışın ne olduğu sorusunun cevabına yanıt vermemiş, bu durum kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Bir başka tartışma konusu da onbeş yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen her tür cinsel davranışın cinsel istismar sayılmasıdır. Bu noktada çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışların cinsel taciz suçunu mu yoksa cinsel istismar suçunu mu oluşturacağı tartışılmıştır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlar cinsel taciz suçu kapsamında mütalaa edilmelidir. Aksi halde çok basit davranışlar da istismar kabul edilecek ve cezalar göz önüne alındığında fiil ile orantılı olmayan cezalara hükmedilecektir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu 15 yaşından küçük ve büyük olmakla beraber algılama yetenekleri gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her tür cinsel davranışı istismar kabul etmiş ancak 15 yaşından büyük çocuklara karşı cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesini aramıştır. Başka bir ifade ile kanun koyucu 15 yaşından küçük çocukların hiçbir şekilde rızaen hareket edemeyeceklerini kabul ederek rızalarına bir değer tanımamış, 15 yaşından büyük çocukların ise rızalarına kısmen değer atfederek eylemin cebir, tehdit, hile veya başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesini suç kabul etmiştir. O halde 15 yaşından büyük çocuklara rızaları ile gerçekleştirilen ve cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar suç teşkil etmeyecektir. Eylemin cinsel ilişki boyutuna varması halinde ise 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelir.

Cebir mağdurun failin isteklerine uygun davranması için uyguladığı fiziki güçtür. Tehdit ise mağdura veya yakınlarına yöneltilen, mağdur istenileni yapmadığı zaman cinsel istismardan daha ağır bir saldırıya maruz kalınacağını bildirilen manevi baskıdır. Hile mağduru cinsel ilişkiye razı etmek için kullanılan her türlü aldatıcı hareket olmakla beraber evlenme vaadi hile olarak kabul edilmemelidir. İradeyi etkileyen neden ise yukarıdaki durumlara girmeyen fakat mağdurun özgür iradesi ile hareket etmesine neden olan her türlü araçtır. Örneğin mağdurun alkollü halinden yararlanılarak suçun işlenmesi bu niteliktedir. Gerekçede açıklandığı üzere kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun iradesinin ortadan kaldırılmasını aramamış bu araçların iradeyi etkileme olasılığını yeterli saymıştır.

103. maddenin 2. fıkrasında suçun nitelikli haline ilişkin fiil “vücuda organ veya sair cisim sokma” olarak belirlenmiştir. Bu noktada kanun koyucu 765 Sayılı TCK’daki düzenlemeleri genişletir bir hüküm getirmiştir. Eski TCK’da bu madde ırza geçme olarak adlandırılıyor ve ırza geçme de aktif failin cinsel organını mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan sokması olarak tanımlanıyordu. Bu tanım gereği bu suçun faili sadece erkekler olabiliyor ve vücuda cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokulması ırza geçme olarak değerlendirilmiyordu. Örneğin failin parmağını mağdurun vajinasına sokarak kızlığını bozması ırza geçme değil ırza

tasaddi olarak değerlendiriliyordu. Getirilen bu yeni düzenlemeyle “ırza geçme” kavramı terkedilmiş ve “vücuda organ veya sair cisim sokma” kavramı getirilmiştir. O halde artık mağdurun vücut boşluklarına organ (sadece cinsel organ değil) veya sair cisim sokulması cinsel istismar/saldırı kapsamında değerlendirilecektir. Maddede mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulmasından bahsedilmiş ancak vücudun hangi bölgesine ithalin suçu oluşturacağı belirtilmemiştir. Gerekçede ise oral, anal ve vajinal boşluklardan bahsedilmiştir. O halde örneğin failin ağzına şişe vs. cisimler sokulması durumunda da suç oluşacak mıdır?.. Bu noktada cinsel davranışa verilen anlam da önem kazanmaktadır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre bir davranışın cinsel davranış sayılabilmesi için objektif olarak bu niteliği taşıması gerekir. Objektif olarak bu niteliği taşımayan davranışların mağdur tarafından öyle anlaşılmış olması, davranışın cinsel olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Örneğin cinsel duyarlılığı aşırı gelişmiş bir fail için mağdurun ayakkabısını ellemek bile tahrik edici olabilir. Ancak bu davranış, objektif olarak cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden cinsel davranış sayılmamalıdır. O halde tıp, psikoloji hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileri ışığında, objektif olarak erojen, yani cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelenebilen davranışlar cinsel sayılmalı, bunun dışında failin özel cinsel duyarlılığının yansıması olan davranışlar ise bu kapsamda görülmemelidir. Bu bakımdan failin mağdurun ağzına şişe, cop gibi cisimler sokması veya vücudunun herhangi bir yerine bıçak sokması gibi fiiller objektif olarak cinsel nitelikte değildir, bu nitelikte hareketler bu suçun oluşmasına mahal vermezler.

m. 103/3 ‘de cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu artırım nedenlerinin kabul edilmesinin nedeni suçun bu kişiler tarafından işlenmesinin daha kolay olmasıdır. Birden fazla kimse ile kastedilen iki veya daha fazla kimsedir. Kanun suçun birlikte işlenmesini aradığı için hareketlerin müşterek failliği gerektirecek şekilde birlikte gerçekleştirilmesi gerekir.

Suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biridir. TCK m. 23 'e göre failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir seviyesinde bir kusurla hareket etmesi gerekir. Ruh sağlığının bozulmasının netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmesi doktrinde oldukça eleştirilmiştir, çünkü her cinsel istismar/saldırı eylemi mağdurda muhakkak psikolojik bir travmaya yol açar. Ancak uygulamada bu maddenin uygulanması için psikolojik rahatsızlığın kalıcı olması yönünde bir eğilim mevcuttur. Beden sağlığının bozulması ise genellikle failden mağdura bir hastalık bulaşması veya mağdurun çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi gibi hallerde söz konusu olur. Ancak kanımızca hastalık mevzuu karışık bir konudur. Fail hasta olduğunu bilmiyorsa ve cinsel istismar neticesinde bilmeden bu hastalığı mağdura bulaştırmışsa bu madde nedeniyle sorumlu tutulamaz. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda artık objektif sorumluluk anlayışı terk edilmiş ve failin neticeden sorumluluğu için en az taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması gerektiği anlayışı benimsenmiştir. Bu durumda ise failin taşıdığı hastalığı bilmediği için taksirle hareket ettiği söylenemez. Aksi durumda ise yani failin hastalık taşıdığını bildiği ve buna rağmen fiili işlediği durumlarda ise kanımızca faili hem cinsel istismar, hem de kasten yaralama suçlarından sorumlu tutmak gerekir. Çünkü örneğin aids hastası olan failin fiili neticesinde bu hastalığın mağdura bulaşmaması imkânsızdır. Bu durumda failin olası kastı mevcuttur, hatta failin fiili neticesinde hastalığın mağdura geçmesi fiilin zorunlu sonucudur. Bu noktada failin doğrudan kastından bile bahsedilebilir. Suç sonucu mağdurun kızlığının bozulması beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilmez.

Bir başka netice sebebiyle ağırlaşan hal mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesidir. Görüldüğü üzere kanun ölüm ile bitkisel hayatı eşit kabul etmiştir. Ölüm fiili ile cinsel istismar arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Fiilin arkasından mağdurun intihar etmesi gibi nedensellik bağının doğrudan olmadığı durumlarda bu madde uygulanamaz.

Bu maddenin uygulanabilmesi için bir görüşe göre ölüm neticesi cinsel istismardan veya failin suçu işlerken kullandığı cebirden ileri gelebilir. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre ise ölüm neticesi cinsel istismar fiilinden kaynaklanmalıdır. Eğer netice failin suçu işlerken kullandığı cebirden ileri gelmiş ise faili hem cinsel istismardan hem de m. 103/5 yollamasıyla m. 87/4'den sorumlu tutmak gerekir. Çünkü m. 103/5'de cinsel istismar için başvurulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemektedir. Ölüm ise m. 87/4'de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir.

Suçun manevi unsuru kasttır. Suçun cinsel saiklerle işlenmesinin gerekip gerekmediği de doktrinde en çok tartışılan hususlardan biridir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre suçun genel kastla işlenmesi yeterlidir. Faildeki saikin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Failin fiili objektif olarak cinsel bir nitelik taşıdığı sürece, fail fiili ister cinsel saiklerle gerçekleştirsin ister intikam almak, mağduru aşılamak gibi amaçlar gütsün bunun suçun oluşumu bakımından bir etkisi yoktur. Failin kastının suç tanımındaki bütün unsurlara yönelik olması gerekir. Failin mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesi esaslı ise fail bu hatasından yararlanacak ve suç oluşmayacaktır. Ancak failin gerçekten hataya düşüp düşmediği iyi araştırılmalıdır.

Suçun nitelikli haline tartışmasız olarak teşebbüs mümkünken basit haline ise ender de olsa teşebbüs mümkün olabilir. Failin basit cinsel istismarda bulunma kastını şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya koyduktan sonra engel bir nedenle fiili gerçekleştirememesi durumunda basit hale de teşebbüs mümkündür. Failin iktidarsızlığı durumunda işlenemez suç değil teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Bu suça iştirakin her çeşidi mümkündür. 18 yaşından küçük olan kız veya oğullarının evlenmelerine izin veren anne-baba da yardım eden durumundadır.

m. 103/5'de özel bir içtima hükmü getirilmiştir. Buna göre cinsel istismar için başvurulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması

hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddenin 4. fıkrasında suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişinin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacağına ilişkin hüküm mevcuttur. Mağdurun çocuklar olduğu cinsel istismar suçunda kullanılan ölçü “kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olunması” iken, cinsel saldırı suçunda ölçünün “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması”, olmasının izahı mümkün değildir. Bu suçu işlemek için mağdurun kaçırılması durumunda hem bu suç hem de cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesine göre işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır. Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Yine mağdur çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında CMK m. 52/3'e göre tanık olarak dinlenilmesi sırasında görüntü ve seslerin kayda alınması zorunludur. Bu kayıtlar sadece ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinin 2. fıkrasına göre mağdur onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Suçun temel şeklinin düzenlendiği 103. maddenin 1. fıkrasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi, suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinde (m.103/ 2), suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde (m. 103/ 6) ve suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması hallerinde (m. 103/ 7) görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Cinsel istismar suçlarında yetkili mahkeme CMK m. 12 gereği suçun işlendiği yani cinsel istismarın gerçekleştirildiği yer mahkemesidir. Ancak bu suç çoğunlukla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlendiğinden ve

kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kesintisiz bir suç olduğundan, bu durumda yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olacaktır.

TCK'nın 66/6. maddesine göre kural olarak dava zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlar fakat çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda dava zaman aşımı çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

KAYNAKLAR

ALDEMİR, Hüsnü, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Kartal Yayınevi, Ekim 2005.

ARSLAN, Çetin, Bahattin **Azizağaoğlu**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım, Kasım 2004.

ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet **Gökçen**, A. Caner **Yenidünya**, , Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Turhan, Ankara 2003, (Özel Hükümler).

ARTUK, Mehmet Emin, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004.

ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet **Gökçen**, A. Caner **Yenidünya**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, (5237 Sayılı...).

AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, S:2, Sonbahar 2004, ss. 152- 162.

AYDIN, Öykü Didem, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004.

BAKICI, Sedat, Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet, Ankara 1994.

BAŞTAN, Tanıl, “İstismar ve İhmalin Hukuksal Boyutu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, ss. 84- 85.

BAYTEMİR, Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, Adil, Ankara 2002, (Genel Adap).

BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Kasım 2007.

CAN, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin, Ankara 2002.

CENTEL, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, ss. 59- 70.

ÇETİN, Gürsel, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004.

ÇOLAK, Haluk, Güncel Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, Temmuz 2005.

ÇÖLOĞLU, A. Sedat, Adli Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993.

DONAY, Süheyl, Mahmut **Kaşıkcı**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

ERASLAN, Orhan, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004.

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:IV, Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 1985, (Ümanist Doktrin).

EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt II, Seçkin, Ankara 1993, (TCK Şerhi).

EREM, Faruk, Nevzat **Toroslu**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş, Ankara 2003.

ERKMEN, Fatoş, “Çocukta Duygusal İstismar ve İhmal”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, ss. 80- 83.

EROL, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005.

GÜNDÜZ, Remzi, Veysel **Gültaş**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar, Bilge, Ekim 2008.

GÜNEY, Niyazi, Kenan **Özdemir**, Yusuf Solmaz **Balo**, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil, Kasım 2004.

İNAL, Nihat, Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, 2003.

KABAN, Mater, Halim **Aşaner**, Özcan **Güven**, Gürsel **Yalvaç**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996- Temmuz 2001, Adalet Yayınları.

KAÇAK, Nazif, Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, Seçkin, Ankara 2007.

KILIÇ, Abbas, “Ahlak Perdesine Yansıyan Kadın ve Şiddet”, Güncel Hukuk, Aralık 2008/12-60, ss. 32- 35.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004.

MALKOÇ, İsmail, Mahmut, **Güler**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Adil Yayınevi, Ankara.

MALKOÇ, İsmail, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, (Genel Adap).

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Yetkin, Ankara 2002, (TCK).

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, 2005, (Yeni TCK).

MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, (Cinsel Saldırı).

MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008.

NUHOĞLU, Ayşe, “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Şan Ofset, İstanbul 2004, ss. 609- 640.

OTACI, Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara 2000.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Seçkin, Ankara 2006, (İzmir Şerhi).

ÖZBEK, Veli Özer, “ Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, ss.223- 246, (Neticesi Sebebiyle).

ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Aralık 2007, ss. 47-71,(Objektif Yüklenebilirlik).

ÖZBEK, Veli Özer, Nihat **Kanbur**, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt 2, Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008.

ÖZBEK, Veli Özer, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, ss. 83- 99, (Hata).

ÖZBEK, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Seçkin, Ankara 2009, (Müstehcenlik).

ÖZGENÇ, İzzet, “Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı”, HPD, S: 2, Sonbahar 2004, ss. 102- 113.

ÖZTÜRK, Bahri, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004.

PARLAR, Ali, Muzaffer **Hatipoğlu**, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin, Ankara 2008.

POLAT, Oğuz, “Fiziksel ve Cinsel İstismar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2-3, 1995, ss. 78-79, (Cinsel İstismar).

POLAT, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Seçkin, Ankara 2007.

POLAT, Oğuz, Hilal **Öznel**, , “Çocukların kaçırılması ve Organ Ticareti”, CHD, Yıl:2, Sayı: 5, Aralık 2007, ss. 5- 20.

SAVAŞ, Vural, Sadık **Mollamahmutoğlu**, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, III. Cilt, Seçkin, Ankara 1999.

SCHÖCH, Heinz, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", Çeviren: Nur Centel, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1, Yıl: 1999, Erzincan 1999, ss. 3- 14.

SELİÇİ, Harika, " Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Konusunda Baroların Yürüttükleri Çalışmalara Bir Örnek", TBB Dergisi, Sayı: 57, 2005, ss. 358- 363.

SEMERCİ, Bengi, "Kanunlar Çocukları Korur mu?", HPD, S: 2, Sonbahar 2004, ss. 130- 133.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2006.

SÖZÜER, Adem, Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, in: **Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil, Kasım 2004.

ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Selim Kitabevi, Ankara 2002.

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.

ŞİRİN, Osman, Halim **Aşaner**, Özcan **Güven**, Gürsel **Yalvaç**, Muzaffer **Özdemir**, Kemalettin **Erel**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Eylül 2004-Temmuz 2008, Adalet Yayınevi, Kasım 2008.

TAŞDEMİR, Kubilay, Ramazan **Özkepir**, Son Değişikliklerle İtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adil, Ankara 2000.

TEZCAN, Durmuş, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs Ankara, TBB, 2004.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan **Erdem**, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan **Erdem**, Rıfat Murat **Önok**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

ÜNVER, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, Nisan 2008, ss. 294- 342.

YALÇIN SANCAR, Türkan, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, Güncel Hukuk, Nisan 2008/4-52, ss. 12- 16.

YARSUVAT, Duygun, Köksal **Bayraktar**, Necmi **Yüzbaşıoğlu**, Erdoğan **Bülbül**, Ümit **Kocasakal**, ..., “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, TBB, 2004.

YENİDÜNYA, A. Caner, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Y: 2005, ss. 3284- 3316.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 1992.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2005.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, Sayı: 57, Yıl:2005, ss. 243- 282, (Cinsel Saldırı).

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet, Y:2, S:5, Nisan 2005, (Av. M. Haldun Karacabey’e Armağan), ss. 280- 302, (Cinsel İstismar).

YURTCAN, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı, Kasım 2004.

YURTCAN, Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2. Bası, Kazancı, 2006, (TCK).