

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA
ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

ENGİN TURHAN
2501140493

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL-2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ENGİN TURHAN Numarası : 2501140493
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 16.03.2018 Saati : 14:30
Tez Başlığı : TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		KABUL
2- PROF.DR.MAHMUT KOCA		KABUL
3- DOKTOR ÖĞRETİM ÜYESİ.SERDAR TALAS		Kabul
4- DOKTOR ÖĞRETİM ÜYESİ.MEHMET MADEN		KABUL
5- DOKTOR ÖĞRETİM ÜYESİ.A.BATUHAN BAYTAZ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOKTOR ÖĞRETİM ÜYESİ.TUBA TOPÇUOĞLU		
2- DOKTOR ÖĞRETİM ÜYESİ.KERİM ÇAKIR		

ÖZ

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

ENGİN TURHAN

Cinsel suçlar ve bilhassa cinsel istismar, diğer sosyal bilim alanlarında olduğu gibi, hukuk dünyasında da yoğun ilgi ve tartışma konusudur. Çalışmanın amacı ceza hukuku perspektifinden bu tartışmaya dahil olmaktır. Benimsenen bakış açısına göre ceza hukuku alanında cinsel istismara ilişkin tartışmanın üç boyutta sürdürülmesi mümkündür. Bunlar; cinsel istismarın kavramsal olarak ortaya koyulması, bu kavrama ve ceza teorisine uygun normlar oluşturulması ve bu temelde etkin uygulamanın sağlanmasıdır.

Bu yolda mevcut teori ve pratiğe dışarıdan bakılması; böylece Türk doktrinindeki düzenleme ve uygulama eksikliklerinin görülüp ve daha iyi seçeneklerin araştırılması adına farklı bir hukuk sistemi ile birlikte inceleme metodu seçilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen sisteme uygun olarak cinsel istismar düzenlemesi ele alınmış, bu esnada Alman Ceza Kanunu'ndaki ilgili düzenlemelere dair açıklamalara da yer verilmiştir. Alman teorisi ve uygulamasını bütünlük içinde yansıtmak adına esas olarak ceza kanunu şerhlerinden yararlanılmıştır.

Anahtar kelimeler: Cinsel istismar, çocuk, karşılaştırmalı hukuk, Türk Ceza Hukuku, Alman Ceza Hukuku

ABSTRACT

SEXUAL ABUSE OF CHILDREN IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW

ENGİN TURHAN

Sexual crimes and especially sexual abuse are topics of intense interest and discussion in the area of law, as it is in other social sciences. This study intends to be involved in this discussion from the perspective of criminal law. According to the writer, it is possible to present the discussion in criminal law on sexual abuse on three dimensions. These are; examining sexual abuse as a term, creating norms which are compatible to the term and to the principles of criminal law, enforcing the norms on this basis.

It was chosen to compare with a different legal system in order to look at the existing theory and practice from outside; specify the deficiencies in Turkish doctrine, regulation along with practice and search for better alternatives, there also explain the relevant regulations in the German Penal Code. To reflect the theory and practice in an integrated manner, the commentaries on German Penal code are mainly used.

Keywords: Sexueal abuse, child, comparative law, Turkish criminal law, German criminal law

ÖNSÖZ

Çocuklara ve cinsel suçlara yaklaşımın özel hassasiyet gerektirmesi, cinsel istismar suçunun da bu iki hassas konuyu bünyesinde barındırması çalışma konusunun seçilmesindeki öncelikli nedendir. Bu noktada bir diğer önemli etken, Türk Ceza Hukukunda suç tipine ilişkin tartışmaların güncelliğini koruması ve konunun yeniden ele alınma ihtiyacının hissediliyor oluşudur. Farklı bir bakış açısı sunmak ve seçenekler oluşturmak adına başka bir hukuk düzeni ile karşılaştırma yapılmasında fayda görülmüştür. Gerek kaynaklara anadilinde ulaşma imkanı gerekse Alman hukukunun Kıta Avrupası hukuk sistemindeki önemli yeri dolayısıyla Alman Ceza Hukukunda çocukların cinsel istismarı suçlarının incelenmesi tercih edilmiştir. Çalışma dahilinde Türk Ceza Hukukunda çocukların cinsel istismarı suçu bütünüyle incelenmiş ve sorunlar ortaya koyularak çözüm önerileri sunulmuş, Alman Ceza Hukukundaki durum ve görüşler aksettirilmiş, nihayetinde iki hukuk düzenindeki pozitif düzenlemeler ve bakış açıları karşılaştırılmıştır.

Tez çalışmamın başlaması ve neticeye ulaşmasındaki değerli desteğinden dolayı sayın danışmanım Prof. Dr. Adem Sözüer'e; yüksek lisans öğrenimine başlamamı takiben sağlıklı bir çalışma ortamına sahip olmamı sağlayan ve özellikle akademik gelişimime değerli katkılar sunan sayın hocam Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu'na; başta teorik tartışmalarda düşüncesini ve zamanını esirgemeyen Av. Burak Akın, Av. Serra Karadeniz ve diğer iş arkadaşlarıma; her zaman yanımda olan dostlarıma; bu yoldaki her türlü teşvik, destek ve fedakarlıklarından dolayı sevgili anneme, babama ve kardeşime teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İLGİLİ DÜZENLEMELER, KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI	3
I. TCK ve Alman CK'daki Düzenlemelerin Sistematiği	3
II. Korunan Hukuki Değer	7
III. Suçun Maddi Unsurları.....	9
A. Suçun Konusu.....	9
B. Mağdur.....	9
1. Genel olarak çocuk.....	10
2. Çocukların tasnifi: 1. ve 2. grup çocuklar	11
3. Çocuk yaşta evlilik problemi	18
C. Fail	20
D. Fiil	22
1. Cinsel istismar	22
2. Fiilin icrailiği.....	26
3. Cinsel davranış	29
a) Davranış ve bedensel temas	30
b) Davranışın cinsel niteliği	37
4. İki çocuk arasındaki cinsel eylemler.....	45
a) Açıklamalar.....	45

b) Sonuçlar	47
5. İradeyi etkileyen nedenler.....	50
a) Cebir.....	51
b) Tehdit	53
c) Hile	56
d) İradeyi etkileyen diğer nedenler	58
IV. Suçun Manevi Unsuru	60
A. Genel Olarak.....	60
B. Davranışın Cinsel Niteliği Bakımından	61
C. İradeyi Etkileyen Nedenler Bakımından.....	63
D. Kastı Kaldıran Hata	64
V. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	67
A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebepleri	67
B. Meşru Savunma	69
C. İlgilinin Rızası	70
D. Hakkın Kullanılması	71

İKİNCİ BÖLÜM

NİTELİKLİ VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER, KUSURLULUK ..	72
I. Nitelikli Haller	72
A. Daha Az Ceza Öngörülen Nitelikli Hal - Sarkıntılık	72
B. Daha Fazla Ceza Öngörülen Nitelikli Haller.....	76
1. Suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi	79
a) Sokma.....	79
b) “Vücut” ve “organ ya da sair bir cisim” ifadeleri	81
2. 2. grup nitelikli haller.....	85
a) Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi	85

b) Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi	87
c) Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin özellik gösterdiği nitelikli haller	89
(1) Hısımlık veya evlatlık ilişkisi	92
(2) Yükümlülük doğuran hukuki ilişki.....	93
(3) Nüfuz etkisi doğuran hukuki ilişki.....	95
3. 3. grup nitelikli haller.....	96
a) Suçun cebir veya tehditle işlenmesi.....	96
b) Suçun silahla işlenmesi	98
II. Alman CK'da Öngörülen Başkaca Nitelikli Haller.....	99
A. Özel Olarak Ağır Hal (m. 176/3)	99
B. Tekerrür Hali (m. 176a/1)	100
C. Pornografik Yayın Oluşturma Amacı (m. 176a/3)	103
D. Daha Az Ağır Haller	104
III. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel İstismar.....	104
A. Genel olarak.....	104
B. Kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin oluşması	108
C. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi.....	111
IV. Nitelikli Hal ve Ağırlaşmış Netice Bakımından Manevi Unsur	115
A. Nitelikli Haller Bakımından	115
B. Ağırlaşmış Netice Bakımından	116
V. Kusurluluk.....	117
A. Kusurluluğu Azaltan veya Kaldıran Nedenler	117
1. Genel olarak.....	117
2. Akıl hastalığı (Pedofili).....	118
3. Haksız tahrik	120
4. Yaş küçüklüğü.....	121

B. Yasak Hatası.....	124
----------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE YAPTIRIM.....	126
--	------------

I. Suça Teşebbüs.....	126
-----------------------	-----

A. Genel olarak.....	126
----------------------	-----

B. Nitelikli Hale Teşebbüs ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Teşebbüs.....	133
---	-----

C. Gönüllü Vazgeçme.....	135
--------------------------	-----

II. Suça İştirak.....	137
-----------------------	-----

A. Dolaylı Faillik.....	138
-------------------------	-----

B. Azmettirme ve Yardım Etme.....	144
-----------------------------------	-----

III. Suçların İçtimaı.....	147
----------------------------	-----

A. Fiil Tekliği ve Çokluğu Ayrımı.....	148
--	-----

1. Farklı mağdurlara yönelik olma.....	150
--	-----

2. Birden fazla fail tarafından işlenme.....	152
--	-----

3. Fiilin çoğul ifade edilmesi.....	153
-------------------------------------	-----

B. İçtima Türleri.....	153
------------------------	-----

1. Görünüşte içtima.....	154
--------------------------	-----

a) Genel norm - özel norm ilişkisi.....	154
---	-----

b) Bileşik suç.....	157
---------------------	-----

2. Gerçek içtima.....	159
-----------------------	-----

3. Zincirleme suç.....	160
------------------------	-----

4. Aynı neviden fikri içtima.....	161
-----------------------------------	-----

5. Farklı neviden fikri içtima (Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu).....	162
--	-----

a) İçtima problemi.....	163
-------------------------	-----

b) Suçun cinsel amaçla işlenmesi ve çocuğun rızası.....	166
---	-----

6. Çocuk evliliklerinde oluşan suç tipi.....	168
--	-----

IV. Muhakeme.....	171
-------------------	-----

A. Genel Olarak.....	171
B. Yargılamaya İlişkin Önemli Hükümler.....	174
C. Muhakeme Şartları.....	175
V. Yaptırım.....	176
A. Öngörülen Cezalar.....	176
B. Cezanın Belirlenmesi.....	180
C. Diğer Hükümler.....	183
SONUÇ	185
KAYNAKÇA	189

KISALTMALAR LİSTESİ

§	:	madde
a.e.	:	aynı eser
a.g.e.	:	adı geçen eser
a.g.m.	:	adı geçen makale
a.y.	:	aynı yazı (yazara ait zikredilen son yer)
Alman CK	:	Alman Ceza Kanunu (StGB - Strafgesetzbuch)
b.	:	bent
BGH	:	Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)
BGHSt	:	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Alman Federal Yüksek Mahkemesinin cezai hususlardaki kararları)
bkz.	:	bakınız
bs.	:	bası
bsk.	:	baskı
c.	:	cümle
C.	:	cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas numarası
eski TCK	:	765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu

f.	:	fıkra
GSÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	:	yayına hazırlayan
K.	:	Karar numarası
kn.	:	kenar numarası
m.	:	madde
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift (Yeni Haftalık Hukuk Dergisi)
No.	:	sayı
p.	:	paragraf
s.	:	sayfa
StR	:	Strafsenat (Ceza Kurulu)
T.	:	Karar tarihi
TCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
v.d.	:	ve diğerleri

GİRİŞ

Ceza hukukunun, kişinin cinsel yaşamına dahil hem düzenleme hem de uygulama bakımından özel dikkati gerektirmektedir. Zira bir cinsel oluştta, bir tarafın rızasındaki değişime göre fiil, kimseyi ilgilendirmeyen özel bir olaydan kriminal bir vakaya dönüşmektedir. Bu fiiller esasen kişilerin en mahrem hayat kesitleri içerisinde gerçekleşen ve hukuk dahil her türlü dış etkiden sakınılan alanlara dahildir. Dahası fiilin dışsal tespiti de kimi zaman tek başına yeterli olmamakta, fiile taraf olan kişilerin iç dünyasına dair belirlemede bulunmak zaruri olmaktadır. Cinsel suçların gösterdiği bu özellikler sebebiyledir ki, bir hukuka uygunluk sebebi olarak “rıza” her suç için geçerliken, doktrinde çoğu zaman cinsel suçların tanımında “rıza hilafına” vb. ibareler kullanma ihtiyacı hissedilmektedir.

Cinsel suçlar, suçun kendisinden sadır olan sebeplerle infial yaratan suçlardır. Sözelimi öldürme suçu mağdurun kimliği sebebiyle, zimmet suçu failin kimliği sebebiyle büyük çapta infial yaratabilecekken; cinsel suçlar kendiliğinden bu infial potansiyelini içinde barındırır. Bir kişiye intikam, şantaj vb. amaçla bir cinsel suçun yalnızca isnat edilmiş olması bile, diğer herhangi bir ağır cezalıktan cezalandırılmaktan daha yıkıcı bir sonuç yaratmaktadır. Sosyal yaşamda dışlanma, ailenin dağılması, olası bir tutukluluk veya mahkumiyet halinde cezaevinde fiziksel ve cinsel saldırılara maruz kalmak bu yıkıcı etkilerden bazılarıdır. Hukukçuların dahi, bu suçlardan soruşturulan/yargılanan şüphelilerin/sanıkların savunulma hakkına tereddütlü yaklaştığı görülmektedir. Anlaşılmaktadır ki cinsel suçlar her ne kadar TCK’da “Kişilere Karşı Suçlar” Kısmı altında düzenlenmiş olsa da, toplum bu suçları topluma karşı işlenmiş suçlar olarak algılamaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun bilimsel olarak ele alınmasında da birtakım zorluklar bulunmaktadır. Bunlardan biri, suçun “istismar” gibi kavramsal derinliği olan bir olguyu ve özel korumaya muhtaç olan çocukları konu edinmesidir. Bir diğeri, cinsel istismar konusunun diğer sosyal bilimlerin ve toplumun her kesiminin odağında bulunması ve kendiliğinden infial yaratma potansiyeli en yüksek suç tipi olmasıdır. Ayrıca cinsel suçların aydınlatılması zaten problem arz etmekteyken, mağdurun çocuk olduğu durumlarda karanlık alan daha da genişlemektedir. Bu hususlar cinsel istismar suçunun düzenlenmesi ve uygulanmasındaki güçlüğü işaret etmektedir.

Çalışma, anılan bütün sorunları çözüme iddiasında olmayıp, ceza teorisi ile ilişkili olanları ortaya koyma ve öneriler sunmayı amaçlamaktadır. Bu yolda çalışma, ana gövdesini Türk Ceza Hukukunda cinsel istismar suçu oluşturmak üzere, ceza hukukunun temel prensiplerinden suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile istismar kavramını özel olarak gözetmek suretiyle teorik düzlemde yürütülmüştür. Her unsura dair açıklamada düzenlemenin çizdiği çerçevenin ortaya koyulması, yapılan çıkarımların genel kabulle karşılaştırılması ve tartışılmasına özen gösterilmiştir. Bu esnada Alman Ceza Hukukundaki cinsel istismar düzenlemeleri de incelenmiş, aynı konu bakımından başka bir hukuk sisteminin nasıl konumlandığı gösterilmeye çalışılmıştır. Çocukların cinsel istismarını konu edinen tüm suç tipleri ele alınmış ve bütüncül bir inceleme yapılmaya gayret edilmiştir. Hem öğreti hem de uygulamadaki bakış açıları görülmek istendiğinden, özellikle ceza kanunu şerhlerinden yararlanılmıştır. Esas kaynakların yetersiz kaldığı durumlarda ise çeşitli makalelere başvurulmuştur. Derlenen bilgiler ve yapılan çıkarımlar ilgili unsurlar dahilinde metne yerleştirilmiş, sistematik olarak farklılaşan hususlara ek başlıklar altında değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İLGİLİ DÜZENLEMELER, KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI

I. TCK ve Alman CK'daki Düzenlemelerin Sistematiği

Çalışmanın ana gövdesini Türk Ceza Hukukunda cinsel istismar suçu oluşturmaktadır. Dolayısıyla inceleme, TCK sistematiğine uygun olarak gerçekleştirilecek, Türk düzenlemesinin sistematiği ayrıntılı olarak ortaya konacaktır. Bu esnada Alman CK'nın çocukların cinsel istismarına yönelik oluşturduğu sistematiğin bütüncül olarak yansıtılmayacak olması, Alman Ceza Hukukundaki cinsel istismar suçlarının düzenlenişine ilişkin bir ön açıklama yapmayı gerekli kılmaktadır.

En başta belirtmekte fayda vardır ki çalışma dahilinde Alman CK'daki çocuklara yönelik cinsel suçlar olan “çocukların cinsel istismarı”, “gençlerin cinsel istismarı”, “himaye altındaki kişinin cinsel istismarı” ve “küçüklerin cinsel eylemlere teşviki” suçları göz önünde bulundurularak karşılaştırma yapılmıştır. Bu suçlar sırasıyla Alman CK'nın 176, 182, 174 ve 180. maddelerinde düzenlenmiştir. Ek olarak Alman CK m. 176a'da çocukların ağır cinsel istismarı ve m. 176b'de çocukların ölüm neticeleri cinsel istismarı düzenlemeleri bulunmaktadır.

Alman Ceza Hukukunda cinsel suçlar alanında yapılan reformlardaki temel düşünce, cinsel suçlar hukukunun bir ahlaka aykırılığı değil, bireysel ve sosyal bakımdan zararlı bir davranışı yasaklaması gerektiğidir. Bu doğrultuda cinsel suçlar “ahlaka karşı suçlar”dan “cinsel özbelirlenime karşı suçlar” başlığı altında incelenmeye başlanmıştır¹. Bu kriminalpolitik dönüşümün yargıdaki görünümünü *Münih Şerhi*'nde şu şekilde özetlenmektedir: 1954 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu, tekeşliliği ve aileyi zorunlu yaşam şekli olarak belirleyen

¹ Fritjof Haft, **Strafrecht Besonderer Teil**, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1997, s. 55.

ve bu düzeni devletlerin ve toplumların yaşayışının temeli sayan ahlak kurallarını gerekçe göstererek evlilikdışı cinsel ilişkinin ahlaka mugayir olduğuna hükmetmiştir²; bundan 15 sene sonraki Alman Federal Yüksek Mahkemesinin “Fanny-Hill” kararında ise cinselliğe ahlaki standartlar getirmenin ceza hukukunun görevi olmadığı belirtilmiştir³.

“Cinsel ceza hukuku”, Alman Ceza Hukukunun bir taraftan geleneksel ahlaktan ayrışmasının diğer taraftan liberalleşmesinin temsilcisi olarak görülmektedir⁴. Buna karşın ceza hukukunun tamamen ahlaki mülahazalardan soyutlanmasının, cinsel ahlaka dair toplumsal düşüncenin ceza hukukunu etkilememesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁵.

Almanca “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung” olan bölüm başlığı ayrıntılı olarak incelenecek olursa; “selbst” sözcüğü “kendi” anlamında, “Bestimmung” sözcüğü ise “tayin etme”, “belirleme” anlamındadır. Bileşik kelime olan “Selbstbestimmung” sözcüğü İngilizcede “self-determination” ifadesi ile karşılanmaktadır. “Self determinasyon” ifadesi Türkçe’de de benimsenmekte ve halkların kendi kaderini belirlemesi anlamındaki siyasi kavrama karşılık gelmektedir. Bu bağlamda bölüm başlığı “cinsel self determinasyona karşı suçlar” şeklinde çevrilebilir. Yine “self determinasyon” gibi siyasal bir kavram olarak yerleşmiş olan ve özerklik, kendi kararını kendi verme, kendini yönetme anlamına sahip “otonomi” kelimesi kullanılarak başlık “cinsel otonomiye karşı suçlar” biçiminde çevrilebilir.

Ancak “Selbstbestimmung” ifadesinin Öztürkçe karşılığı “özelbelirlenim”dir. Dolayısıyla bölüm başlığının “Cinsel özelbelirlenime karşı suçlar” şeklinde çevrilmesi en uygunu olacaktır. Yenisey/Plagemann ise aynı bölüm için “Kendi cinsel davranışını tayin hakkına karşı suçlar” çevirisini uygun görmüştür⁶.

² BGH, Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 17. 2. 1954 - GSSt 3/53.

³ BGHSt 23, 40; Joachim Renzikowski, **Münchener Kommentar zum StGB**, Münih, Verlag C.H. Beck, 2012, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 3. Ayrıca bkz. Artz v.d. **Strafrecht Besonderer Teil**, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2009, s. 296.

⁴ Haft, **a.g.e.**, s. 57. Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf ise cinsel suçların yirminci yüzyılın sonlarının moda konusu olduğunu, cezalandırılabilirlik alanının genişlemesi ve cezaların artırılmasının medyadaki tartışmaların yarattığı bir sonuç olduğunu ifade etmektedir. Artz v.d. **a.g.e.**, s. 295.

⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 6.

⁶ Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 240.

Cinsel özbelirlenim; (dışbelirlenimsel) cinsel saldırıların objesi durumuna düşmeme özgürlüğünü ifade etmektedir⁷. Bu noktadaki temel düşünce; herkesin cinsel münasebetlere ilişkin seçme özgürlüğüne sahip olduğu, bu konudaki seçme özgürlüğüne müdahalenin ceza hukuku eliyle engellenmesi gerektiğidir⁸. Dolayısıyla cinsel özbelirlenime karşı suçlar geçerli bir rıza bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemleri kapsar ve Alman Ceza Hukuku sisteminde zorlama veya istismar görünümünde ortaya çıkar⁹.

Bölümdeki tüm suç tiplerinin koruduğu ortak hukuki değer olarak cinsel özbelirlenim, suç tiplerinin farklılaşan içerikleri göz önünde bulundurulduğunda oldukça geniş ve genel bir ifadedir. Böyle geniş bir ifadenin bölüm başlığı olarak kabul edilmesinde özellikle küçüklere karşı işlenen cinsel suçlar bakımından da kapsayıcı olması gözetilmiştir¹⁰. Zira küçüklere karşı işlenen cinsel suç düzenlemeleri ile amaçlanan, küçüklerin bozulmamış cinsel gelişimdeki yararını korumak ve cinselliklerinin üçüncü kişilerin etkisinden sakınmaktır. Yine de kanunlaşan başlık, kanun teklifindeki “Cinsel suçlar” başlığına nazaran daha muayyendir. Diğer taraftan korunan hukuki değer olarak cinsel özbelirlenim; irade oluşturma ve ortaya koyma özgürlüğünün özel bir görünümünü teşkil etmekte ve cinsel suç tipleri bakımından uygun bir çerçeve çizmektedir¹¹. Suç tipleri, bu çerçevede ve fakat daha spesifik “korunan hukuki değer”lere sahiptir¹².

Belirtmek gerekir ki Alman CK'nın “Cinsel Özbelirlenime Karşı Suçlar” başlıklı 13. Bölümü sistematik açıdan birçok eleştiriye maruz kalmakta, bilhassa küçüklere karşı suçlar bakımından oldukça düzensiz bulunmaktadır. Bu sistematik zaafa ilişkin eleştirilerin merkezini ceza boşlukları ve suçların bağlantısının iyi kurulmamış olması, çakışması, yorumuna dair itirazlar oluşturmaktadır¹³. Gerçekten de bilhassa

⁷ Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 8.

⁸ Artz v.d. **a.g.e.**, s. 297.

⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 9 – 10.

¹⁰ Karl Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1983, s. 679.

¹¹ Karl Heinz Gössel, Dieter Dölling, **Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte**, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004, s. 294 – 295.

¹² Korunan tek hukuki değer cinsel özbelirlenim olmadığı, bunun suç tipine göre değiştiği yönünde: Haft, **a.g.e.**, s. 55.

¹³ Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 12; Friedrich-Christian Schroeder, “Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 23, Verlag C.H. Beck, 47. Jahrgang, 1994, s. 1504.

suçların görünüşte içtimalı durumu fazlasıyla oluşmakta, özel nitelikte olan düzenlemenin ve olaya uygulanacak normun belirlenmesi büyük zorluk arz edebilmektedir.

Alman CK'nın cinsel suçlar sistematigi çerçevesinde çocukların (14 yaşını doldurmamış küçükler) ve gençlerin (14 ile 18 yaş arasındaki küçükler) dışbelirlenimsel cinsel eylemlere karşı korunması yaş ve gelişime göre farklılaşmaktadır. Alman CK m. 176, 14 yaşından küçük çocuklarla gerçekleştirilen cinsel eylemler bakımından mutlak yasak öngörmektedir. Bu yasak temas içeren ve içermeyen (failin mağdurun önünde veya mağdurun failin önünde gerçekleştirdiği) cinsel eylemlerin tümünü kapsamaktadır¹⁴.

14 ile 16 yaş arasındaki küçükler için mutlak bir koruma bulunmamaktadır. Küçüğün, Himaye Altındaki Kişinin Cinsel İstismarı başlıklı Alman CK m. 174'teki korumadan yararlanması için fail ile arasında maddede öngörülmüş türden bir ilişkinin bulunması gerekmektedir, m. 180 f. 3 bakımından ise (karar verdirme fiili) ek olarak bu ilişkinin fail tarafından istismar edilmiş olması aranmaktadır. Kanun koyucunun aradaki ilişkiyi özel olarak düzenlemesinin arkaplanında, mağdur ile fail arasındaki psiko-sosyal seviye farkının gözetilmesi vardır. M. 182 f. 3'te failin 21 yaşından büyük olması, mağdurun ise cinsel gelişimini tamamlamamış olması şartlarına yer verilmesi de aynı düşünceye dayanmaktadır. İlgili yaştaki küçüklerin bu teklifleri reddedecek veya davranışının sonuçlarını hesaplayacak kadar kişiliğinin oturmamış olduğundan hareketle mağdurun sıkıntılı durumunun cinsel sömürü için kullanılması (m. 182 f. 1) ve para karşılığı cinsel eylemler (m. 180 f. 2, m. 182 f. 2) de cezaya tabi kılınmıştır¹⁵. Bunların yanında m. 180 f. 1 ile mağdurun iradesine bakılmaksızın, küçüğün üçüncü bir kişi ile cinsel eylem gerçekleştirmesine destek verilmesi cezalandırılmaktadır.

18 yaşından küçük çocukların öz ve üvey ebeveynleri ile cinsel eylemleri m. 174 m. 1 b. 3 uyarınca kesin olarak yasaktır. Bunun yanında belirli bağ(ım)lılık ilişkilerinin istismar edilmesi (m. 174 f. 1 b. 2, m. 180 f. 3) ve yine belirli bir psiko-sosyal seviye farkı oluşmasına sebep olan mağdurun zaruret halinde bulunması (m.

¹⁴ Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 22 - 23.

¹⁵ **A.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 24.

182 f.1) ve ivaz karşılığı cinsel eylemler gerçekleştirmesi (m. 180 f. 2, m. 182 f. 2) bakımından cezai koruma mevcuttur¹⁶.

Düzenlemelerde farklı yaş hadleri belirlenmiş olması normlar arası tutarlılık bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin 18 yaşından küçük bir fahişeye cinsel ilişkiye giren 18 yaşından küçük bir kişi m. 182 f. 2 uyarınca cezalandırılmayacakken, böyle bir ilişkiye aracılık eden 18 yaşından küçük kişinin m. 180 f. 2 uyarınca cezalandırılacak olması kanunun sistematiği bakımından sorunlu olduğuna işaretir¹⁷.

Alman Ceza Hukukundaki düzenlemeler özetle bu şekilde olup, çalışmanın devamında Türk Ceza Hukuku temelinde inceleme yapılırken daha ayrıntılı bilgiler verilecektir.

II. Korunan Hukuki Değer

TCK'daki ilgili bölüm başlığının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olması ve 103. maddede çocuğun mağdur olduğu bir suç tipine yer verilmiş olmasından hareketle; korunan hukuki yararın çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu söylenebilir. Ancak düzenleme kapsamında çocuğun rızasına değer atfedilmeyerek çocuğun kendisine karşı da korunduğu göz önünde bulundurulduğunda bu belirlemenin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim doktrinde korunan hukuki değer in çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Korunan hukuki yararın/değerin “çocuğun cinsel özgürlüğü” olarak değil, “çocuğun cinsel gelişimi” olarak belirlenmesinin sebebi aslında bu suç tipiyle

¹⁶A.e., Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 25.

¹⁷A.e., Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 30.

¹⁸ Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 346. Çocuğun cinsel dokunulmazlığının yanında gelişim ve sağlık hakkının da korunan hukuki değer olduğu yönünde: Pınar Memiş Kartal, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 502. Tezcan/Erdem/Önok bu suçla cinsel özgürlük, erken cinsel deneyimden uzak tutma, engelsizce cinsel gelişimin korunmasının amaçlandığını ifade etmektedir. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015, s. 394.

çocuğun cinsel özgürlüğünün kısıtlanıyor olmasıdır. Bir yetişkine karşı gerçekleştirilse suç teşkil etmeyecek birtakım fiiller, çocuğa karşı gerçekleştirildiğinde 103. madde kapsamında ağır bir suç sayılmaktadır. Birinci gruba dahil olan çocuğun rızası hukuken önemsiz sayılmakta, ikinci gruba dahil çocuğun ise iradesinin kolayca etkilenebileceği kabul edilmekte ve belirli şartlarda çocuğun kendi iradesi hilafına cinsel gelişimi korunmaktadır. Başka bir deyişle çocuğun iradesi veya özgürlüğü değil gelişimi ön planda tutulmakta; çocuğun fiil anındaki yararından (özgürlüğünden) ziyade gelecekteki yararına odaklanılmaktadır. Ancak korunan hukuki değerden “cinsel dokunulmazlık” da dışlanmamalıdır. Zira aksi halde çocuk algılamaksızın, bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunun kapsamı dışında bırakılmış olur.

Alman Ceza Hukukunda 14 yaşından küçük çocukların cinsel obje olarak araçsallaştıran her türlü fiili yasaklayan Alman CK m. 176 ile korunan hukuki değer bir görüşe göre 14 yaşından küçük kişilerin bozulmamış cinsel gelişimidir¹⁹. Diğer görüşe göre küçüklerin genel gelişiminin zedelenmesi yönünden bir koruma mevcuttur²⁰.

Bir kanaate göre ise hakim görüş hatalı olup, bu kanaat iki temele dayandırılmaktadır. İlk olarak bir cinsel istismar fiilinin cinsel gelişimi ve hatta genel gelişimi aşan neticeleri olması muhtemeldir. Kaldı ki bu neticelerin ortaya çıkıp çıkmamasından bağımsız bir suç düzenlemesi söz konusudur. İkinci olarak fiilin, çocuğun gelişimine ya da genel olarak çocuğa etki etmesi için çocuk tarafından algılanması zorunludur. Oysaki sözgelimi uyuyan bir çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel eylemler de cezaya tabidir. Hukuki değer geçerli bir rıza olmaksızın gerçekleştirilen tüm cinsel müdahaleden korunması gerektiği göz önünde bulundurularak korunan hukuki değer çocukların cinsel özbelirlenimi olduğu sonucuna varılmaktadır²¹. Hakim görüşe yönelik getirilen bu eleştiri yerinde olmakla birlikte, ilgili yaş grubunun rızasına değer atfedilmeyerek cinsel özbelirlenim hakkını bizzat kısıtlayan normun aslında cinsel özbelirlenimi koruduğu iddiası çelişki arz

¹⁹ Haft, **a.g.e.**, s. 56; Lackner, **a.g.e.**, s. 694.

²⁰ Jörg Eisele, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, § 176 Rn 1a; Theo Ziegler, **Beck'scher Online Kommentar StGB**, 31. Edition, 01.06.2016, § 176 kn. 6; Klaus Laubenthal, **Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2012, s. 174, kn. 438.

²¹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 1, 3.

etmektedir. Normun sadece çocuğun kendi kendine gerçekleştirdiği cinsel eylemleri kapsamadığı gözetildiğinde korunan hukuki değer, “çocuğun başkalarının taraf olduğu cinsel eylemlerden bağışıklığı” olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

III. Suçun Maddi Unsurları

A. Suçun Konusu

Cinsel istismar suçunun yalnızca bedensel temasın bulunduğu cinsel davranışları cezaya tabi kıldığı kabul edildiğinden suçun konusu çocuğun vücududur²². Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus suç mağduru çocuğun yaşıyor olmasıdır; ölmüş çocuk bedeni suç konusu teşkil etmeyecek, bu durumda TCK m. 130/2’de düzenlenen ölü’nün hatırasına hakaret suçu oluşabilecektir²³. Alman ceza hukukunda ise çocukla bedensel temas içeren ve içermeyen birçok fiil suç olarak düzenlendiğinden sabit bir suç konusu belirlemek mümkün değildir.

B. Mağdur

Suçun mağduru çocuktur. Ancak kanun koyucu suç mağduru sayılabilmesi için çocukları yaş ve algılama yeteneklerine göre bir sınıflandırmaya tabi tutmuştur. Bu kriterler çerçevesinde çocuklar üçe ayrılmış ve mağduriyet bakımından iki grup oluşturulmuştur. Birinci grup 15 yaşından küçük ve 15 ila 18 yaş arasında olup “suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş” olan çocuklardan, ikinci grup ise 15 ila 18 yaş arasında olup “suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş” çocuklardan oluşmaktadır. Bu tasnifin suçun oluşumu bakımından yarattığı fark, suçun varlığının tespiti için iradeyi etkileyen bir nedenin (cebir, tehdit, hile, iradeyi etkileyen başkaca bir neden) aranıp

²² Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 311.

²³ Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 347.

aranmayacağı noktasındadır. Nitekim ikinci grup bakımından mağdur tanımının “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir nedenin etkisi altındaki çocuk” olarak yapılması gerekmektedir.

Bu tasnifi etkilememekle birlikte, 2.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13. maddesi ile; 12 yaşın altındaki çocukların mağdur olduğu cinsel istismar suçları bakımından yalnızca ceza alt sınırlarını artıran bir değişiklik öngörülmüştür. Diğer bir deyişle 12 yaşını doldurmamış çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçu nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

1. Genel olarak çocuk

TCK m. 6-b de içinde olmak üzere ulusal mevzuattaki kabul (Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1) uyarınca 18 yaşını doldurmamış herkes çocuktur. Bu kabulün Türk kanun koyucusunun takdiri olduğunu, örneğin Türkiye’nin de taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesinde çocuğun “18 yaşın altında ve ergin kılınmamış kişi” olarak tanımlandığını belirtmekte yarar vardır. Dolayısıyla TCK m. 103’te erginlik ve yetişkinlik gibi kavramlara atıf yapılmaksızın yalnızca çocuk kavramına yer verilmiş olması ergin kılma kararı veya evlilik gibi hukuki işlemlerin ceza hukuku alanındaki etkisi bakımından önemli görülmektedir²⁴.

Alman hukukundaki genel kabul²⁵ ile paralel olarak Alman CK m. 176 anlamında çocuk; kadın veya erkek, cinselliğe dair bilgisi olsun ya da olmasın 14 yaşından küçük kişidir. Dolayısıyla çocuğun 14. yaşgününde işlenen fiil bu madde bakımından suç teşkil etmez²⁶. 14 ila 18 yaş arasında olan kişiler ise yaş küçüğü

²⁴ 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği ilk zamanlarda aksi yönde olan Yargıtay uygulaması zamanla değişmiş ve çocuğun ergin kılınmasının ya da evlenmesinin cinsel istismar suçu bakımından bir etkisi bulunmadığı görüşü benimsenmiştir. İsmail Malkoç, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 166.

²⁵ Alman Gençlik Koruma Kanunu’nun (Jugendschutzgesetz) 1. maddesi ve Alman Sosyal Kanunu’nun Çocuk ve Gençlik Hizmetleri başlıklı Sekizinci Kitap’ının (Sozialgesetzbuch [SGB] - Achtes Buch [VIII] - Kinder- und Jugendhilfe) 7. maddesi uyarınca 14 yaşını doldurmamış kişiler “çocuk”, 14 ila 18 yaş arasındaki kişiler ise “genç” olarak kabul edilmektedir.

²⁶ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 2; Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 7.

kabul edilmekle beraber “genç” olarak adlandırılmakta ve bu yaştaki çocuklara yönelik cinsel suçlar 174, 180 ile 182. maddelerde ayrıca öngörülmektedir.

Mağduru çocuk olan bağımsız bir suç tipi ihdas edilmesinin sebepleri genelden özele; çocukları daha sıkı ve özel bir şekilde koruma eğilimi, erken yaştaki cinsel tecrübenin çocuğun cinsel gelişimine zarar vereceğinin düşünülmesi ve çocuğun bir cinsel eyleme taraf olmak konusunda sağlıklı bir karar veremeyeceğinin kabul edilmesidir. Fail açısından bakıldığında da; kandırılması, zorlanması ve suç sonrasında susturulması daha kolay birine yönelmek daha ağır cezayı gerektiren bir hal teşkil etmektedir.

Cinsel istismar suçu ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu düzenlemeleri ile, diğer suçlardan farklı olarak, mağdura yönelik bir kısıt getirildiği; bu düzenlemelerle çocukların cinsellik yaşama özgürlüklerinin önemli ölçüde kısıtlanmış olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

2. Çocukların tasnifi: 1. ve 2. grup çocuklar

TCK sistemindeki cinsel istismar suçunda mağdur çocuklar yaş ve algılama yeteneklerine göre ayrılmaktadır. Birinci grup çocuklar cinsel fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan çocuklardan oluşmaktadır. “Hukuki anlam ve sonuç” ifadesinin salt lafzi yorumu mantığa ve suçun özüne uygun bir sonuç doğurmayacaktır. Örneğin mağdurun hukuki sonucu algılamasının, kanunda öngörülen yaptırıma yönelik bilgisi olduğu söylenebilecektir. Oysaki mağdur, ilgili fiile hukukun affettiği değer, anlam ve sonucu bilmek zorunda değildir. Bu ölçütten anlaşılması gereken çocuğun bir hak öznesi olarak kendi üzerinde gerçekleşen cinsel eylemlere dair algısıdır. Nitekim bu yöndeki yorumun zorunluluğu sebebiyle doktrinde ölçütün “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷.

15 yaşını doldurmamış çocukların cinsel eylemlerin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz olmadığı kanuni bir kabuldür. 15 – 18 yaş aralığındaki çocuklar bakımından “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği”ne göre

²⁷ Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., 2015, s. 388.

bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Alman Ceza Hukukunda buna benzer bir hal Alman CK m. 182/3'te öngörülmüş, en az 21 yaşında olan failin 16 yaşın altındaki – cinsel özbelirlenim yeteneği gelişmemiş – mağdur üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirilmesi veya bunu kendi üzerinde gerçekleştirilmesiyle ya da mağduru üçüncü bir kişi üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirmeye veya bu kişiye kendi üzerinde gerçekleştirmeye karar verdirilmesiyle gençlerin cinsel istismarı suçunun oluşacağı düzenlenmiştir.

Madde metninde rıza ehliyetine dair ifadeler yer verilmesi, ayrıntılı ifadeyle birinci fıkranın a) bendinin rıza ehliyetinin ilk unsurunu, b) bendinin ise diğer iki unsurunu kapsamı²⁸ sebebiyle rıza, 103. madde bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkıp tipikliğe dahil bir unsur haline gelmiştir. Dolayısıyla geçerli bir rıza cinsel istismar suçunu hukuka uygun hale getirmeyecek, tipikliğin oluşumuna mani olacaktır²⁹.

Doktrinde rızanın yalnızca birinci grup için tipikliğe dahil olduğu, ikinci grup için ise hukuka uygunluk sebebi niteliğini koruduğu yönünde görüş bulunmaktadır³⁰. Ancak rıza ehliyetinin unsurlarının madde metninde bulunmasının yanında, kanun koyucu, rıza ehliyetini ortadan kaldırmaksızın yalnızca iradeyi etkileyen bir nedenin bulunmasını dahi suçun oluşumu için yeterli saymıştır; genel hükümlere göre geçerli rızanın bulunduğu hallerde dahi cinsel istismar suçunun oluşması mümkündür³¹. Dolayısıyla rıza ehliyetinin suçun tamamı bakımından tipikliğe dahil olduğu kabul edilmelidir.

Algılama yeteneğinin, rıza ehliyetinin yegane unsuru olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Kusur ehliyeti ve temyiz kudretini esas alan teorilere göre rıza ehliyeti; algılama (kavrama) yeteneği, irade oluşturma (karar verme) yeteneği ve

²⁸ İradenin etkilenmesi; hem irade yeteneğini hem de iradenin ortaya koyulması yeteneğini kapsamaktadır.

²⁹ Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 133; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 387.

³⁰ Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 361; Bostancı Bayındır, **a.g.e.**, s. 507.

³¹ İkinci gruba dahil çocuklara karşı "rıza üzerine" gerçekleştirilen cinsel davranışların suç oluşturmayaacağı yönünde: Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 312. İkinci gruba dahil çocukların rızasının geçerli sayıldığı yönünde: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016, s. 395 – 396; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 307, 309.

rızayı açıklayabilme yeteneği unsurlarının toplamından oluşmaktadır³². Dolayısıyla algılama yeteneği gelişmemiş birinin, rıza ehliyetinin ilk unsurunu sağlayamadığı için geçerli bir rıza beyanında bulunması mümkün değildir³³. Buna karşın çocukların cinsel istismarı suçunun, mağdurun geçerli bir rızası bulunmaması şartıyla ortaya çıkabilen bir suç tipi olduğu kabulü³⁴ tartışmaya açıktır. Zira algılama yeteneği rıza ehliyeti ile eş anlamlı olmayıp, yalnızca onun unsurlarından birini oluşturmaktadır. Kanun koyucu rıza ehliyetinin yalnızca ilk unsurunu kriter olarak belirlediğinden, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen fakat bu konuda irade oluşturamayan ve irade oluştursa bile iradesini dış dünyaya yansıtamayan çocuklar a) bendinin mutlak korumasının dışında kalmıştır. Somut ifadeyle; irade yeteneği ve dolayısıyla rıza ehliyeti bulunmayan bir çocuğa karşı gerçekleştirilen her eylem cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır. Bu çocuklar b) bendine dahil olduğundan cinsel eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu noktada b) bendindeki “iradeyi etkileyen başka bir neden” ifadesi geniş yorumlanarak irade yeteneğinin veya iradeyi açıklama yeteneğinin tam olarak gelişmemiş olmasını, iradeyi etkileyen bir neden olarak kabul etmek mümkündür. Kanun koyucu bu nedenin failden sadır olmasını şart koşmadığından, mağdurun kendisinden kaynaklanan bu nedenin varlığı tipikliği sağlayacaktır. Tabiidir ki bu nedenin objektif olarak mevcudiyetinin yanında failin kastının bu nedeni kapsamaması da suçun oluşumu için elzemdir.

Algılama yeteneği hususunun bu şekilde ele alınmasıyla aslında “cinsel istismarda rıza” konusunun yalın bir mesele olmadığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim farklı gerekçelerle de olsa doktrinde algılama yeteneğine dair ayırımın doğru olmadığı yönünde görüşler mevcuttur. Dar kapsamdaki eleştiriler “hukuki” sözcüğü üzerinde yoğunlaşmakta ve kriterin “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” olması gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Daha geniş kapsamdaki eleştirilere göre ise

³² “Einsichtsfähigkeit”, “Urteilsfähigkeit” ve “Willenseklärung” kavramlarını kullanmak suretiyle: Hans-Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**, 4. vollständige neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Verlag Duncker u. Humblot, 1988, s. 343.

³³ Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 145, 148.

³⁴ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 361; Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 312.

³⁵ Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 507.

algılama yeteneği kriteri tamamen hatalıdır; alternatif kriterler düşünülmelidir³⁶. Sonuç olarak kanun koyucunun maksadı, suçun rıza kurumu üzerinden değerlendirilmesi ise madde metninde “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” yerine doğrudan “rıza ehliyeti” kavramının kullanılması yerinde olacaktır³⁷.

Rıza ehliyetinin unsuru olarak algılama yeteneğine dair çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Fiilin niteliğini ve ağırlığını³⁸, hangi yararını hangi çerçevede ve hangi riskler altında ortaya koyduğunu³⁹, hukuki değer anlamını ve saldırının ağırlığını⁴⁰ ya da feragat edilen hukuki değer anlamını ve kapsamını⁴¹ algılayabilmek bunlardan bazılarıdır. Bu unsurun m. 103'teki görünümü; “*cinsel nitelikli davranışların vücudu üzerinde ne önem arzettiğini ve ne anlam ifade ettiğini bilme*”dir. Sonuç olarak mağdur hangi hukuki değere ne derecede müdahale edileceğinin farkında olmalıdır. Dolayısıyla algılama yeteneği, her hukuki değere ve her müdahale derecesine göre değişiklik gösterecektir. Korunan hukuki değer açısından bakıldığında; malvarlığına karşı bir suç bakımından algılama yeteneği bulunan bir kişinin vücut dokunulmazlığı veya cinsel dokunulmazlığa karşı suç bakımından algılama yeteneği gelişmemiş olabilecektir. Müdahalenin derecesi açısından bakıldığında; dudaktan öpme eylemi için algılama yeteneği varken cinsel ilişki için algılama yeteneğinin mevcut olmadığı söylenebilecektir. Algılama

³⁶ Uygun kriterin “cinsel olgunluk” olduğu yönünde: Behiye Köse Şahin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı”, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Konya, 2009, s. 34.

Öykü Didem Aydın, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 2, Sonbahar 2004, s. 161.

³⁷ Madde metnindeki sebepler dışındaki rızasızlık hallerine sonuç bağlanmamasının eksiklik olduğu yönünde; Kartal Memiş, **a.g.e.**, s. 167. Suçun oluşması için rızasızlığın gerekli olmasına karşın bunun madde metninde açıkça belirtilmemiş olmasının “ifade eksikliği veya ifade zaafı” olarak nitelenebileceği yönünde: Malkoç, **a.g.e.**, s. 173. Rıza kavramının ikinci gruba dahil çocuklar bakımından kullanılması gerektiği; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak” yerine “rıza hilafına” ifadesinin tercih etmenin m. 102 ve m. 104 ile uyum bakımından uygun olacağı yönünde: “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” ve “Aile Düzenine Karşı Suçlar” Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı”, **TBB Dergisi**, Yıl: 28, No:122, Ocak – Şubat 2016, s. 448.

³⁸ Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 148.

³⁹ Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, 2001, s.179.

⁴⁰ Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Völlig neu überarbeitete Auflage, Baden-Baden, Verlag Nomos, 2011, s. 110.

⁴¹ Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 43., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013, s. 142.

yeteneğinin varlığına ilişkin tespitin somut olayın özelinde yapılması gerektiği açıktır⁴².

Bu tespit yapılırken bilhassa fiilin anlamı üzerinde durulmalı, “fiilin sonucu” ifadesi dar yorumlanmalıdır. Zira yetişkin ve cinsel deneyimi olan kişilerin dahi gerçekleştirdikleri cinsel eylemin kendileri üzerinde ne gibi sonuçlar doğuracağı hakkında yeterli öngörüsü bulunmayabilir. Öngörü dışında ortaya çıkabilen sonuçlara cinsel ilişki sonucu oluşan kanama, acı vb. fiziksel ya da öğrenme, pişmanlık vb. psişik örnekler vermek mümkündür. Doktrinde on beş yaşından büyük çocukların kural olarak algılama yeteneğine sahip olacağına ilişkin bir kanaat bulunduğu ve algılama yeteneğinin yokluğunun “akıl zayıflığı, bilgi ve görgü geriliği veya zekasal gelişim düzeyinin eksik kalması” gibi hallerde tespit edilebileceği ifade edilmektedir⁴³. Oysaki açıklanacağı üzere böyle bir sınırlayıcı yorumun yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Ölçütün teorik olarak konumlandırılması ve açıklanması kolay olmasa da bunun pratikteki uygulaması çok daha zordur. Zira mağdurun fiil anındaki algılama yeteneğine dair tespitin mahkeme tarafından yapılması gerekmekte, mahkemeler zorunlulukla Adli Tıp Kurumundan yardım almakta ve fiilin işlendiği zaman ile Kurumca rapor düzenlenmesi arasında hatırı sayılır bir zaman aralığı bulunmaktadır. Dolayısıyla istisnai haller dışında bu konuda kesin bir değerlendirme yapılması olanaklı olmamaktadır. Bu noktada kanaat oluşturmaya yeterli bulgu olmayınca ne şekilde hareket edileceğinin ortaya koyulması önem kazanmaktadır. Cinsel suçlarda birtakım vicdani mülahazalarla ceza hukukunun genel prensiplerine uygun olmayan uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Ancak “kanaat oluşturmaya yeterli bulgu bulunmaması” hali kesin olarak “Şüpheden sanık yararlanır.” (*in dubio pro reo*) ilkesinin işletilmesi gereken bir haldir⁴⁴. 15 – 18 yaş aralığındaki mağdurun fiil anındaki algılama yeteneğine dair şüpheye yer bırakmayacak bir değerlendirme yapılmadığında mağdurun fiile uygun algılama yeteneğine sahip olduğu ve ikinci grup çocuklara dahil bulunduğu kabul edilecektir. Paralel yorum, ikinci gruba dahil

⁴² Rıza ehliyetinin her suç tipi ve her somut olay bakımından özel olarak ele alınması gerektiği yönünde: Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 149; Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 572.

⁴³ Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 347.

⁴⁴ 14. CD 2012/7295 E., 2012/7311 K., 26.6.2012 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-7295.htm>, 14.04.2017.

olup rıza ehliyeti bulunan çocuğun ilgili eyleme rıza gösterip göstermediği değerlendirilirken de yapılmalıdır.

Hem teorik hem pratik açıdan bu denli tartışmalı olan “algılama yeteneği” ile ilgili olarak somut olayda fail için hata hallerinin gündeme gelmesi olasılığının düşük olmadığı da göz ardı edilmemelidir.

Alman sisteminde mağdurun sırf yaşı dolayısıyla değil, rıza ehliyetini etkileyen başkaca sebeplere sahip olması dolayısıyla da istismar mağduru olabileceği düşünülerek birçok cinsel istismar düzenlemesine yer verilmiştir. Mutlak olarak rızasına değer atfedilmeyenler haricindeki çocukların (14 – 18 yaş) istismarı bakımından zaruret hali, ivaz vaadi ve himaye ilişkisi gibi hallerin çocuğun iradesi üzerindeki olumsuz etkisi gözetilerek ayrıca suç tipleri tesis edilmiştir. Dahası Alman CK’da mağdurun yaşından bağımsız olarak, diğer bir deyişle yetişkinlerin de mağduru olabildiği, cinsel istismar sayılan haller bulunmaktadır. Mevcut Türk düzenlemesinde ise bu çocukların (15 – 18 yaş) cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başkaca bir nedene maruz kalması halleri öngörülmüş; fail ile olan ilişkiye ise nitelikli hal olarak yer verilmiştir.

Alman sistemine benzer bir yaklaşım aslında 765 sayılı TCK’da göze çarpmaktadır. Eski TCK’nın 414. maddesinin ilk halinde (09.07.1953 değişikliğinden önce) düzenlenen ve fiili “ırza geçme” olan suçun mağduru on beş yaşını bitirmeyen bir çocuk olabildiği gibi; “mecnun”, “irade ve temyizi selbeden malûliyetle malûl”, “şuuru marazi inhisaf halinde bulunan” kişiler de olabilmekteydi⁴⁵. Ayrıca “mukavemete gayri muktedir bir halde bulunma” da nitelikli hal olarak öngörülmekteydi. Dolayısıyla her ne kadar “cinsel istismar” kavramına yer verilmemiş olsa da, mağdurun çocuk olması ile irade oluşturma veya iradeyi ortaya koyma ehliyeti bulunmamasının aynı suç tipinde düzenlenmesi gereken eş durumlar olarak kabul edildiği görülmektedir. Yeni TCK’da ise “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Günümüz düzenlemesinde, eski düzenlemede gözetilmiş olan bağlantı koparılmıştır; 5237

⁴⁵ Mevcut durumda mağdurun sahip olduğu akıl hastalığı veya zayıflığı, algılama yeteneğinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. 14. CD 2017/1941 E., 2017/3719 K., 6.7.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2017-1941.htm>, 15.11.2017.

sayılı TCK kapsamında çocuk olmayan kişinin cinsel olarak istismar edilmesinden söz edilmemektedir⁴⁶.

Türk düzenlemesinde on beş yaş altı çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemler ek bir şarta yer verilmeksizin cezaya tabi kılınmış, on beş ila on sekiz yaş arasında olan çocukların “iradesinin etkilenmiş olması” suçun oluşumu için yeterli sayılmıştır. Dahası iki gruptan çocuğun cinsel istismarı da aynı suç tipine vücut vermekte, aynı ceza sınırlarına tabi olmaktadır. Alman düzenlemesinde farklı yaş sınırları bakımından farklı şartlarda istismar durumunun oluşacağına öngörüldüğü; farklı yaş gruplarına dahil çocukların istismarının farklı şartlarda oluşacağı düşünülerek, benzer şartlara sahip cinsel istismar fiilleri aynı suç tipinde toplanmak üzere birden fazla suç tipi düzenlendiği göze çarpmaktadır.

Alman kanun koyucusu 14 yaşı, kişinin cinsel eylemlere rıza gösterebilmesinin sınırı olarak belirlemiştir. Nitekim Alman doktrininde cinsel istismar suçları, kanun koyucunun rıza ehliyetine dair özel düzenlemeye yer verdiği suç tipleri arasında sayılmakta; ilgili şartları sağlamayan kişilerin “rıza”sının tipik fiili hukuka uygun hale getirmediği ifade edilmektedir⁴⁷. Dolayısıyla cinsel istismar suçlarında mağdura ilişkin sayılan koşullar, rıza ehliyetinin şartları olarak okunmaktadır. Çocukların cinsel istismarı suçunda ise mağdura ilişkin tek koşul 14 yaşını bitirmemiş olmak olduğundan, 14 yaşını bitirmemiş kişilerin tipik fiil bakımından rıza ehliyeti bulunmadığı kabul edilmektedir.

16 yaş ve 18 yaş sınırları oluşturulurken ise daha küçük yaştaki çocuklar bakımından istismar durumunun daha kolay oluşabileceği gözetilmiştir. Öyle ki;

- 174. maddedeki düzenlemede 16 yaşın altındaki bir çocuğun istismar edilmesi için fail ile bu çocuk arasında bir himaye ilişkisi bulunması yeterli görülmüşken, 18 yaşın altındaki bir çocuğun istismarından söz edilebilmesi için failin bu “ilişkiyi istismar etmesi” gerekmektedir.
- 180. maddedeki suçun oluşumu için 16 yaşın altındaki bir çocuğa “fırsat sunmak” yeterli sayılırken, 18 yaşın altındaki çocuk için ilgili cinsel eylemin “para

⁴⁶ Çocukların cinsel istismarına dair bugüne kadarki TCK düzenlemeleri için bkz. Remzi Özmen, “Çocukların Cinsel İstismarı” Suçunun Yasal Evrimi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 16, Şubat 2017, s. 146 – 148.

⁴⁷ Kristian Kühn, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 314.

karşılığı” olması ve failin “aracılık etmek” veya “ikna etmek” yoluyla fırsat sunmak gibi basit bir yardım etmeyi aşan bir eylemde bulunması aranmaktadır.

- 182. maddedeki düzenleme bakımından 16 yaşın altındaki çocuğun “cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmamasından yararlanmak” yeterliyken, 18 yaşın altındaki çocuğun “zaruret halinden faydalanmak” veya ilgili cinsel eylemin “para karşılığı” olması gerekmektedir.

Mağdura dair soyut belirleme Türk düzenlemesinde on beş yaşın altındaki, Alman düzenlemesinde ise on dört yaşın altındaki çocukların mutlak koruma altına alınması şeklinde yapılmıştır. TCK’ya göre çocuğun 15 ila 18 yaş arasında olması halinde mahkemenin, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine ilişkin tespitte bulunması gerekmektedir. Alman CK m. 182/3’teki düzenlemeye bakıldığında mağdur, 16 yaşın altında olup “cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmayan” kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Alman kanun koyucusunun soyut belirlemesi uyarınca 14 yaşın altındaki çocuğun cinsel özbelirlenim yeteneği bulunamazken, 14 ila 16 yaş arasındaki çocukların cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmadığı mahkeme tarafından takdir edilebilmekte, 16 yaşından büyük çocuğun cinsel özbelirlenim yeteneği bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak Alman kanun koyucusunun da belirli şartlar öngörerek 16 ila 18 yaşında olan çocukların da istismar edilebileceğini kabul etmesi, bu farklılığa rağmen kanun koyucuların benzer mantıkla hareket ettiğinin ve bir çocuğun belirli şartlarda cinselliğe ilişkin sağlıklı karar vermeyeceğini varsaydığını göstermektedir. Bu; Türk düzenlemesinde – mealen – iradesi etkilenmiş bir çocuğun cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını tam olarak algılayamayacağıının, Alman düzenlemesinde ise zaruret halinde bulunan, ivaz teklif edilmiş olan vb. durumdaki çocukların cinsel özbelirleniminin bozulacağıının kabul edilmesinden anlaşılmaktadır.

3. Çocuk yaşta evlilik problemi

Ergin kılma kararının ve resmi evlilik dışındaki birlikte yaşama hallerinin cinsel istismar suçu bakımından bir etkisi bulunmadığı sabittir. Buna karşın resmi olarak evli çocuğun durumu tartışmalıdır. Türk Medeni Kanunu’nun 124. maddesindeki düzenleme gereği 16 yaşını bitirmiş bir çocuğun evlenmesine olağanüstü durumlarda mahkeme kararıyla izin verilebilirken 17 yaşını bitirmiş bir

çocuk yalnızca anne ve babasının izni ile evlenebilmektedir⁴⁸. Evli çocukla gerçekleştirilen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçu çerçevesinde mi cinsel saldırı suçu çerçevesinde mi değerlendirileceği “İçtima” başlığı altında değerlendirilecektir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki hukuk mahkemesi tarafından evlenebileceği yönünde karar verilmiş bir çocuğun kural olarak ikinci gruba dahil olduğu söylenmelidir. Zira Medeni Kanun’un Aile Hukuku Kitabı’ndaki ayrıntılı hükümlerden de anlaşılacağı üzere hukuk sistemimizde evlenmek, aile kurmak ve çocuk sahibi olmak mündemiç olgulardır. Çocuğun evlenebileceği yönünde karar veren hakimin, çocuğun cinsel fiillerin anlam ve sonuçlarını algıma yeteneğine sahip olduğunu tespit etmeksizin bu kararı verdiği söylenememelidir. Ceza hakimi aksi yönde bir tespitte bulursa dahi bu şartlarda failin hukuk mahkemesi kararıyla desteklenen – çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olduğuna dair – yanılığını kabul etmek gerekecektir. Buna karşın 17 yaşını doldurmuş çocuğun evlenmesinde mahkeme kararı bulunmadığından bu yorum geçerli olmayacaktır. Ancak 17 yaşını tamamlamış ve kendi iradesiyle evlilik gerçekleştirmiş olan bir kişinin de algılama yeteneği kural olacak mevcut olacaktır.

Alman Ceza Hukukunda evliliğe ilişkin bir içtihat veya tartışma bulunmamaktadır. Buna karşın her ne kadar doktrinde eleştiri konusu olsa da⁴⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında fail ile mağdur arasındaki – suçtan sonra da devam eden – dostane ilişki cezanın azaltılmasına gerekçe gösterilmektedir⁵⁰. M. 184h anlamında önemlilik eşiğini çok az aşan, bir aşk ilişkisi içinde gerçekleşen, somut bir zarara yol açmayan fiillerde alt sınıra yaklaşma nedeni bulunduğu doktrinde de kabul görmektedir. Yine mağdurun açık rızasının cezayı azaltıcı etkiye sahip olduğunun kabulü, mağdurun rıza göstermesine hukukun bilinçli olarak değer atfetmediği bir suç tipi söz konusu olduğundan tartışmaya açıktır⁵¹.

Çocuk yaşta evlilik 104. madde bakımından daha problematiktir. Madde başlığı “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” olmasına karşın madde metninde “çocuk” kavramı kullanılmıştır. Suç teşkil eden fiil, geçerli bir rıza dahilinde⁵² cinsel ilişkiye

⁴⁸ 2. HD, 2006/6903 E., 2006/14566 K., 30.10.2006 T.

⁴⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 67.

⁵⁰ BGH, Beschluss vom 12. 11. 2008 - 2 StR 355/08 (LG Köln).

⁵¹ Aynı karar.

⁵² TCK m. 104’te rızanın söz konusu olduğu “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” ifadesinden anlaşılmaktadır. Ayşe Nuhoğlu, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara

girmektir. Dolayısıyla resmi evlilik yapmış 18 yaşın altındaki bir kişinin, evlilik içinde yaşadığı olağan cinsellik suç konusu olmaktadır. Doktrinde aksi yönde görüş de bulunmakla beraber⁵³ Adalet Komisyonu Raporu'nda⁵⁴ belirtildiği üzere madde başlıkları metne dahil olmadığından, mağdurun evlilik ile reşit olmuş kişi olmasından bağımsız olarak tipik fiilin oluştuğu açıktır. Ancak hukuk sisteminin bir taraftan kendi yasalarıyla meşru kıldığı bir durumu diğer taraftan cezaya tabi kılması kabul edilebilir değildir. Yasal, resmi bir işlemle kurulmuş evlilik birliği içinde gerçekleşen rızai cinsel ilişkiler bakımından bu sorunun hukuka aykırılık unsuru çerçevesinde çözülmesi mümkündür. Türk Medeni Kanunu düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere evlilik, cinsel ilişki ve çocuk sahibi olma mefhumları birbiriyle bağdaşık olduğundan, evlenme ile hukuk sisteminin eşlere cinsel ilişkiye girme hakkı da sağladığı kabul edilmelidir. Sonuç olarak TCK m. 104 bakımından tipik fiil oluşmasına rağmen, eşler arası cinsel ilişkide, bir hukuka uygunluk sebebi olan "hakkın kullanılması"nın mevcut olduğu ve suçun oluşmadığı söylenebilecektir.

C. Fail

Faille mağdur arasındaki yaş farkının da faille mağdurun hemcins olup olmamasının da suçun oluşumuna bir etkisi bulunmamaktadır. Madde metni dahilinde faile dair herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Kısaca herkes cinsel istismar suçunun faili olabilmektedir.

Buna karşın ikinci fıkradaki nitelikli hal düzenlemesinde "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi"ne tek başına yer verilmiş olması; nitelikli cinsel istismarın ancak erkek fail tarafından gerçekleştirilebileceği yönünde yorumlanmıştır⁵⁵. İleride açıklanacağı üzere bu

Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku", **Köksal Bayraktar'a Armağan, C.II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, 2010, s. 295.

⁵³ Reşit olmayanla cinsel ilişkide ise, mağdur evlilikle ergin kılınmış olduğu için tipik fiilin oluşmayacağı yönünde: Alahattin Şimşek, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", **CHD**, Yıl: 10, No:28, Ağustos 2015, s. 341 – 342.

⁵⁴ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, 25.10.2016.

⁵⁵ Organ veya cismin fail tarafından mağdurun vücuduna sokulacağına dair Yargıtay kararı için bkz. 14. CD 2014/3536 E., 2014/6122 K., 06.05.2014. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-3536.htm>, 26.03.2017.

yorum doğru olmasa da, bu düzenleme “başkasının vücuduna organ veya sair cisim sokma” eylemlerinin tümünü kapsamakta fakat “kendi vücuduna organ sokturma” eylemlerinin bir kısmı fiil tanımının dışında kalmaktadır. Türkiye’de cinsel istismar suçu faillerinin tamamının erkek olduğu yönünde araştırmalar⁵⁶ bulunmakla birlikte formülasyonun teknik hukukun gereklerine göre yapılması gerektiği açıktır.

Failin cinsiyetinin belirleyici olmaması gerektiği konusunda netlik bulunmaktadır. Failin yaşı bakımından ise bir ayrıma gidilmesi yerinde olabilecektir. Bu bağlamda cebir, tehdit vb. zorlayıcı hususların bulunmadığı fiillerde geçerli olmak üzere belirli bir yaşı geçmemiş genç yetişkinler için ya da mağdur ile arasında belirli bir yaş farkı bulunan failer için bir cezasızlık veya indirim öngörülmesi mümkündür⁵⁷. Failin yaşına dair de bir düzenleme yapılması gerektiği fikrinin, istismarın özünü alakalı bir temeli bulunmaktadır. İstismar, bir tarafın diğer tarafa göre dezavantajlı olması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu göreceliliğin oluşmadığı durumlarda gerçek anlamda bir istismarın varlığından söz edilemez. Öyle ki yaşı gereği cinsel olgunluğa erişmemiş bir çocuğu ancak bu yönden ona göre daha olgun olan biri istismar edebilecektir. Bu açıdan bakıldığında mağdurun yaşının cinsel olgunluk bakımından müsait olmamasına dair bir kanuni belirleme olması ne kadar yerindeyse failin yaşı bakımından mağdura göre daha olgun sayılmasına dair bir belirleme olmaması da o kadar yerinde değildir. Zira görecelilik tek taraflı değil, en az çift taraflı bir belirleme ile sağlanabilir. Nitekim psikiyatrik çalışmalarda çocuklar arasında bir cinsel istismardan söz edilebilmesi için failin mağdurdan en az dört yaş daha büyük olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸.

Cinsel istismar faili ile pedofilik bireyin eş anlamlı olmadığını da belirtmekte fayda vardır. Amerikan Psikiyatri Birliği’nce pedofili; en az 6 aylık bir süre boyunca, kişide ergenlik dönemine girmemiş bir çocukla ya da çocuklarla cinsel etkinlikte bulunma ile ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin ya da

Cinsel ilişkiyi “Aktif failin tenasül organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal yollardan sokması” şeklinde tanımlayan Yargıtay kararı için bkz. CGK 1990/101 E., 1991/56 K., 04.06.1990 T. (Fatih Özkul, Mustafa Ernalbant, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, C.XLII, No:3, Temmuz 2016, s. 484.)

⁵⁶ Ayten Erdoğan v.d., “Characteristic features of perpetrators of sexual abuse on children and adolescents in four different regions of Turkey”, **Anadolu Psikiyatri Dergisi**, C.XII, No:1, 2011, s. 55 - 61.

⁵⁷ Fail ile mağdurun arasında iki – üç yaş olmasının aranması gerektiği yönünde: Soyaslan, **a.g.e.**, s. 238.

⁵⁸ Ayten Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, Cilt.II, No:2, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2010, s. 134.

davranışlarının yineleyici bir biçimde ortaya çıkması olarak tanımlanmıştır⁵⁹. Oysaki *Polat*'ın objektif tespitine göre “*Birçok çocuk cinsel istismarcısı, durumsal istismarcıdır. Çoğu erkek olup, çocuğu seks yapmak için kullanırlar. Çünkü çocuk onlar için kullanılabilir niteliktedir. Durumsal istismarlarda çocuk için özel cinsiyet tercihi yoktur. Durumsal istismarcılar, fırsatçı ve rastgeleci sayılırlar.*”⁶⁰. Bu, faillerin geneli için yerinde bir değerlendirmedir. Ancak kriminolojik olarak cinsel istismar suçu failleri başkaca sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır⁶¹.

D. Fiil

Cinsel istismar suçu neticenin fiilde mündemiç olduğu bir suç tipi olması sebebiyle fiilden bağımsız bir netice unsuru içermemektedir⁶². Çocuğa karşı cinsel davranışta bulunmakla suç tamamlanır; failin bu davranış sonucu uyarılması, tatmin olması veya benzer bir cinsel amacına ulaşması suçun tamamlanması için gerekli değildir⁶³. Yine aynı sebeple nedensellik bağına dair bir değerlendirme yapılması söz konusu değildir.

Fiil unsuru dahilinde cinsel istismara kavramsal açıdan bakılmasının ardından pozitif düzenlemeye ilişkin açıklamalara ve tartışmalara yer verilecektir.

1. Cinsel istismar

Cinsel istismar; duygusal istismar, fiziksel istismar, ihmal ve sömürü ile birlikte istismarın bir alt kavramıdır. Dünya Sağlık Örgütü çocuk istismarını; çocuğun sağlığına, gelişimine ve onuruna zarar veren ya da zarar verme ihtimalini barındıran

⁵⁹**Psikiyatride Hastalıkların Tanımlanması ve Sınıflandırılması Elkitabı**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı (DSM-IV-TR), Çev. Ertuğrul Köroğlu, 2001, Hekimler Yayın Birliği, Ankara.'dan aktaran: Erdoğan, **a.g.m.**, s. 134.

⁶⁰ Oğuz Polat, **Çocuk Pornografisi**, 1. bsk., İstanbul, Nokta Kitap Yayınevi, Mart 2007, s. 36.

⁶¹ Cinsel istismar suçu bakımından sabitleşmiş, yedekçi, sosyopatik ve maceracı fail tiplerinin bulunduğu dair bkz. Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 230.

⁶² Cinsel saldırı suçu bakımından aynı yönde: Memiş Kartal, **Cinsel Saldırı**, s. 475.

⁶³ Aynı yönde: Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 315.

her türlü fiziksel ve duygusal kötü muamele, cinsel istismar, ihmal ve sömürü olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Çocuk istismarı türlerinden yalnızca cinsel istismar ceza kanunlarında özel bir suç tipi olarak öngörülmüştür⁶⁵. Diğer istismar türleri ceza düzenlemelerinde özel bir karşılık bulmasa da; istismar tanımlarının genişliğine bakıldığında, herhangi bir suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde istismar olgusu ortaya çıkabilecektir. Zira bir suçun mağduru olan çocuğun sağlığının veya gelişiminin olumsuz etkilenmesi oldukça olasıdır.

Yine Dünya Sağlık Örgütüne göre çocuğun cinsel istismarı; bir çocuk ile bir yetişkinin ya da yaş veya gelişim açısından sorumluluk, güven veya güç ilişkisi içinde olunan başka bir çocuğun arasında gerçekleşen cinsel davranışlardır⁶⁶. Psikiyatri alanında ise; erişkin bir kişinin bir çocuğu cinsel eylemde bulunmak için kullanması⁶⁷ ya da kandırma, zorlama veya tehdit yoluyla cinsel davranışlara maruz bırakmasıdır⁶⁸. Bu istismar tanımı, bir ceza normunda karşılık bulmak için fazla kapsamlıdır. Cinsel istismar tanımları ve bu tanımları oluşturmakta kullanılan ölçütlerde de birlik bulunmamaktadır. Çocuğun yaşı, faille olan yaş farkı ve karşılıklı ilişki, cinsel davranışın türü gibi hususlarda farklı değerlendirmeler yapılarak farklı tanımlamalarda bulunulabilmektedir. Bu bağlamda akranlar arasındaki ve aralarında beş yıldan az yaş farkı olan kişiler arasındaki şiddet içermeyen cinsel temasların cinsel istismar teşkil etmediği gibi görüşlerle karşılaşmak mümkündür⁶⁹. Farklı ölçüt ve bakış açılarının bulunduğu bir alanda birlik oluşamayacağı açıktır. Dolayısıyla üzerinde konsensüs bulunan bir tanıma sahip olmayan ve göreceli kabuller ışığında oluşturulmuş olan bir suç tipinin söz konusu olduğu gözetilerek konuya yaklaşmak bilimsellik açısından özel önem arz etmektedir.

⁶⁴ (Çevrimiçi) http://www.who.int/topics/child_abuse/en, 31.05.2017.

⁶⁵ Çocuğun istismarını önlemeyi sağlayacak diğer suç tipleri; kasten yaralama (TCK m. 86), kötü muamele (TCK m. 232), hakaret (TCK m. 125), terk (TCK m. 97), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m. 233) suçları örnek verilebilir. Nuhoğlu, **a.g.m.**, s. 287.

⁶⁶ **1999 WHO Consultation on Child Abuse Prevention**, (Çevrimiçi) http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf, 24.04.2017, s. 15.

⁶⁷ Yasemin Taner; Bahar Gökler, "Çocuk İstismarı ve İhmalı", **Hacettepe Tıp Dergisi**, C.XXXV, No:2, 2004, s. 83.

⁶⁸ Oğuz Polat, Cemal Alay, "Pedofili Nedir, Ne Değildir?", **Türkiye Biyoetik Derneği Bildiri Özetleri Kitabı**, İstanbul, Ekim 2012, s.208.

⁶⁹ Johann Endres, O. Berndt Scholz, "Sexueller Kindesmißbrauch aus psychologischer Sicht - Formen, Vorkommen, Nachweis", **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Heft 10, 1994, s. 467 – 468.

Cinsel istismar suçunun objektif olarak incelenebilmesi için; failin, mağdurun ve bunlar arasındaki ilişkinin özelliklerine göre farklı görünüş biçimleri bulunduğu ortaya koyulması gerekir. Asıl olarak mağdur merkezli bir suç olması sebebiyle cinsel istismar mağdurunun “istismar edilmeye elverişliliği” suçun haksızlık içeriği bakımından ana etkindir. Bir kişinin kendisiyle denk bir kişi tarafından istismar edilmesi söz konusu olamaz. Bir tarafın karşısındakine göre fiziken veya manen dezavantajlı durumda olmaması halinde istismar kavramıyla bağdaşır bir karşılaşma ortaya çıkmış olmaz. Çünkü istismardan bahsedilebilmesi için, görece avantajlı durumda olan bir kişinin diğer bir kişinin dezavantajından faydalanması gerekmektedir. Dolayısıyla bu kriter aynı zamanda “failin istismar etmeye elverişliliği”ni de barındırır. Mağdurun normale göre daha dezavantajlı bir duruma girmesinin kendisinden değil, faille olan ilişkisinden veya harici sebeplerden kaynaklanması da mümkündür. Örneğin yaş küçüklüğü sebebiyle zaten bir yetişkine göre dezavantajlı durumda olan bir çocuğa yönelik cinsel davranışlar aynı evde birlikte yaşadığı bir akrabası tarafından yapıldığında çocuğun dezavantajı üç boyutlu hale gelmekte; yaş, mekan ve ilişki faktörleri istismarın yoğunluğunu artırmaktadır.

Kavramsal içeriği bu şekilde olan cinsel istismar, TCK'nın 103. maddesinde bir suç tipine vücut vermektedir. Madde metninin ilk cümlesince tipik fiil, çocuğu cinsel yönden istismar etmektir. Bentlerdeki cinsel istismar açıklaması da buna dahil edildiğinde, tipik fiilin “çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirmek” olduğu görülmektedir.

Birinci gruba dahil çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun tek hareketli suç olduğu açıktır. İkinci gruba dahil çocukların ise cebir, tehdit, hile veya başka bir iradeyi etkileyen nedenin etkisi altında olması arandığı ve genel kabule göre bu nedenler fiil unsuruna dahil olduğu için ikinci gruba dahil çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun çok hareketli suç özelliği gösterdiği söylenebilir. Ancak kanun cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin fail tarafından ortaya çıkarılmasını zorunlu tutmadığından bu husus tartışmaya açıktır⁷⁰.

Ek olarak, cinsel davranışın ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin yasal bir belirleme bulunmadığından cinsel istismar suçunun serbest hareketli suç teşkil ettiği söylenebilecektir. Yalnızca bedensel temasın aranması bu bakımdan bir kısıtlama

⁷⁰ Tek ve çok hareketli suçlara ilişkin bilgi için bkz. Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2016, s. 115 – 116.

yaratmaktadır. İkinci gruba dahil çocuklara karşı suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlenmesi gerektiğinden ikinci gruba dahil çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun bağlı hareketli suç özelliği gösterdiği söylenebilir⁷¹. Yine sarkıntılık halinin anlık (“ani”) hareketle işlenmesinin gerekmesi, sarkıntılık halinin ve suçun temel şeklinin vücut dokunulmazlığının ihlal etmesi şartının kabul edilmesi cinsel istismar suçunu bağlı hareketli suça yaklaştırmaktadır. Ayrıca suçun vücuda organ ya da sair cisim sokma suretiyle işlenmesini öngören ikinci fıkra ile birinci grup çocuklara karşı cebir ya da tehditle ve ikinci grup çocuklara silah kullanmak suretiyle işlenmesini öngören dördüncü fıkra bağlı hareketli suç niteliğindedir.

Düzenlemenin içeriği özetle bu şekilde olmakla birlikte TCK’da farklı suç tiplerinde düzenlenmiş olan teşhircilik, pornografik yayında kullanma gibi fiillerin⁷² de çocuğa karşı gerçekleştirildiğinde kavramsal olarak cinsel istismar teşkil ettiğine dikkat edilmelidir. Aslında bu geniş bakış açısını yakalamak amacıyla Türk kanun koyucusu cinsel istismar suçunu düzenlerken “her türlü cinsel davranış” ibaresini kullanmıştır ancak halihazırda suçun uygulaması çocuklara temas edilen fiiller ile sınırlı kalmaktadır. Cinsel istismar kavramı bakımından bunun doğru bir düzenleme ve uygulama şekli olmadığını söylemek gerekir. Bu şekliyle cinsel istismar suçu neredeyse cinsel saldırının çocuklara karşı gerçekleştiği bir nitelikli hali görünümündedir⁷³. Bu durum sözleşmesel yükümlülüklerle aykırı olduğu gibi⁷⁴, cinsel suçlar düzenlemesinin sistematikliğini de bozmaktadır⁷⁵.

⁷¹ Yağma suçunun cebir veya tehdit ile işlenmesi gerektiği için bağlı hareketli suç olduğu yönünde: **A.e.**, s. 117.

⁷² Özbek; elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanma, ırza geçme fiillerinin istismar oluşturduğunu ifade etmektedir. Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 354 dn. 146.

⁷³ Cinsel suçlarda cinsel istismar başlığıyla çocuklar için ayrı bir suç tipi düzenlenmesinin yanlış olduğu savunulmuştur. **Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ağustos 2004, s. 158.

⁷⁴ Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi’nin getirdiği yükümlülüklerle ilişkin bkz. Nuhoğlu, **a.g.m.**, 287 vd.

⁷⁵ Mevcut düzenlemenin teorik düzeyde 765 sayılı Kanun’dan daha kötü durumda olduğu yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 463.

2. Fiilin icrailiği

TCK'daki formülasyonda yalnızca cinsel davranış "gerçekleştirmek" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştiren kişi fail sıfatı kazanacakken, çocuğun cinsel davranış gerçekleştirmesine "müsaade eden" veya bunu "teşvik eden" kişi bakımından suçun oluşup oluşmadığı tartışmaya müsait olmaktadır⁷⁶. Oysaki bir çocukla bir yetişkinin müdahil olduğu bir cinsel oluşun yalnızca yetişkinin icrai hareketlerinden ibaret olmaması; karşılıklı hareketlerle, çocuğun inisiyatifiyle ve hatta yalnızca çocuğun hareketi ile gerçekleşmesi de mümkündür. Suç ve cezanın şahsiliği ilkesi gereği kişinin yalnızca kendi gerçekleştirdiği hareketlerden dolayı cezalandırılabilmesi gözetildiğinde, ceza sorumluluğunun hangi şartlarda oluşacağına belirli olması gerekmektedir⁷⁷. Somutlaştırmak gerekirse çocuğun ani bir hareketle bir yetişkinin cinsel organına dokunup kaçması olayında yetişkinin sorumluluğunun doğmamasını ancak çocuğun tamamen kendi inisiyatifiyle bir yetişkinin cinsel organına dokunarak onu tatmin etmesi olayında yetişkinin sorumluluğunun doğmasını sağlayacak kanuni bir belirleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

İhmali hareket teorileri açısından bakıldığında düzenlemenin failin icrai hareketini gerektirdiğini söylemek mümkündür. Öyle ki bir çocuğun kendiliğinden başkası üzerinde gerçekleştirdiği cinsel eylemlere bu kişinin tepkisiz kalması durumunda, "çocuğa karşı gerçekleştirilen bir cinsel davranış" bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Bu yorum TCK'nın Genel Esaslar Kısmında, suçun ihmali hareketle işlenmesine dair herhangi bir düzenleme bulunmaması sebebiyle ihmal suretiyle de işlenebilen icrai suçların cezalandırılmayacağı yönündeki görüşün^{78,79} bir görünümü olarak kabul edilebilir. Ancak tüm suçların ihmali hareketle işlenebileceği

⁷⁶ Fiilin "cinsel eylem gerçekleştirmek" şeklinde tanımlanması aktif bir icraya işaret etmekte ve ihmali dışlamaktadır. Laubenthal, **a.g.e.**, s. 178, kn. 447.

⁷⁷ Örneğin iki çocuğun karşılıklı gerçekleştirdiği cinsel eylemde iki çocuğun da kendi davranışları bakımından fail, öbürünün gerçekleştirdiği davranışlar bakımından mağdur olduğunun kabul edilmesine yönelik görüş (bkz. Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 469) bu bakış açısından doğmaktadır.

⁷⁸ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. bsk., İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2016, s. 229.

⁷⁹ 6831 sayılı Orman Kanunu'nda yapılan değişikliği gerekçe göstermek suretiyle özel hükümde ihmalen işlenebileceği öngörülmeden suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği yönünde: Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri**, 1. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 171.

görüşünün⁸⁰ benimsenmesi halinde dahi 103. maddenin ihmali hareketle işlenmeye müsait olmadığı söylenebilir. Zira ihmali hareket teorisi bakımından kişinin tamamen hareketsiz olduğu (temasın oluşmasına hiçbir katkıda bulunmadığı) bir olayda kural olarak *görünüşte ihmali suçun* oluşması mümkün değildir; failin hareketsiz kalması, “neticenin ortaya çıkması tehlikesini” ortaya çıkarmadığı ve garantör sıfatını kazanmadığı anlamına gelmektedir⁸¹.

Nitekim Hakeri, ihmali hareketle işlenen icrai suçların varlığı kabul edilse dahi eski TCK'daki “ırza geçme suçu”nun sadece icrai hareketle işlenebileceğini belirtmiştir⁸². Yine İçel, 102. maddede düzenlenen ve tipik fiili “*cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmek*” şeklinde formüle edilmiş olan cinsel saldırı suçunun, esas itibariyle icrai bir hareketle gerçekleştirildiğinden, icrai bir suç olduğunu ifade etmektedir⁸³. *Özbek v.d.* de cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının kural olarak icrai bir şekilde işlenebilen suçlar olduğunu, kanunda özel düzenleme bulunmadığı sürece bu suçların ihmali surette işlenemeyeceğini savunmaktaydı⁸⁴. Şen ise kanunilik ilkesinden hareketle cinsel istismar suçu düzenlemesinin ihmali hareketin cezalandırılmasına müsait olmadığını ifade etmektedir⁸⁵.

Failin bütünüyle hareketsiz kalmadığı durumlar içinse aksi yönde yorum yapılabilecektir. Bir fiilin yalnızca icrai hareketlerden oluşması her zaman mümkün olmamaktadır; fiiller icrai ve ihmali hareketlerden oluşan bir bütündür. Bu kapsamda öğretilerde icrai ve ihmali hareketlerin bileşimini barındıran fiillerin nitelenmesinde “davranışın ağırlık noktası” kriteri esas alınmaktadır. İcrai bir hareketle başlatılan nedensel sürecin sonraki ihmali hareketle desteklenmesi hallerinde kural olarak fiilin

⁸⁰ Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, 238.

⁸¹ Garantör sıfatının kazanılmasına dair bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, Ekim 2015, s. 175.

⁸² Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 109.

⁸³ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, Nisan 2014, s. 252 – 253. Bu tespiti “İcrai Suçlar” başlığı altında ise ek bir açıklamaya yer verilmesi sebebiyle yazarın görüşünün burada öne sürülen ile paralel olduğu sonucuna varılmıştır.

⁸⁴ İlgili görüşün yer aldığı eski basım için bkz. Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 326, 352.

⁸⁵ Ersan Şen, “Cinsel İstismarın İhmali Davranışla İşlenmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1925228-cinsel-istismarin-ihmal-davranisla-islenmesi>, 17.04.2017.

icrai nitelikte olduğu söylenmektedir⁸⁶. Bu görüş takip edildiği takdirde çocuğu cinsel davranışa yönlendirecek bir icrai harekette bulunulması ve bunun sonucunda – yalnızca – çocuk tarafından cinsel davranışın gerçekleştirilmesi durumunda fiilin icrai olduğu söylenebilecektir. Bu gibi durumlarda dolaylı faillik kurumunun işletilmesi de mümkün olabilecektir⁸⁷. Böylece cezalandırılabilirlik boşlukları belirli şartlarda dolmaktadır. Ek olarak, bir kişinin çocuğa dışsal bir etkide bulunarak üçüncü bir kişi üzerinde cinsel eylem gerçekleştirtmesi gibi durumlarda – dolaylı faillik ve iştirak kurumlarından faydalanılsa dahi – cezalandırılabilirlik boşlukları oluşabileceği gözükmektedir. Dolaylı faillik ve iştirake dair açıklamalara aşağıda ilgili bölümde değinilecektir.

Türk doktrinindeki bakış açılarıyla ilgili örnekler sunmak gerekirse; çocuğa cinsel davranışta bulundurma ve çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlama⁸⁸, üçüncü kişi vasıtasıyla çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etme ve mağdur çocuğu cinsel organını açmaya zorlayarak karşısında kendi kendini tatmin etme⁸⁹ gibi hallerde fiil unsurunun oluştuğuna dair yorumlar yapılmaktadır. Suç tipinde, çocuğun hareketlerinden de sorumluluğu öngören bir seçimlik hareket tanımlanmasıyla bu genişlikte bir cezalandırılabilirlik alanı oluşturmak ve uygun bir belirlilik sağlamak mümkün olacaktır. Somut bir öneri sunmak gerekirse “... çocuk üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştiren, çocuğun kendisi üzerinde cinsel davranış gerçekleştirmesine izin veren, kendi veya üçüncü bir kişi üzerinde cinsel davranış gerçekleştirten kişi” şeklinde bir formülasyon amaca hizmet edecektir^{90,91}.

Bu hususa ilişkin olarak Alman CK'nın TCK m. 103'ü karşılayan düzenlemeleri bakımından suçun dolaylı faillik ve ihmali hareketle işlenmesinin

⁸⁶ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 172.

⁸⁷ Koca/Üzülmez, çocuğun ona dokunmasını sağlayan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 315.

⁸⁸ Mağduru bir şey yapmaya zorlamak veya mağduru kendisine yönelik bir davranışa katlanmak zorunda bırakmak ile cinsel saldırı suçunun oluşacağı yönünde: Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu”, **GSÜHFD**, No:1, Beta Yayınevi, 2016, s. 16.

⁸⁹ İlgili yorumlar için bkz. Ebru Altaş, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), s. 23 vd.

⁹⁰ Yalnızca organ ve sair cisim sokmayı konu alan nitelikli hal yönünden “*mağduru bu davranışlarda bulunmaya veya maruz kalmaya zorlamak suretiyle*” ifadesinin madde metnine eklenmesine yönelik alternatif öneri için bkz. “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri...”, s. 449.

⁹¹ Düzenlemenin “vücuda organ sokmak veya sokturmak” şeklinde yapılmasına ilişkin öneri için bkz. Gülşah Bostancı Bozbayındır vd., **Çocukların Cinsel İstismarı, (Özel Ceza Hukuku, c. II, Kişilere Karşı Suçlar -1-)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 504.

kabul edilmediğini belirtmekte fayda vardır. Gerçekten de “çocuğun bedeni üzerinde cinsel eylem gerçekleştirme” fiillerinin düzenlendiği Alman CK’nın 176. maddesinin birinci fıkrası; 182. maddenin birinci fıkrasının birinci bendi, ikinci fıkrası ve üçüncü fıkrasının birinci bendi; 174. maddenin birinci fıkrasının “bizzat işlenebilen suç” (“eigenhändiges Delikt”) özelliği gösterdiği kabul edilmektedir⁹². Bizzat işlenebilen suç kavramı, yalnızca bizzat tipik fiili gerçekleştiren kişinin fail sıfatını kazanabilmesini ifade etmekte ve suça tipik fiili gerçekleştirmeksizin katılan kişinin müşterek fail ya da dolaylı fail sıfatını kazanmasını engellemektedir⁹³. Yine birinci fıkra bakımından eyleme müdahale etmeyen garantör sıfatını haiz kişinin ihmali hareketi sebebiyle fail olması da mümkün değildir⁹⁴. Oysaki diğer fıkralardaki fiillerin, Alman CK m. 13/1’deki suçun ihmali hareketle işlenmesinin de cezalandırılacağına ilişkin açık hüküm gereği, ihmalen işlenmesi mümkündür. Tüm bu açıklamalara karşın unutulmamalıdır ki bu üç suç tipinde de cinsel eylem gerçekleştirmek, cinsel eylem gerçekleştirmeye karar verdimen ve sair fiiller düzenlenmiş olduğundan TCK düzenlemesindeki benzer bir cezalandırılabilirlik sorunu ortaya çıkmamaktadır.

Alman kanununda öngörölmüş olan fiillere ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda ilgili başlıklarda yer verilecektir. Böylece Alman CK’daki düzenlemelerin kapsamı ortaya koyulacak, Alman kanun koyucusunun kanunilik ve belirliliğe ilişkin farklı bakış açısı yansıtılacak, doktrin ve uygulamadaki yorumlar açıklanacaktır.

3. Cinsel davranış

Cinsel davranış ifadesi kendiliğinden bir belirlilik arz etmemekte, kapsamın belirlenmesi için özel yorumlara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu durum 5237 sayılı TCK’nın henüz tasarı halinde bulunduğu dönemde tartışma konusu yapılmıştır. Turhan, insanların gösterebileceği cinsel davranışların sınırı olmadığından hareketle geniş kapsamlı bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde olduğunu savunurken; Öztürk

⁹² Laubenthal, **a.g.e.**, s. 233, kn. 604.

⁹³ **A.e.**, s. 179, kn. 448; Ziegler, **a.g.e.**, §182 kn. 14; Renzikowski, **a.g.e.**, § 182 kn. 66.

⁹⁴ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 56.

ve Artuk, cinsel davranışın yeterli bir kanuni tanımının bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁵. Her halükarda kanuni tanımın açıklamaya muhtaç olduğu görülmektedir.

Fiil unsurunun bu ögesinin iki adımda incelenmesi ve öncelikle “davranış” kelimesinin kapsamının açıklanması yerinde olacaktır.

a) Davranış ve bedensel temas

Davranış kelimesinin sözlük anlamı “davranmak eylemi ya da biçimi, tutum, hareket”tir⁹⁶. Denebilir ki geniş anlamı sebebiyle davranış kelimesinin fiil unsuru bakımından kısıtlayıcı bir özelliği bulunmamaktadır. Sözelimi başkasının genital bölgesine dokunulması da başkasına göstererek cinsel organın tutulması da şehvetli sözler söylenmesi de “davranış” olarak nitelenebilecektir.

103. maddenin gerekçesinde “*Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır.*” şeklinde bir cümleye yer verilmiştir. Gerekçedeki bu cümleye dayanmak suretiyle cinsel istismar suçundaki fiillerin cinsel saldırı suçundakiyle paralel olduğu kabul edilmekte, cinsel istismar suçu “mağduru çocuk olan cinsel saldırı suçu” olarak nitelenmektedir^{97,98}. Hem doktrindeki genel kabul⁹⁹ hem Yargıtay uygulaması, cinsel istismar suçunun yalnızca bedensel temas halinde oluştuğu yönündedir¹⁰⁰. Buna karşın gerekçeler madde metnine dahil olmayıp gerekçedeki yorumlar bağlayıcı değildir. Dolayısıyla suçun kapsamına dair bu tür bir kısıtlamanın gerekçe vasıtasıyla yapılamayacağı kabul edilmelidir. Kaldı ki cinsel istismar

⁹⁵ Bahri Öztürk, Emin Artuk ve Faruk Turhan’ın TBB ve Gazi Üniversitesi tarafından düzenlenen sempozyumda ifade ettikleri görüşleri için bkz. **Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli**, s. 143, 151, 159.

⁹⁶ (Çevrimiçi) <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>, 01.11.2016.

⁹⁷ Tasarı ile ilgili görüşmelerde İsmail Malkoç ve Emin Artuk tarafından cinsel istismar suçunun cinsel saldırı suçunun içinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. **Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli**, s. 149, 151.

⁹⁸ Bu yönde: Soyaslan, **a.g.e.**, 237; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 307.

Aksi yönde: Cinsel istismarda bir saldırı bulunmak zorunda olmamasından hareketle cinsel istismar suçunun cinsel saldırı suçuyla özdeş olmadığı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 350.

⁹⁹ Özbek v.d.’nin bu değişikliklerden önceki yorumu bedensel temas bulunmayan cinsel davranışların da cinsel istismar suçu oluşturacağı yönündedir. **A.e.**, s. 354.

¹⁰⁰ **A.e.**, s. 353; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 237.

suçunun, bedensel temas içeren fiillerle sınırlanmamasını gerektiren bir pozitif düzenleme mevcuttur. 102. maddedeki cinsel saldırı suçunda tipik fiilin “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmek” şeklinde tanımlanması, tersine yorumla, vücut dokunulmazlığı ihlal edilmeksizin de cinsel davranışlar gerçekleştirilmenin mümkün olduğunu göstermektedir.

Buna karşın muhtemeldir ki kanun koyucu, sonradan yapılan bazı düzenlemeleri mevcut yorumun takip edilmesi amacıyla getirmiştir. İlgili eklemeler ile *sarkıntılık* cinsel istismar suçunun hafif hali olarak öngörülmüş, m. 105'teki cinsel taciz suçunda da suçun çocuğa karşı işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir¹⁰¹. Böylece cinsel istismar suçunun temel halinin sarkıntılıktan daha ağır fiillerden teşekkül ettiği ve özel normun önceliği ilkesi¹⁰² gereği cinsel taciz niteliğindeki fiillere m. 105'in uygulanacağı açıklığa kavuşmuştur¹⁰³. Sarkıntılığın aşağıda izah edilecek tanımından ve cinsel tacizin yalnızca “bedensel temas içermeyen cinsel davranış” olarak kabul edilmesinden hareketle cinsel istismar suçunun uygulamasının bedensel temas içeren davranışlarla sınırlı olduğu söylenebilecektir¹⁰⁴. Bu sonuç, “teşhir”in, cinsel taciz suçunun nitelikli hali olarak öngörülmesiyle [m. 105 f. 2 b. e)] de pekiştirilmiştir¹⁰⁵.

Yine de ne cinsel davranış ne sarkıntılık ne de cinsel taciz ifadelerinin yasal bir tanımı olduğunu, bu ifadelerin içinin doktrin ve uygulama tarafından doldurulması neticesinde oluşan kısmi belirliliğin düzenlemeyi kanunilik ilkesine uygun hale getirmediğini ifade etmek zorunludur^{106,107,108}.

¹⁰¹ Bu değişiklikleri getiren 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un gerekçesinde de cinsel istismar suçunun temel şeklinin oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁰² Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No:14, Güz 2008, s. 37 - 38.

¹⁰³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 308. Cinsel saldırı suçu bakımından benzer bir yorum için bkz. Pınar Memiş Kartal, **Cinsel Saldırı, (Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-)**, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 473.

¹⁰⁴ Düzenlemenin eski halinin aksi yorum için müsait olduğu ancak 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle yerleşik hale gelen Yargıtay uygulamasının yasal bir dayanak kazandığı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 400.

¹⁰⁵ 14. CD, 2017/2253 E., 2017/4149 K., 21.9.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2017-2253.htm>, 22.12.2017.

¹⁰⁶ “Cinsel davranışlar” ifadesinin, suçun kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi bakımından muğlak ve eksik kaldığı yönünde: Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 507 – 508.

Cinsel taciz suçunda, “kavramın tanımı bizzat o kavram kullanılarak yapıldığı” için tipik fiilin ne olduğunu anlamanın güç olduğu yönünde: Abbas Kılıç, “Cinsel Hakimiyet Ve Yeni

Nitekim Alman CK m. 176'da fiziksel temas içeren ve içermeyen eylemler birlikte düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasınca çocuk üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirme, çocuğa kendisi üzerinde (fail üzerinde) cinsel eylemler gerçekleştirme ve ikinci fıkrasınca çocuğu bedensel temas içeren cinsel eylem gerçekleştirilmeye karar verdirme fiilleri fiziksel temas içeren istismar fiillerini oluşturmaktadır. Bu fiillerden ilki TCK düzenlemesi ile örtüşmekteyken, diğer ikisine suça iştirak bölümünde değinilecektir. Bunların yanında dördüncü fıkrada; çocuğun önünde cinsel eylem gerçekleştirme (bent 1), çocuğu cinsel eylemde bulunmaya karar verdirme (bent 2), yazı ya da bilişim veya iletişim teknolojisi aracılığıyla çocuğa etki etme (bent 3) ve pornografi yoluyla çocuğa etki etme (bent 4) şeklinde dört farklı fiziksel temas içermeyen istismar fiili de tanımlanmıştır.

Fiziksel temas içermeyen fiillerden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Birinci bent, failin çocuğun önünde kendi veya üçüncü bir kişi üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirilmesiyle oluşmaktadır. Bu fiil, TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuğa karşı ve teşhircilik suretiyle işlenmesi nitelikli hallerine karşılık gelmektedir. Suç tipinin oluşması bakımından fail ile mağdur arasında mekansal bir yakınlık aranmamakla birlikte eşzamanlılık şarttır. Öyle ki önceden kaydedilmiş cinsel eylemlerin kayıtlarının gösterilmesi birinci bent kapsamında değil, dördüncü bent kapsamında değerlendirilirken uzaktan görüntülü görüşme (webcam) yoluyla işlenen fiiller birinci uyarınca cezalandırılmaktadır¹⁰⁹. Ancak failin icra ettiği bir eylemden bahsedilmesi zorunludur; kendi üzerinde üçüncü bir kişi cinsel eylemlerde bulunurken (üçüncü kişinin sözde fail üzerindeki cinsel eylemleri) pasif kalmak bent kapsamında değerlendirilmez¹¹⁰. Çocuğun önünde

Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", **TBB Dergisi**, No:78, 2008, s. 169, dn. 10.

Cinsel suç düzenlemelerinin kanunilik ilkesini hiçe sayarcasına birçok bilinmeyi içinde barındırdığı yönünde: Zeki Hafızoğulları, Devrim Güngör, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", **TBB Dergisi**, Yıl: 20, No:69, Mart – Nisan 2007, s. 39.

¹⁰⁷ Kanun koyucunun TCK m 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu ile, 765 sayılı TCK'daki sarkıntılık ve söz atma fiillerini karşılamak istediği ancak Yargıtay uygulamalarının cinsel taciz suçunu yalnızca söz atma fiillerine indirgediği yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 462 – 463, dn. 3.

¹⁰⁸ Cinsel tacizin kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Yenerer Çakmut, **a.g.m.**, s. 18 – 19.

¹⁰⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi failin beş çocukla yaptığı webcam görüşmesinde gerçekleştirdiği cinsel eylemleri (erkeklik organını göstererek masturbasyon yapmak) m. 176 f. 4 b. 1 kapsamında değerlendirmiştir: BGH Beschluss vom 21. April 2009 - 1 StR 105/09 (LG München I).

¹¹⁰ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 12, § 184g Rn 20; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 32.

gerçekleştirilen eylemleri algılıyor olmasının yanında, bu fail için de eylemi gerçekleştirmesinde belirleyici bir faktör olması da gerekli görülmektedir.

Alman kanun koyucusu ikinci bentteki “kendi üzerinde” ifadesini 4 Kasım 2008 tarihinde metinden çıkarılmıştır^{111,112}. Dolayısıyla mağdurun “kendi bedeni üzerinde” cinsel davranışlar icra etmesi zorunlu olmayıp “kendi bedeni ile” gerçekleştirdiği eylemler de tipik olabilmektedir. Daha açık bir deyişle, cinsel eylemi gerçekleştirirken çocuğun kendine dokunması gerekli değildir¹¹³. Böylece Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bu tür eylemlerin tipik olmadığı yönündeki içtihadı değişmiş¹¹⁴; failin mağduru yalnızca cinsel bakımından tahrik edici şekilde poz vermeye ikna etmesi tipikliğin gerçekleşmesi yeterli hale gelmiştir¹¹⁵. Bu kapsamdaki fiillerin TCK sisteminde cinsel istismarı dolaylı faillikle işleme veya cinsel taciz olarak görülmesi mümkündür.

Üçüncü bent, henüz çocuğun cinsel özbelirlenimi zarar görmemiş ve cinsel istismar ortaya çıkmamışken failin ilgili davranışta bulunmaktaki “niyet”ini cezalandırmaktadır¹¹⁶. Daha ağır cezaların öngörüldüğü suçlarda, örneğin cinayette (Mord - Alman CK m. 211), hazırlık hareketleri cezalandırılmazken cinsel istismar suçu bakımından böyle bir hüküm getirilmesinin tutarsızlık teşkil ettiği ifade edilmektedir¹¹⁷. Düzenleme ön alan suçu (Vorfeldtatbestand) niteliğinde olup cezalandırılabilirliği fazla öne çekmesine ve çok geniş bir alanı kapsamasına rağmen mahkumiyet oranının düşük olması sebebiyle de eleştirilmektedir¹¹⁸. Etki etme ifadesi, mağdurun iradesine doğrudan ve yoğun olarak tesir etme anlamındadır. Neticenin ortaya çıkıp çıkmaması, tesirin başarıya ulaşıp ulaşmaması önemli olmamakla beraber somut bir çocuğa yönelmiş bir etkinin mevcudiyeti zorunludur¹¹⁹. Ayrıca kullanılan aracın (yazının) çocuğa ulaşmış ve onun tarafından algılanmış olması gerekmektedir¹²⁰. Yine dikkat edilmelidir ki yazının içeriği ile etki

¹¹¹ Monika Frommel, **Nomos Kommentar - Strafgesetzbuch, Band 2**, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2013, 176 kn. 19.

¹¹² O zamanki madde metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://lexetius.com/StGB/176,3>, 08.08.2016.

¹¹³ Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 22.

¹¹⁴ BGH 4 StR 570/05 vom 2.02.2006.

¹¹⁵ Martin Heger, **Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 176 kn. 4.

¹¹⁶ **A.e.**

¹¹⁷ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 14a.

¹¹⁸ Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 24.

¹¹⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 14b.

¹²⁰ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 38.

etmekten söz edilmektedir. Sözelimi hediye niteliğinde bir kitabın teşvik edici etkisinden faydalanıldığında bende uygun bir fiil oluşmayacaktır¹²¹.

Pornografi yoluyla çocuğa etki edilmesini düzenleyen dördüncü fıkranın dördüncü bendindeki etki etme için de maddi yakınlık şart değildir, telefon veya internet aracılığıyla da gerçekleşebilir. Fail ile mağdurun birbirini tanması zorunlu olmadığından anonim mesajlaşmalar esnasında işlenen fiiller de dördüncü bendin kapsamına girmektedir¹²².

Alman CK'daki bu düzenlemeler ışığında Türk Ceza Hukukunda bedensel temas içermeyen cinsel davranışların cinsel istismar suçu kapsamının dışında bırakılmasının yerindeliğini tartışmak uygun olacaktır¹²³. "Söz"ün cinsel istismar teşkil edecek şekilde bir çocuktan cinsel olarak faydalanma görünümünde olamayacağından hareketle sözel cinsel davranışların cinsel istismar suçundan dışlanmasının yerinde olduğu söylenebilir¹²⁴. Bu genelleme, yalnızca "laf atma" tabir edilen eylem açısından düşünüldüğünde doğru sayılabilir. Ancak sözelimi sapkın içerikli ve abartılı cinsel anlatımlar, teşvik ya da ikna çabaları da sözel olmalarına karşın suç düzenlemesi ile korunan hukuki değere zarar vermek için oldukça elverişlidir. Daha da ileri giderek aslında cinsel suçların sistematığı bakımından fiziksel – fiziksel olmayan ayrımının¹²⁵ yerindeliği eleştiri konusu yapılabilir zira sözel veya teşhirci bir cinsel davranışın dahi fiziksel temas içerenden daha büyük bir haksızlık içeriği olabilir¹²⁶. Özellikle failin konuşmaları neticesinde (ikna) çocuğun fiziksel temas içeren veya teşhircilik teşkil eden cinsel davranışlar gerçekleştirmesi ya da failin bizzat teşhirci hareketler gerçekleştirmesi halinde cinsel istismar

¹²¹ **A.e.**, § 176 kn. 39.

¹²² Alman Yüksek Bölge Mahkemesi, birbirini tanımayan yetişkin ile dokuz yaşındaki çocuğun arasında geçen WhatsApp konuşmasında madde 174/4'te öngörülen fiilin gerçekleşmiş olduğunu tespit etmiştir. Karar için bkz. "OLG Hamm: Sexueller Missbrauch von Kindern durch WhatsApp-Nachricht", **MultiMedia und Recht**, Heft 6, 2016, s. 425 – 426.

¹²³ Katı bir şekilde "temas" unsurunu aramanın, kanunun korumak istediği hukuki yarara uymadığı yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 479.

¹²⁴ Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 314 – 315.

¹²⁵ Dursun, kanunda cinsel suçların bedensel temas içermeyen, bedensel temas içeren, vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varan fiiller olarak üç kademede düzenlendiğini belirtmiştir. Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", **CHD**, Sayı: 24, Seçkin Yayınevi, Nisan 2014, s. 60 – 62.

¹²⁶ Cinsel tacizin daha hafif nitelikte eylemleri kapsadığını ifade etmek suretiyle aksi yönde: Malkoç, **a.g.e.**, s. 169.

niteliğinde bir oluştan söz etmek gerekmektedir¹²⁷. Sağlıklı şekilde iradesini ortaya koyacak durumda olmayan bir çocuğun, bir cinsel oluşun içine katılması cinsel istismar suçunun fiil unsuru bakımından yeterli olmalıdır.

Bunun yanında fiziksel temas içermeyen cinsel davranışların taciz suçu kapsamında sayılmasının, mağdur çocuğun rızası bakımından da sakıncası bulunmaktadır. Cinsel taciz suçu kapsamında çocuğun yaşı veya rıza ehliyeti bakımından bir düzenleme yer almadığından, rıza değerlendirmesinin genel kurallara tabi olması gibi bir sonuç doğmaktadır. Buna karşın, çalışmada ortaya koyulan görüş uyarınca, çocukların cinsel davranışları algılama yeteneği bakımından 103. maddedeki düzenlemenin yol gösterici kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Müstehcen ürünün üretilmesinde çocuğun kullanılması fiilinde (TCK m. 226/3) çocuğun rızasına ilişkin değerlendirme de bu ışıktaki yapılmalıdır. Sözelimi on dört yaşındaki bir çocuğun soyunup çıplak poz vermesinin sağlanması ve fotoğraflarının çekilmesi bakımından çocuğun gösterdiği rıza geçerli olamamalıdır.

Halihazırdaki durum üzerinden açıklamalara devam edilecek olursa; vücut dokunulmazlığının ihlalden/bedensel temastan kasıt, fail ile mağdurun teninin temas etmesi değildir. Giysi üzerinden veya vücudun şeklini alan herhangi örtü vb. üzerinden gerçekleştirilen temaslar vücut dokunulmazlığının ihlali için yeterlidir. Alman Ceza Hukukunda da birinin “üzerinde” gerçekleştirilen cinsel eylemlerde vücutların birbirine değmesi gerekli olup, bunun çıplak tenlerin teması anlamına gelmediği konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹²⁸. Ek olarak fail, mağdurla tenel temas kurmayıp bir araç kullanarak mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinde de – örneğin pense benzeri bir aletle mağdurun cinsel organını kısırdığında da – tipik fiilin oluştuğu kabul edilmelidir¹²⁹. Zira aksi takdirde bedensel teması sağlamaksızın sair cisim sokma şeklindeki nitelikli eylemlerin suç teşkil etmediği gibi makul olmayan bir sonuca dahi varılabilecektir. Paralel olarak, failin mağdurun tenine menisini boşaltmasında da vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği kabul

¹²⁷ “... cinsel istismarın varlığını kabul edebilmek için mutlaka bedensel bir temasın bulunması gerekmez.” Özbek v.d., a.g.e., 2016, s. 354.

¹²⁸ Tatjana Hörnle, **Münchener Kommentar zum StGB**, Münih, Verlag C.H. Beck, 2012, § 184g kn. 10.

¹²⁹ Mağdura sair cisim değdirmekle de suçun oluşabileceği yönünde: Ziegler, a.g.e., § 176 kn. 9.

edilmelidir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihadı da bu yöndedir^{130,131}. Fail ile mağdur arasında cam, kapı, duvar vb. varken gerçekleştirilen davranışlarda ise temasın gerçekleşmediği açıktır. Bunun yanında fiziksel teması kuran hareketin bizatihi cinsel eylem teşkil etmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda çocuğu çıplak olarak izlemek üzere soyunmasına yardım etme, ikna etmek veya zorlamak için çocuğun kollarından tutma vb. hareketler esnasında oluşan bedensel temaslara tipikliği sağlamamaktadır¹³².

Son olarak birinci fıkranın lafzıyla ilgili tartışılan bir hususa da açıklık getirmek gerekir. Kanun koyucunun “her türlü cinsel davranış” ve “cinsel davranışlar” şeklinde iki farklı ifade kullanmasının sebebi; b) bendinde ilgili nedenlere dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları, a) bendinde ise herhangi bir şart içermeksizin her cinsel davranışı suç kabul etmesidir. Doktrinde tartışmalara neden olan¹³³ “her türlü” ifadesi sadece a) bendindeki fiillerin fazladan bir şart içermediğini vurgulamak amaçlıdır ve Türkçe’nin genel kullanım özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Buradaki ifadenin “A restoranında kulplu bardaklar kullanıyorlar, B restoranında ise her türlü bardak kullanılıyor.” cümlesindeki kullanımdan hiçbir farkı yoktur. b) bendinde ilgili nedenlere dayalı gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç olarak düzenlenmişken, a) bendinde her türlü cinsel davranış suç olarak düzenlenmiştir. Bu tercihin muhtemel diğer sebebi, kanun koyucunun 1. grup çocukların rızalarına değer atfetmediğine vurgu yapmak istemesidir. “Rızanın var olup olmadığına bakılmaksızın her türlü davranış”ın cezalandırılacağından bahsedilmektedir.

¹³⁰ Failin, zorla yakınında tuttuğu bir mağdurenin üstündeki deri cekete ve bir diğerinin eteğine menisini boşaltmasının bedensel teması sağlamayacağı yönünde: Bundesgerichtshof, Urt. v. 20.05.1992, Az.: 2 StR 73/92 (NStZ 1992, 433). Aksi yönde: Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 9.

¹³¹ Mağdurun üzerine işlemekle de suçun oluşabileceği yönünde: Eisele, **a.g.e.**, § 184g Rn 18.

¹³² Failin, karşısında mastürbasyon yaparken kendisini izlemeye zorladığı mağdurenin kolunu tutmasının bedensel temas şartını sağlamadığı, zira zorlama amacıyla tutmanın cinsel davranış teşkil etmediği yönünde Alman Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Bundesgerichtshof Urt. v. 20.05.1992, Az.: 2 StR 73/92.

¹³³ “Her türlü” ifadesi sebebiyle a) bendinin kapsamının daha geniş olduğu izlenimini uyandırdığı, cinsel taciz niteliğindeki fiillerin m. 103 kapsamında olduğunun düşünülebileceği fakat bu kullanımın yalnızca çocuğun rızasından bağımsız olarak suçun oluşacağını belirtmek için kullanıldığı yönünde: Malkoç, **a.g.e.**, s. 168, 169. “Her türlü cinsel davranış” ibaresinin çok geniş olmasının kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde: (HSYK Hukuki Müzakere Toplantıları 30 Mayıs – 2 Haziran 2013 – Afyonkarahisar) Mustafa Aslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 1. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 31.

b) bendinde fiil bakımından bu şekilde çoğul bir ifade kullanılmasının sebebi ise bentlerde cinsel istismar deyimi açıklanırken “çocuklar(a karşı)” şeklinde mağdur için çoğul ifade kullanılmış olması ve birden fazla iradeyi etkileyen nedene yer verilmiş olmasıdır¹³⁴. Nasıl ki suçun gerçekleşmesi için birden fazla mağdur bulunması gerekli değilse birden fazla hareketin bulunması da gerekmemektedir.

b) Davranışın cinsel niteliği

Cinsel istismar suçunu düzenleyen 103. madde metninde veya gerekçesinde cinselliğe ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddenin gerekçesinde hangi davranışın cinsel nitelik arz edeceğine dair iki farklı açıklama yer almaktadır. “Cinsel” kelimesinin açılımı hem “cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmak” hem de “objektif olarak şehevi olmak” şeklinde yapılmıştır¹³⁵. Oysaki bunlardan ilki manevi unsura dair sübjektif bir değerlendirmeyi, ikincisi ise maddi unsura (fiile) dair objektif bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple madde gerekçesi cinsel niteliğin teorik olarak konumlandırılması ve somut olayda cinsel olanın olmayandan ayırt edilmesi bakımından yol gösterici olamamaktadır.

103. maddenin fiil unsurunu niteleyen sıfat olan “cinsel” sözcüğünün; suçun hangi unsuru kapsamında değerlendirileceğine ve kapsamının ne şekilde belirleneceğine dair iki ana bakış açısı ortaya koymak mümkündür.

Objektif bakış açısına¹³⁶ göre yalnızca gerçekleştirilen davranış göz önünde tutularak bu davranışın cinsel nitelik arz edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bir davranışın, görüntünün, sesin, kokunun şehevi ve cinsel bakımdan uyarıcı olmasına dair ortak kanaatin olduğu büyük bir alanın varlığı kabul

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, bendin lafzının aksi yorumu gerektirdiğini ifade etmekte ancak amaçsal yorumla tek bir hareket ile de suçun oluşacağı sonucuna varmaktadır. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 399. “Cinsel davranışlar” ifadesindeki çoğul ekinin hareketlerin çokluğuna işaret etmediği, bunun yalnızca özensiz bir ifade olduğu yönünde: Malkoç, **a.g.e.**, s. 167.

¹³⁵ “*Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir... Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.*”

¹³⁶ Yenerer Çakmut, **a.g.m.**, s. 15 – 16; Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 252; Haft, **a.g.e.**, s. 56.

edilebilir. Zira ilk bakışta kalçanın okşanması, dudağın öpülmesi, cinsel organın sürtülmesi vb. cinsel nitelikte olduğu herkesçe kabul edilecek davranışlar akla gelir. Ancak insan davranışlarının geneli ve cinsellik bu kadar dar bir alanda cereyan etmemektedir.

Sözgelimi birinin ayağına dokunmak eyleminin objektif olarak cinsel nitelik arz ettiği söylenmeyecektir. Ancak eylemi gerçekleştiren kişinin bir ayak fetişisti olduğu bilindiğinde bunun cinsel bir davranış olduğunu söyleme eğilimine girilecektir. Buna ek olarak ayağına dokunulan kişinin bu fetişistin büyükannesi olması veya fetişist kişinin o sırada yalvaran sözler sarfetmekte olması halinde eylemin cinsel görünümü tekrar ortadan kalkacaktır. Dahası cinsel istismar suçunun çocuklara karşı işlendiği göz önünde bulundurulduğunda, bebek yaştaki bir çocuğa karşı gerçekleştirilen objektif olarak cinsel bir davranışın bulunması mümkün değildir. Dolayısıyla bir “cinsel davranışlar kümesi” tayin etmek ve tüm eylemlerin niteliğini objektif olarak tespit etmek imkanı bulunmamaktadır. Her eylemin kendi özelinde incelenmesi gerektiği açıktır.

Buna karşın davranışı tamamen sübjektif olarak, failin içdünyasına göre belirlemek de yerinde olmayacaktır. Suç teorisine uygun ifadesiyle, failin cinsel niteliğinin tespiti, failin cinsel dürtü/saik ya da cinsel olarak uyarılma veya cinsel tatmine ulaşma amacı ile hareket ediyor olmasına bağlanmamalıdır¹³⁷. Aksi takdirde sözgelimi intikam saiki veya acı vermek amacıyla cinsel organın sıkılması, göğsün ısırılması gibi eylemler de cinsel olmaktan çıkacaktır. Oysaki bu eylemler korunan hukuki değere zarar vermeleri sebebiyle tipik fiil kapsamında olmalıdır.

Doktrinde¹³⁸ ve madde gerekçesinde¹³⁹ suçun basit halinde failin amacının gözetileceği, nitelikli halinde ise yalnızca kasta tabi olacağının¹⁴⁰ ifade edilmesi bu düşünce ile paraleldir. Çünkü bu ayırım, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden

¹³⁷ Bir davranışın cinsel istismar oluşturduğunun söylenebilmesi için cinsel arzuları tatmin amacının tespit edilmesinin gerektiği yönünde: Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 317. Basit cinsel saldırı suçunda cinsel davranışın, faildeki saiki de ortaya koyacak nitelikte olması gerektiği yönünde: Memiş Kartal, **Cinsel Saldırı**, s. 472.

¹³⁸ Nuhoğlu, **a.g.m.**, s. 294.

¹³⁹ 103. maddenin gerekçesinde “[s]uçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.” cümlesiyle 102. maddenin gerekçesine yollama yapılmıştır. 102. maddenin gerekçesinin ilgili bölümüne göre ise “bu fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.”

¹⁴⁰ Sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile ilgili vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ bulunmasının gerekli ve yeterli olduğu yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 326.

davranışın belirli bir seviyeye ulaşması halinde objektif olarak cinsel niteliğin bulunacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım kabul edilebilir olmakla beraber ayırımın, fiilin “sokma” içerip içermediğine göre yapılmasının yerindeliği tartışmalıdır. Ayrıca nasıl ki objektif olarak cinsel nitelikli birtakım eylemlerde sübjektif değerlendirme yapılmıyorsa, objektif olarak cinsel nitelikli olmayan eylemler bakımından da sübjektif unsur değerlendirmeye alınmamalıdır. Somut ifadeyle; “sokma” seviyesine ulaşmış cinsel eylemlerde failin amacı aranmadan cinsel eylemin mevcudiyeti kabul ediliyorsa, belirli bir seviyeye ulaşmamış eylemlerde de failin amacına bakılmaksızın cinsel eylemin namevcut olduğu söylenebilmelidir.

Bu noktada cinsel niteliğin tespitinde iki aşamalı değerlendirme sisteminin benimsenmesi, ilk aşamada objektif gözlemcinin gözünden değerlendirme yapılması, yalnızca kesin bir sonuca ulaşamaması halinde ikinci aşamaya geçilerek failin sübjektif haline göre bir sınama yapılması yerinde olacaktır¹⁴¹. Böylece dış gözlemler – yalnızca teması oluşturan davranışa değil – oluşun bütününe objektif olarak bakıldığında cinsel niteliğe sahip olduğu söylenebilen davranışlar, başka bir sınıma tabi tutulmaksızın “cinsel davranış” olarak kabul edilecektir. Birçok olayda bu şekilde bütünsel ve objektif gözlemler gerekli tespit yapılabilecektir. Bu şekilde kanaat oluşturulamaması halinde ise failin amacına bakılacaktır. Failin “cinsel uyarım amacı” veya “cinsel dokunulmazlığı ihlal amacı” bulunduğu tespit edilirse cinsel davranışın mevcut olduğu, bu amacın bulunmadığı tespit edilirse davranışın cinsel nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir¹⁴².

Bu ikili durum *Tezcan/Erdem/Önok* tarafından da ele alınmıştır. Yazarlar, İtalyan ceza hukukundan faydalanmak suretiyle cinsel saldırı suçunun biri sübjektif diğeri objektif olmak üzere iki unsuru olduğunu belirtmektedir. Objektif unsur “failin cinsel arzusunu tahrik ya da tatmin edebilecek nitelikte olma” ve “mağdurun cinsel özerkliğini somut olayda zedeleyebilmeye elverişli nitelikte olma” şeklinde iki şart barındırmaktadır. Sübjektif unsur ise “failin şehvet amacıyla hareket etmesi”, diğer deyişle failin amacının cinsel arzuyu ifade eden psişik bir ruh halini ortaya koymasıdır. Yazarlar *Türk Ceza Hukukunda “fiilin objektif niteliği açısından,*

¹⁴¹ Açıkça ifade edilmemiş olmakla beraber Bostancı Bozbayır tarafından, fiilin objektif olarak cinsel nitelik taşıdığı durumlarda cinsel istismar gerçekleşmiş sayılacağı fakat böyle davranışlarda ne şekilde değerlendirme yapılacağı tartışmalı olduğunun ifade edilmesi, bu noktadaki belirsizliğe ve soruna işaret etmektedir. Bostancı Bozbayır, **a.g.e.**, s. 517.

¹⁴² Örneğin Toroslu’ya göre öpmek, temiz bir sevgi eseri olduğunda cinsel saldırı sayılmaz. Toroslu, **a.g.e.**, s. 61.

davranışların cinsel arzuların tatminiyle bağlantılı olmasının aran[dığı] fakat “*dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bir davranış ... ancak failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin etme amacı varsa cinsel davranış sayılabile[ceğini]*” ifade etmektedir¹⁴³.

Örneğin otobüste oturan çocuğu sıkıştırarak yanına oturan veya üstüne yüklenen kişinin oluşturduğu bedensel temasın kendiliğinden cinsel nitelikte olduğu tespit edilemeyebilir. Bu durumda bu kişinin amacının araştırılması gerekecek, sözgelimi çocuğun kalkmasını sağlamak amacıyla bu eylemi gerçekleştirdiği tespit edilirse cinsel davranışın bulunmadığı ancak cinsel uyarım amacı veya cinsel dokunulmazlığı ihlal amacının bulunduğu tespit edilirse cinsel davranışın bulunduğu kabul edilecektir¹⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki failin amacının tespit edilmesinde de faille ilişkin objektif gözlemlere dayanılacaktır. Ancak bu gözlemler ile, temasın kendisinin objektif olarak cinsel nitelikte olduğu değil failin iç dünyasında bu temasın cinsellikle bağlantısı tespit edilmektedir. Örneğin failin objektif olarak cinsel nitelikte bir temas oluşturduğu veya oluşturmadığı söylenemeyen ayağa dokunma, dize oturtma, sırtı sevme gibi bir eylem sonrasında “Hoşuna gitti mi?” diye sorması, erekte olması ve hatta iç geçirmesi dahi amacın tespitini sağlayabilir.

Alman Ceza Hukukunda cinsel eylemin tespiti hakkında ciddi bir içtihadı ve doktrinel birikim oluşmuştur. Ayrıca cinsel davranışın ne zaman ceza hukukunun konusu haline geleceğine ilişkin ilişkin Alman CK’da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Türk Ceza Hukukundaki kabullerden farklılaşan bu aydınlatıcı hususların ayrıca ve bir bütünlük içerisinde sunulmasında fayda görülmüştür.

Alman doktrini ve uygulamasında genel kabul göre cinsel eylem; objektif gözlemcinin bakış açısından doğrudan bir insanın cinsel ihtiyaçlarınının tatminine hizmet eden harekettir. Bir görüşe göre bu; icrai ve istisnai olarak ihmali nitelikte olabilir¹⁴⁵. Ancak diğer görüşe göre hareketin icrai olması şarttır; dokunma, poz verme veya ses çıkarma vb. şekillerde icra edilebilir¹⁴⁶. Eylemin konusu doğrudan

¹⁴³ İlgili açıklamalar için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 360 vd.

¹⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok amaca göre cinsel niteliğin belirlenmesi gereken hallere jinekolojik ve rektal muayene, komşu kızıyla karşılaşınca onu yanağından öpme, voleybolcu kadınların sayı aldıktan sonra birbirlerinin poposuna vurmalarını örnek vermektedir. **A.e.**, s. 362.

¹⁴⁵ Ziegler, **a.g.e.**, § 184h kn. 3.

¹⁴⁶ Hörnle, **a.g.e.**, § 184h kn. 5.

insanın içindeki cinsellik olup eylem, dışsal gözleme göre “genel anlayışça” cinsellikle ilişkili addedilecek nitelikte olmalıdır.

Cinsel eylemin varlığı üç aşamada tespit edilebilmektedir. Öncelikle söz konusu eylemin salt görünümünden dolayı cinsel niteliği haiz olması mümkündür. Buna cinsel birleşme hali örnek gösterilebilir. İkinci olarak, bu düzeyde bir açıklık bulunmadığı takdirde her bir detayıyla genel oluşun farkında olan objektif gözlemcinin bakış açısıyla değerlendirme yapılır¹⁴⁷. Böylece bir yandan azarladığı çocuğun poposuna vuran birinin eylemi cinsel nitelikte olmazken müstehcen sözler söyleyerek çocuğun poposunu okşayanınki cinsel nitelikte olacaktır. Eylem objektif olarak cinsel niteliği haiz olduğu sürece failin işkence etme, oç alma vb. cinsel tatminden bağımsız amaçları olması ya da öfke, kıskançlık vb. saiklerle hareket etmesinin bir önemi yoktur¹⁴⁸. Aynı şekilde dışarıdan gayet olağan gözükken ve cinsellikle ilgili bir belirti taşımayan bir eylem, cinsel saikle gerçekleştirilse dahi bir cinsel eylemin varlığından söz edilemeyecektir.

Göz ardı edilmemelidir ki cinsel eyleme dair yapılan açıklamalar suçun maddi unsuruyla sınırlı olup failin kastının gerçekleştirdiklerini ve bunların anlamını kapsamaması halinde suç teşkil eden bir cinsel fiil bulunmayacaktır¹⁴⁹. Bir görüşe göre manevi unsur kapsamında amaç seviyesinde bir istek yoğunluğu aranmamakta ancak olası kast da cinsel suçun oluşumu için yeterli olmamaktadır¹⁵⁰.

Fiilin objektif olarak nötr olduğu (cinsel niteliği haiz olmadığı) durumlarda herhangi bir sübjektif değerlendirme yapılmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Zira fiilin cinsellikle ilişkili olduğu yalnızca failin iç dünyasından yola çıkılarak kurulabildiğinde fiilin dış dünyada zarar verici bir etkisinin bulunmadığı da anlaşılabilir; bu durumda ceza hukukunu ilgilendiren bir fiilin varlığından söz edilemez¹⁵¹.

Buna karşın eylemin cinsellikle ilişkisinin kesin olmadığı hallerde sübjektif değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Somut anlatımla; objektif gözlemci olayın bütününe baktığında cinsel bir eylemin varlığı konusunda kararsız

¹⁴⁷ **A.e.**, § 184g kn. 2 – 3.

¹⁴⁸ BGH, Beschl. v. 10.3.2015 – 5 StR 521/14 (LG Leipzig).

¹⁴⁹ Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 2.

¹⁵⁰ Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 7.

¹⁵¹ **A.e.**, § 184g kn. 4.

kalıyorsa failin amacının ne olduğu belirlenerek sonuca varılmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin önüne gelen olaylarda yaptığı yorumlar uyarınca; bir kadının kucağına oturmak kavga etmek amacıyla olduğunda cinsel niteliği haiz değilken mastürbasyon yapmak ve kadının göğüslerine meninin boşaltılması amacıyla olduğunda cinsel niteliği haiz olacaktır; yedi yaşındaki bir çocuğun bacak arasından tutularak kaldırılması veya dört yaşındaki bir çocuğun alınından ve dudağından öpülmesi eylemleri bakımından yine failin amacına göre bir değerlendirme zaruri olacaktır¹⁵². Fail tek bir amaçla hareket etmiyorsa, sözgelimi tıbbi veya eğitimsel bir amacı bulunup aynı zamanda eyleminde cinsel bir eğilim de bulunuyorsa, eylemin objektif olarak gerçekleştirilmesinin – örneğin tıbbi müdahalenin – gerekli olup olmadığına göre bir belirleme yapılır¹⁵³.

Vücudun hangi bölgelerinin temasının veya vücudun hangi bölgesine dokunmanın cinsel nitelik arz edeceğine ilişkin somut örnekler verilebilir. Cinsel organlara veya kalça, kadın göğsü vb. diğer cinsel “tabu bölgeleri”ne dokunmanın, dudaktan öpmenin ve Fransız öpücüğünün, penis ile vücudun herhangi bir yerine değmenin, vücudun herhangi bir yerine meninin boşaltılmasının, göğsü veya genital bölgeyi sıkıştırarak şekilde sarılmanın cinsel niteliği haiz olduğu; buna karşılık sırta vurma ya da saç, kolu veya elleri okşama, yanaktan öpme vb. eylemlerin cinsel eylem oluşturmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Alman Ceza Hukukunda suç tipine uygun bir cinsel eylemden söz edilebilmesi için cinsel niteliği haiz bir eylemin tespit edilmiş olması yeterli değildir. Cinsel eyleme cezai değer atfedilebilmesi için eylemin m. 184h’de öngörülen “önemlilik eşiği”ni geçmesi de gerekmektedir.

İlgili madde metni şu şekildedir:

“Bu kanun anlamında

1. cinsel eylemler yalnızca korunan hukuki değer bakımından belirli bir önem arz eden,

2. bir başka kişinin önündeki cinsel eylemler ise yalnızca olayın farkında olan bir başkasının önünde gerçekleştirilen eylemlerdir.”

¹⁵² Ziegler, **a.g.e.**, § 184h kn. 3.3.

¹⁵³ Eisele, **a.g.e.**, § 184g kn. 9 – 10.

¹⁵⁴ Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 10.

Görüldüğü üzere cinsel eyleme dair yapılan kanuni tanım; kesin sınırlar ve somut olaya uygulanabilecek net bir formül içermemektedir. Dahası dikkat etmek gerekir ki madde 184h maddesi neyin bir eylemi cinsel eylem yaptığını ortaya koymamaktadır. Kaldı ki tüm suç tiplerinde işlerliği olan böyle bir tanım oluşturmak zaten mümkün değildir. Bu itibarla Alman kanun koyucusu içtihadın ve doktrinel görüşlerin üzerinde yükselmesine elverişli dayanaklar ortaya koymakla yetinmiştir. Genel olarak bir eylemin ceza hukuku bakımından cinsel eylem oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde “korunan hukuki değer bakımından gösterdiği önem”den hareket edilirken; bir kişi önünde gerçekleştirilen cinsel eylemlerin değerlendirilmesinde ayrıca ilgili kişinin “olayın farkında olması” da belirleyici olmaktadır.

Genel tanımdaki “korunan hukuki değer bakımından gösterilen önem” kriteri esasında iki tetrici dayanak barındırmaktadır. Şöyle ki; bir cinsel özbelirlenime karşı suç tipi ile korunan hukuki değer üzerinde bir etkisi olmakla eylem, cinsel niteliği kazanmaktadır. Ancak cinsel eylemin bulunması, bu eyleme ceza hukukunun müdahale etmesi için yeterli değildir. Korunan hukuki değer üzerinde oluşan etkinin “belirli bir önem”e sahip olmasıyla cinsel eylemin tipikliğinden söz edilebilmektedir. *Frommel* cinsel eyleme dair sınırlamanın korunan hukuki değere dayandırılmasının, karar verilirken ahlaki mülahazalardan hareket etmenin önüne geçtiğini ifade etmektedir¹⁵⁵.

Alman doktrininde etkin pişmanlık kurumuna yer açmak adına bazı eylemler, cinsel aktiviteye hazırlığa hizmet eden eylemler olarak kategorize edilmektedir. Bir görüşe göre bu eylemlerin başında “soyma” eylemi gelmekte, soymanın – istisnai olarak failin yalnızca bundan tahrik olmak istemesi hali haricinde – cinsel eylem teşkil etmediği savunulmaktadır. Ancak genel görüşe göre bu bakış açısı doğru değildir¹⁵⁶.

Özetle cinsel eylemin varlığı sübut ettikten sonra “önemlilik” sınaması yapılmaktadır. Bu sınamanın olumlu sonuç vermemesi halinde ilgili cinsel eylem, ceza hukukunun değer atfettiği cinsel eylem niteliğine kavuşmamakta ve ceza hukukunun konusu olmamaktadır. Eylemin korunan hukuki değer için belirli bir önemi haiz olması; eylemin türü, derecesi, süresi ve gösterdiği başkaca somut

¹⁵⁵ Frommel, **a.g.e.**, § 184h kn. 3.

¹⁵⁶ Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 6.

özellikleri bakımından suç tipinde korunan hukuki değerin sosyal olarak artık katlanılamaz şekilde haleldar edilmesi anlamına gelir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu özellikleri değerlendirirken fiilin bütününe dikkate alırken¹⁵⁷, doktrinde tekil hareketlerin belirleyici olması gerektiği görüşü de bulunmaktadır¹⁵⁸.

Önemlilik kıstası bakımından kanuni bir belirlilik bulunmadığından, bu boşluk içtihatlarla doldurulmaktadır. Bu bağlamda; sarılma, yanaktan öpme gibi eylemler yanında açık şekilde cinsellikle ilişkili olsa da bacağa dokunma, dizi okşama, kıyafet üzerinden kalçayı, göğsü veya genital bölgeyi ellemek, iç çamaşırlarıyla duran çocuğa bacaklarını aralamak gibi eylemler yeterli derecede önemli sayılmayabilmektedir. Buna karşılık çocuğa cinsel organının göstertilmesi, kıyafet üzerinden bir çocuğun genital bölgesinin öpülmesi veya okşanması, bacakların arasının ellenmesi, çıplak haldeki cinsel organa dokunulması gibi eylemler kural olarak önemlilik kıstasına uygundur¹⁵⁹. Öpme hakkında karar verilmesi için öpmenin derecesi, süresi ve tarafların arasındaki ilişki, öpülen vücut bölgesi gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır.

Önemlilik değerlendirmesinin korunan hukuki değere olan etki gözetilerek yapılıyor olması ve suç tiplerinde farklı hukuki değerlerin korunuyor olması sebebiyle her suç tipi için bu değerlendirme farklılık gösterecektir; bir cinsel suç bakımından önemlilik sınavasını geçemeyen bir eylem, başka bir suç tipinde bu sınavayı geçebilecektir. Alman doktrininde özellikle çocuklara ve gençlere karşı işlenen cinsel suçlarda önemlilik eşiğinin daha düşük olduğu ve hatta mağdur çocuğun yaşının küçük olması ya da yaş sınırına yakın olması halleri arasında da değerlendirme farkı bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁰. Bu bağlamda yetişkinlere yönelik olduğunda eylemin kısa sürmesi sebebiyle önemli sayılmayan dokunuşlar çocuklar ve gençlere yönelik olduğunda önemli sayılabilmektedir¹⁶¹.

Önemlilik değerlendirmesi yapılırken mağdur ile failin önceki ilişkisinin dikkate alınması ve özellikle arada bir aşk ilişkisi bulunup bulunmadığı doktrininde ve uygulamada belirleyici addedilmektedir. Aradaki ilişki yalnızca önemlilik

¹⁵⁷ Birden fazla kadına karşı gerçekleştirilen kısa eylemlerin bütününe önemlilik eşiğini aştığı karara bağlanmıştır. BGH, Urteil vom 03.04.1991 - 2 StR 582/90.

¹⁵⁸ Farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen eylemlerin tek başına önemlilik eşiğini geçmemesi halinde suç teşkil eden bir fiilden bahsedilemeyeceği yönünde: Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 18.

¹⁵⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 184g kn. 15b. Ayrıca bkz. Ziegler, **a.g.e.**, § 184h kn. 5 – 5.3.

¹⁶⁰ Eisele, **a.g.e.**, § 184g kn. 16.

¹⁶¹ Hörnle, **a.g.e.**, § 184g kn. 27.

eşliğinin hemen altında veya hemen üzerinde yer alan eylemler bakımından dikkate değer olabilecektir¹⁶². Dolayısıyla toplu taşıma aracında tanımadığı kişiyi dudağından öpen kişinin eylemi önemlilik eşliğini aşacakken, bir duygusal taşkınlıkla sevdiği kişiyi dudağından öpen kişinin eyleminin suç teşkil etmesi söz konusu olmayacaktır. Bir görüşe göre suç tipinde öngörülen cezai yaptırımın yüksekliği bu anlamda belirleyici olacaktır¹⁶³. Açık deyişle, yaptırımı yüksek olan eylemin önemlilik eşliğinin daha düşük olacağı ifade edilmektedir.

4. İki çocuk arasındaki cinsel eylemler

a) Açıklamalar

Cinsel istismar suçu düzenlemesi dahilinde failin yaşına dair bir belirleme bulunmadığından, failin de çocuk olması mümkündür. Nitekim kanun koyucu fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması ve failin de çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma için şikayet şartını düzenleyerek bunu açıkça ortaya koymuştur. Ancak cinsel eylemin iki tarafında da çocuk bulunduğu hangi çocuğun mağdur hangi çocuğun fail kabul edileceği sorun teşkil edecektir.

Bu konuda öncelikle belirtmek gerekir ki istismar kavramının özü itibariyle aynı gruba dahil çocuklar arasında cinsel istismar suçu işlenememelidir¹⁶⁴. Çünkü cinsel istismar suçunda fail ile mağdurun karşılıklı durumunu istismara elverişli kılan iki husus vardır. Bunlar yaş ile algılama yeteneğidir. Dolayısıyla bir kişinin işlediği fiilin istismar olarak nitelenebilmesi için diğer kişi ile arasında yaş ve algılama yeteneği bakımından bir fark bulunmalıdır. Aynı gruptaki çocuklar açısından ise “kanunen” böyle bir fark söz konusu değildir. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü’nün kabul ettiği tıbbi tarife göre de cinsel istismar bir çocuk ile bir yetişkin veya yaş veya

¹⁶² A.e., § 184g kn. 19.

¹⁶³ A.e., § 184g kn. 20.

¹⁶⁴ Koca/Üzülmez istismar niteliğindeki davranışlardan ne anlaşılacağına dair belirli olmadığını ifade etmektedir. Dahası bir cinsel davranışın ancak çocuktan cinsel yönden yararlanıldığını, onun sömürüldüğünü ortaya koyduğu zaman cinsel istismar olarak değerlendirilebileceğini açıkça ifade etmiştir. Ne var ki bu ifadeler yalnızca “söz atma” görünümündeki davranışların cinsel istismar suçu kapsamında dışlanmasına gerekçe gösterilmiştir. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 313, 314 – 315.

gelişim açısından sorumluluk, güven veya güç ilişkisi içinde olunan başka bir çocuk arasında gerçekleşmelidir¹⁶⁵. Ayrıca her ne kadar birinci maddenin a) ve b) bendinde cinsel istismar deyimine ilişkin yapılan açıklama bu içerikte olmasa da, tipik fiilin “çocuğu cinsel yönden istismar etmek” olduğundan bahisle istismar niteliği göstermeyen fiillerin tipiklikten dışlanması gerektiği savunulabilir. Aksi takdirde suç tipinin adının cinsel istismar olması ve cinsel istismar deyişinin madde metninde kullanılmasının hiçbir belirleyiciliği olmadığı kabul edilmiş olacaktır. Bu noktada dikkat etmek gerekir ki Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi m. 18 p. 2’ye göre küçükler arası rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin suç olarak düzenleme zorunluluğuna dahil olmadığı öngörülmüştür¹⁶⁶.

İkinci olarak on iki yaşın altındaki çocukların zaten ceza sorumluluklarının bulunmadığını ifade etmek gerekir. Buna ek olarak kusura ilişkin bölümde açıklanacağı üzere, tutarlılığın sağlanması bakımından on iki ile on beş yaş arasındaki çocukların da cinsel eylemler bakımından kusur yeteneği bulunmadığının kabulü mümkündür. On beş ila on sekiz yaş aralığında olan ve kanunca iradesinin kolayca etkilenebileceği kabul edilmiş olan çocukların ise kusur yeteneğinin düşük olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

Üçüncü olarak karşılıklı gerçekleştirilen cinsel hareketleri tek bir fiil olarak gören görüşe göre aynı yaş grubuna dahil çocuklar arasında geçen ve herhangi bir zorlama içermeyen ya da iradeyi etkileyen bir sebebe dayanmayan fiillerde, fail ve mağdur sıfatı birleşmektedir¹⁶⁷. Böylece suç oluşmamaktadır. Çalışmada benimsenen görüşe göre ise “işteş” oluşlarda birbirinden bağımsız fiiller mevcuttur. Cinsel oluşa katılan kişilerin her biri kendi fiilinden sorumlu tutulabilecektir.

Birden fazla kişinin hem mağdur hem fail sıfatıyla katıldığı tek bir fiilden bahsedilmesi ceza hukuku prensiplerine uygun olmadığından, cinsel oluşa katılanlardan her biri yalnızca kendi işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Bu sebepten ve madde metnindeki tek fiil “cinsel davranış gerçekleştirmek” olduğundan; tek bir fiilde faillik ve mağdurluk sıfatlarının birleşmesi söz konusu değildir. Oysaki yukarıda

¹⁶⁵ **1999 WHO Consultation on Child Abuse Prevention**, (Çevrimiçi) http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf, 24.04.2017, s. 15.

¹⁶⁶ Nuhoğlu, **a.g.m.**, 291.

¹⁶⁷ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 312; Bostancı Bayındır, **a.g.e.**, s. 505. Fail ve mağdur sıfatının birleşmesi görüşünü belirtmeksizin aynı yönde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 386. Aksi yönde: Soyaslan, **a.g.e.**, s. 338.

önerildiği gibi madde metninde “cinsel davranış gerçekleştirmek” veya “cinsel davranış gerçekleştirmesine izin vermek” gibi seçimlik fiiller bulunsaydı, çocuklar arasında geçen bir olayda, iki fiilde de fail ve mağdur sıfatının birleştiğinden ve suçun oluşmadığından söz edilebilecekti.

b) Sonuçlar

Nihayetinde kanuni düzenleme ile uyum da gözetilmek suretiyle şu neticelere varılmaktadır:

- Aynı gruba dahil olup yaş ve algılama yeteneği bakımından yakın bulunan çocuklar arasında *karşılıklı* olarak gerçekleşen cinsel oluşlarda iki çocuk açısından da cinsel istismar suçu oluşmayacaktır¹⁶⁸.
- Birinci gruba dahil olup yaş ve algılama yeteneği bakımından yakın bulunmayan çocuklar arasındaki *karşılıklı* cinsel oluşlar ise istismar niteliğini haiz olabilir. Ancak bu durumda büyük çocuğun kusur yeteneği bulunmadığı takdir edilip, ceza yerine güvenlik tedbirine hükmedilebilir¹⁶⁹.
- İkinci gruba dahil çocuklar arasındaki cinsel oluşlarda, çocuklardan birinin *hile veya iradeyi etkileyen bir nedene dayalı* olarak cinsel istismar fiili işleminin istisnai olarak mümkün olacağı kabul edilmelidir. Birinci gruba dahil bir çocuğun ise ikinci gruba dahil bir çocuğa karşı hile veya iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak fiili işlemesi mümkün olmamalıdır.
- Hangi gruba dahil olduğuna bakılmaksızın¹⁷⁰ *zora dayanan (cebir veya tehdit) tek taraflı* bir cinsel eylem gerçekleştiren çocuğun cinsel istismar suçunun faili olacaktır¹⁷¹. Kanunda yeterli temeli olmadığı için bu yorumdan kaçınılsa da, olması gerekenin bu tip eylemlerin – istismar kavramı ile uyum göstermemeleri

¹⁶⁸ Aynı yönde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 394 – 395.

¹⁶⁹ On dört ve yedi yaşındaki iki çocuk arasındaki cinsel davranışlar ile on beş yaşından gün alan iki çocuk arasındakilerin aynı çözümsüzlükte olmasının hakkaniyetli olmadığı yönünde: Doğukan Nişancı, “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, **TBB Dergisi**, Yıl: 28, No:120, Eylül – Ekim 2015, s. 225.

¹⁷⁰ Madde metninde aksi yönde bir düzenleme bulunmaması sebebiyle her yaşta kişinin cinsel istismar suçunun faili olabileceği yönünde: Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 311.

¹⁷¹ Zor kullanan çocuğun cinsel istismar suçunun faili olacağı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 395.

sebebiyle – kural olarak cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilir.

- Farklı gruba dahil çocuklar arasındaki cinsel oluşlarda, eylemlerin *karşılıklı* gerçekleştiği veya ikinci gruba dahil çocuk tarafından *tek taraflı* gerçekleştirildiği durumda bu çocuğun cinsel istismar suçunun faili olacaktır¹⁷². Birinci gruba dahil çocuğun karşılıklı oluştaki fiili bakımından ise bir ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

Son olarak konunun özel düzenleme gerektiren bir durum olduğunu vurgulamak adına şöyle iki örnek vermek uygun olacaktır:

Birinci gruba dahil (A) ile ikinci gruba dahil (B) arasındaki cinsel oluş, (A)'nın zorlaması ile başlamış ancak oluşun devamına (B) rıza göstermiş ve hatta kendisi de bedensel teması sürdüren veya seviyesini artıran eylemde bulunmuş olsun. Bu durumda (A)'nın zorlamasının bulunduğu zaman aralığında (A) fail, (B) mağdur olurken; zorlamanın ortadan kalkmasıyla birlikte mağdur ve fail sıfatları yer değiştirmektedir.

Birinci gruba dahil (A) ile ikinci gruba dahil (B) arasında cinsel ilişki gerçekleşmiş olsun. (B) cinsel istismar suçunun faili, (A) ise mağduru olacaktır. Ancak (A) için aynı fiil sebebiyle TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.

Alman Ceza Hukukunda da, Alman CK'nın 182. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları haricinde, failin yaşına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla çocuklar arasındaki cinsel eylemler sorunu, doktrinel görüşler çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Her ne kadar Alman CK'da 14 yaşından küçük çocuklar için mutlak koruma tesis edilmiş olsa da¹⁷³ Alman doktrininde; 12 – 14 yaş arasındaki çocukların cinsellikten tamamen bağımsız olmadığı, cinsel deneyimler yaşadığı ve gelişimlerini asıl tehdit eden hususun bu yaşlarda cinsel temasta bulunmalarından ziyade bir yetişkinin ihtiyaçlarını çocuklara yansıtarak onların meraklarını manipüle etmek veya onları ürkütme suretiyle çocuklara karşı sahip oldukları üstün konumu istismar

¹⁷² 15 – 18 yaş aralığındaki iki çocuğun cinsel faaliyetinde, çocuklardan birinin algılama yeteneği gelişmemişse, o çocuk m. 103 bakımından mağdur sıfatını haiz olur. Nuhoğlu, **a.g.m.**, s. 295.

¹⁷³ Laubenthal, **a.g.e.**, s. 174, kn. 438.

etmeleri olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁴. Gerçekten de failin özellikleri ve diğer somut koşullardan bağımsız olarak 14 yaşından küçük bir çocuk ile gerçekleştirilen cinsel eylemin istismar özelliği göstereceğini söylemek doğru değildir. Özellikle akranlar arasındaki cinsel deneyimlerde kural olarak istismarın söz konusu olmayacağı açıktır¹⁷⁵. Nitekim; fiil tanımında istismar etmekten söz edilmesinin, 14 yaşından küçük biriyle hukuka uygun bir cinsel münasebetin de mümkün olabileceği gibi yanlış bir kanı uyandırdığı oysaki 176. maddenin çocukların bu yaşa kadar cinsel yaşamlarına dair karar verecek durumda olmadığına dair mutlak bir saptama ihtiva ettiği yönünde bir eleştiri bulunmaktadır¹⁷⁶. Buna karşın 2004 yılına kadar muhafaza edilen ve daha az ağır hallerde daha düşük ceza verilmesini öngören cümlenin de madde metninden çıkarılmasıyla kanun koyucunun 14 yaşından küçükler ile gerçekleştirilen eylemlere yönelik katı tutumu kuvvetlenmiştir. İlgä edilen bu hüküm, yaşları birbirine yakın çocukların söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulmaktaydı.

Frommelfe göre küçüklerin sosyal açıdan yaşlarına uygun cinsel eylemler gerçekleştirilmeleri tipiklik dışı olmalıdır. Bu zaruriyete rağmen suç tipi bu eylemleri de kapsamaktadır. 184h maddesi kapsamındaki önemlilik değerlendirmesinin de failin yaşına göre yapılması söz konusu olmamaktadır¹⁷⁷. Bu noktada yalnızca Alman CMK'nın 153. ve Alman Gençlik Mahkemesi Kanunu'nun 45 ve 47. maddelerinin işletilmesi olanağı mevcuttur. Bu hükümler uyarınca failin kusurunun az görüldüğü ve muhakeme edilmesinde toplum yararının bulunmadığı suçlar bakımından savcının kamu davası açmaktan kaçınması (Abgesehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit) ya da hakim in kovuşturmaya son vermesi (Einstellung des Verfahrens durch den Richter) ve gerekli olması halinde başka birtakım tedbirler alınması mümkündür. Teorik olarak var olan bu sorunun pratikte hemen hiç karşılık bulmadığı, bu kapsamdaki olaylar ihbar/şikayet konusu yapılarak adli mercilerin önüne taşınmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Frommel, **a.g.e.**, § 176 kn. 10.

¹⁷⁵ Münih Şerhi'nde de fail ile mağdur arasında yaş farkı olmaması halinde suç tipinin amacına uygun bir hadise oluşmayacağı ifade edilmektedir. Renzikowski, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 27.

¹⁷⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 2.

¹⁷⁷ Laubenthal, **a.g.e.**, s. 176, kn. 441.

¹⁷⁸ Frommel, **a.g.e.**, § 176 kn. 10.

5. İradeyi etkileyen nedenler

Kanun koyucu, ikinci gruba dahil çocukların iradesinin etkilenmiş olmasını fazladan bir şart olarak kabul etmiştir. Birinci fıkranın b) bendinde; iradenin ortaya koyulmasını engelleyen cebir ve tehdit ile iradenin sağlıklı şekilde oluşumunu engelleyen hile örnek olarak sayılmış, iradeyi etkileyen nedenler bununla sınırlı tutulmamıştır. Bendin lafzından, çocuğun iradesini etkilemek kaydıyla herhangi bir nedene dayalı olarak suçun işlenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. İradeyi etkileyen bir neden bulunması suçun oluşması için yeterli olup, birden fazla neden bulunması yalnızca cezanın belirlenmesi esnasında cezanın alt sınırdan uzaklaşmasına etki edebilmektedir.

Cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler fiil unsuru altında incelenmekle birlikte bunların failden sadır olması zorunlu değildir¹⁷⁹. Daha açık ifadeyle ilgili nedenin fail tarafından ortaya çıkarılmış olmaması halinde dahi suç oluşmaktadır. Zira metinde iradeyi etkileyen bir nedene “dayalı” olarak cinsel davranışların gerçekleştirilmesinden bahsedilmiş, bu nedenlerin fail tarafından ortaya çıkarılması gibi bir şarta yer verilmemiştir. Dolayısıyla üçüncü bir kişinin, dışsal başka bir etkenin ya da mağdurun bizzat ortaya çıkardığı bir neden bulunması halinde de suç oluşmaktadır. Aksi yönde bir yorum yapıldığı takdirde cezalandırılabilirlik boşluklarının ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Sözelimi ikinci gruba dahil bir çocuk üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirmek isteyen bir kişi, üçüncü bir kişinin çocuğa içki içirmesi sonucu çocuğun sarhoş olmasından faydalandığında cinsel istismar suçu oluşmayabilecektir. Zira iradeyi etkileyen neden fail değil, cinsel istismar fiiline ilişkin kastı bulunmayan bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş olup iştirak iradesi de bulunmamaktadır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki 765 sayılı mülga TCK'nın 15 yaşını bitirmiş bir kimsenin ırzına geçmeyi ve tasaddiyi düzenleyen 416. maddesi ile 15 yaşından küçüğün ırzına geçmeyi düzenleyen 414. maddesinde böyle bir tartışmaya engel, açık bir düzenlemeye yer verilmişti. Bu maddede; fiilin “cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle” işlenmesi ve mağdurun “akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiile

¹⁷⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016,s. 397 – 398.

mukavemet edemeyecek bir halde” bulunması ayrı ayrı düzenlenmişti. Böylece fiil unsuruna ve mağdur unsuruna ilişkin hususlar seçimlik olarak, ayrı ayrı ifade edilmişti.

İradeyi etkileyen nedenlere sırasıyla örnek vermek gerekirse üçüncü bir kişinin çocuğu dövmüş olması veya kendisine yapılacaklara karşı gelmemesi konusunda tehdit etmiş olması ya da cinsel davranışlara müsaade etmenin ibadet niteliğinde olduğu yönünde kandırması, rüzgar sebebiyle başına saksı düşen çocuğun sersemlemiş olması veya çocuğun bizzat alkol veya uyuşturucu madde kullanmış olması¹⁸⁰ tipe uygun bir iradeyi etkileyen neden oluşturur. Fakat failin kastının kapsamı hala suçun oluşmasını engelleyebilir. İlgili açıklama manevi unsur başlığı altında yapılacaktır.

Cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, cinsel saldırı suçuna oranla daha geniş kapsamda değerlendirilmelidir¹⁸¹. Zira bir çocuğun üzerinde daha düşük seviyede bir cebir ve tehdit zorlayıcılık vasfını gerçekleştirebilir. Yine daha basit bir hile ile çocuğun kandırılması, iradesinin saptırılması mümkün olabilir. Nitekim madde metninde iradenin ortadan kaldırılmasından değil, yalnızca etkilenmesinden söz edilmekte; nisbi cebir suçun oluşumu için yeterli sayılmaktadır¹⁸².

a) Cebir

Sözlük anlamıyla cebir; zor, zorlayış demektir¹⁸³. Ceza hukukunda ise kişinin bir başkası tarafından fiziksel olarak zorlandığı durumlar için kullanılır. TCK'nın 108. maddesinde; bir şeyi yapmak veya yapmamak ya da yapılmasına müsaade ettirmek için cebir kullanılması özel bir suç tipi olarak öngörülmüştür. Cinsel istismar suçu

¹⁸⁰ “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.” CGK, 1999/5-59 E., 1999/64 K., 13. 04. 1999 T.

¹⁸¹ Cinsel saldırı suçunda cebir ve tehdide dair yapılan açıklamaların cinsel istismar suçunda aynen geçerli olduğunu ifade etmekle aksi yönde: Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 315; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 395.

¹⁸² Mutlak ve nisbi cebre dair tartışma için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 252.

¹⁸³ (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 29.11.2016; (Çevrimiçi) <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>, 29.11.2016.

dahilinde örnek olarak sayılmış bir unsur olarak yer alan cebir, cinsel istismar teşkil eden eylemin gerçekleştirilmesine müsaade ettirmek için kullanılmaktadır.

Cinsel istismar suçu dahilindeki cebrin; ne TCK m. 28'de öngörüldüğü şekilde kişinin karşı koyamayacağı bir mutlak kuvvet teşkil etmesi ne TCK m. 86'da düzenlenen yaralama suçuna vücut vermesi ne de fiil boyunca devam etmesi gerekmektedir¹⁸⁴. Zira mağdurun direnciyle karşılaşıldığı anda gerçekleştirilen her cebri hareket, aynı zamanda direncin devamı halinde şiddete başvurulacağına dair bir tehdidi de bünyesinde barındırmaktadır. Tipikliğe uygun bir cebirden söz edilmesi için somut olaydaki çocuğun direnmeye korkmasına yetecek derecede zor kullanılması yeterlidir. Daha geniş bir ifadeyle fiziksel zor; çocuğun maddi direncini değil ama manevi direncini kırmışsa suç cebre dayalı olarak işlenmiş olmaktadır. Çocuğun madden direnme, kurtulma, kaçma imkanının objektif olarak ortadan kalkmış olmasının aranması; çocuktan bu imkanları sağlıklı biçimde değerlendirmiş, kullanmış veya tüketmiş olmasının beklenmesi söz konusu değildir. Bu değerlendirme yapılırken mağdurun bir çocuk, failin ise – çoğu zaman – yetişkin olduğu; fail ile mağdur arasında kural olarak fiziksel ve mental açıdan ciddi bir güç farkı bulunduğu, çocukların irade yetenekleri ve iradelerini ortaya koyma yeteneklerinin gelişmemiş olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Cebre vücut veren zorlama; tutma, bağlama, sıkıştırma gibi kişinin hareket kabiliyetinin kısıtlanması ya da vurma, sürüklenme, sıkma gibi doğrudan şiddet uygulanarak ve acı verilerek¹⁸⁵ kişinin direncinin kırılması görünümünde olabilmektedir. Bunların yanında hipnotize etmek veya uyuşturucu madde vermek suretiyle kişinin hareket kabiliyetinin engellemek gibi eylemler de dolaylı cebir sayılabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Cebrin değerlendirilmesi bakımından Alman doktrini ve uygulamasında geniş yorum yapılmakta; mağduru baskı altına alacak nitelikteki hareketler cebrin varlığının kabulü için yeterli sayılmaktadır. Bu bağlamda mağdurun bir yere kapatılması veya alıkonulması halinde cebrin var olduğu kabul edilmektedir. Geniş

¹⁸⁴ Cebrin fiil süresince devam etmesinin gerekli olmadığı, mağdurun direncinin kırmaya elverişli olarak kullanılmasının yeterli olduğu, mağdurun sürekli ve enerjik biçimde fiile karşı koyması gerek olmadığı yönünde: Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 287.

¹⁸⁵ Cebrin acı verici nitelikte olduğu yönünde: Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 287; Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 168.

¹⁸⁶ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 250.

içtihadı yoruma göre; kişinin iradesine muhalif olarak bir yere götürülmesi, bedensel bitkinliğe sebep olunması (örneğin ormanda uzun süre koşturulması), mağdurun kaçınmayacağı şekilde fiziksel üstünlük sağlanması gibi hallerde cebrin söz konusu olduğu söylenmelidir¹⁸⁷.

Cebre dayalı bir cinsel istismar fiilinden bahsedilebilmesi için cebrin, mağdur çocuğa karşı uygulanması gereklidir. Üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen cebir, mağdur çocuk bakımından tehdit unsuru oluşturabilir¹⁸⁸.

Alman CK dahilindeki çocukların cinsel istismarına ilişkin suç tiplerinin hiçbirinde cebir, şiddet, yaralama ve tehdit ifadeleri dahi bulunmamaktadır. Bu sebeple Alman düzenlemesinde cebir ve tehdidin cinsel istismar suçlarının bir unsuru olmadığı açıktır.

Bu yargıya istisna oluşturabilecek iki düzenleme bulunmaktadır. Tehdide ilişkin olana takip eden başlıkta değinilecek olmakla birlikte, cebre ilişkin olanı Alman CK m. 176a/5'teki düzenlemedir. Alman CK m. 176a'daki çocukların ağır cinsel istismarı düzenlemesi kapsamında suç esnasında ağır biçimde kötü muamelede bulunulması nitelikli hal olarak öngörülmüş ve cinsel eylem haricindeki vurma vb. davranışların beşinci fıkra kapsamında artırım sebebi sayılmıştır. Dolayısıyla basit zorlamalar olmasa da ağır biçimde kötü muamele seviyesindeki cebir ve şiddet m. 176a/5 bakımından tipiktir ki mağdura tokat atılması gibi durumlar bu kapsamda sayılmaktadır.

b) Tehdit

Tehdidin genel anlamı; korkutma, gözdağı vermedir. Ceza hukuku anlamında tehdit ise isteğini yerine getirmemesi halinde bir saldırıda bulunulacağından bahisle bir kişinin korkutulmasıdır. TCK'nın 106. maddesinde özel bir suç tipi olarak

¹⁸⁷ Heger, **a.g.e.**, § 177 kn. 4.

¹⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok cinsel saldırı suçunda üçüncü kişiye yönelik cebir ve tehdidin küçük için tehdit oluşturabileceğini kabul ederken, cinsel istismar suçunun m. 103/4'teki nitelikli haline dair açıklamalarda cebir ve tehdidin mağdur çocuğa yönelmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 350, 352, 395. Mağdurun yakınına yönelik cebir ve tehdidin mağdura yönelik tehdit teşkil edeceği yönünde: Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 287.

düzenlenen tehdit suçunun başka unsurları bulunsa da kendisi bağımsız bir özel düzenleme teşkil eden cinsel istismar suçunun unsuru olan “tehdit” bununla bağlı ve sınırlı değildir. Zaten 106. maddede tehdit suçunun “... bahisle tehdit eden” şeklinde ifade edilmesi; başka bahislerle tehdit etmenin de mümkün olduğu ancak suç tipinin hayata, vücut dokunulmazlığına, cinsel dokunulmazlığa ve malvarlığına yönelik tehditler ile sınırlandırıldığını ortaya koymaktadır. Cebir ile yapılan yorumla uyumlu olarak tehdit unsurunun da ne TCK m. 28’deki gibi muhakkak ve ağır olması ne de TCK m. 106’nın tüm şartlarını ihtiva etmesi gerekmektedir.

Cinsel istismar suçu bakımından tehdidin oluşması için tehdidin ciddi olması, tehdide konu saldırının yakın zamanda gerçekleşme tehlikesinin objektif olarak bulunması ya da saldırı ile mağdurun cinsel dokunulmazlığından daha yüksek bir değer ihlal edilecek olması da gerekli değildir. Her ne kadar ikinci gruba dahil, cinsel fiillerin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunan çocukların mağdur olduğu fiiller söz konusu olsa da bu çocukların bir yetişkin gibi sağlıklı bir değer karşılaştırması yapması beklenemez¹⁸⁹.

TCK m. 104’te ikinci grup çocukların rızası olsa dahi onlarla cinsel ilişkiye girmenin suç olarak düzenlenmesi, bu çocukların bir yetişkin ile aynı düzeyde bir algılama ve irade yeteneğine sahip olamayacağına dair pozitif bir dayanak teşkil etmektedir. Zaten madde metninde yalnızca “iradenin etkilenmesi” aranmaktadır.

Mağdur çocuğun tehditten etkilenmesi gerekmele beraber tehdide konu olan saldırının çocuk dışında birine yönelik olması mümkündür. Doktrinde bu üçüncü kişinin çocuğun yakını olmadığı takdirde tehdit unsurunun oluşmayacağı ifade edilse de dikkat edilmesi gereken yegane husus tehdidin çocuğu korkutmaya (iradesinin oluşumuna veya dışavurumuna etki etmeye) elverişli olmasıdır¹⁹⁰. Aksi halde sözgelimi failin mağdura, kendisine bir anlık dokunmasına izin vermezse yoldan geçen birini öldüreceğini söylemesi halinde tehdit unsuru bulunmadığı için cinsel istismar suçunun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Oysaki bu tehdit bir yetişkin için bile fazlasıyla zorlayıcıdır.

Elverişlilik değerlendirilirken fail ile mağdurun karşılıklı durumu ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Zira faille mağdur arasındaki güç farkı o

¹⁸⁹ Aynı yönde: Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 170.

¹⁹⁰ Sarf edilen sözlerin tehdit niteliğinin çocuğun algısına göre belirlenmesi gerektiği yönünde benzer sayılabilecek görüş için bkz. **A.e.**, s. 200.

derecede olabilir ki failin yumruklarını sıkarak mağdurun üzerine yürümesi veya etrafa eşya fırlatması tek başına mağdurun direnmekten korkmasına sebep olabilir, tehdit unsuruna vücut verebilir. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi cebirin bütün cinsel eylem süresince uygulanmak zorunda olmamasının sebebi, bir kez uygulanmış cebirin kendiliğinden, bir daha direnç gösterilmesi halinde tekrar şiddet gösterileceği tehdidini bünyesinde barındırmasıdır. Tehdidin de genel olarak cebir veya şiddet teşkil eden bir hareketin gerçekleştirileceğini konu aldığı göz önünde bulundurulduğunda, cebir ile tehdidin keskin çizgilerle birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı ortaya çıkmaktadır. Paralel olarak belirtmekte fayda vardır ki failin mağdura uyguladığı önceki cebir ve ona karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar ileriki cinsel istismar fiilleri açısından tehdiye vücut verebilir¹⁹¹.

Alman CK'daki cinsel istismar suçlarında, tehdiye ilişkin tek düzenleme ise gençlerin cinsel istismarını düzenleyen ve çocuğun zaruret halinden faydalanılmasını öngören 182. maddenin birinci fıkrasında bulunmaktadır. Metinde açıkça tehdit unsuruna yer verilmemiş olsa da doktrin ve uygulamada, çocuğu zaruret halinde bırakma veya zaruret hali oluşturmak konusunda tehdit etmek de zaruret halinden faydalanmak anlamına gelmektedir. O kadar ki tehdit, bu fıkranın tipik bir görünümü addedilmektedir. On sekiz yaşın altında olup bu yönde bir tehdit ile cinsel eyleme konu edilen her genç veya çocuk bakımından bu düzenleme uygulama alanı bulabilecektir.

Belirtmek gerekir ki Alman doktrini ve uygulaması cebir ve tehdidin açıkça unsur olarak belirlenmemiş olması sebebiyle, çocuklara karşı cebren veya tehditle gerçekleştirilen cinsel eylemleri bir içtima problemi olarak algılamıştır. Yukarıda belirtilen düzenlemeler dışındaki cinsel istismar düzenlemelerinde cebir, zorlama, tehdit, yaralama gibi hususlara ne suçun temel şeklinde ne de nitelikli halinde yer verildiğinden; cebir ve tehdit ile işlenen cinsel istismar fiillerinde sıklıkla "cinsel saldırı, cinsel zorlama ve tecavüz suçu"nu düzenleyen Alman CK m. 177 uygulama alanı bulmaktadır. TCK'daki cinsel saldırı suçuna denk gelen bu suç tipi ile cinsel istismar düzenlemeleri arasında ceza miktarı bakımından büyük bir fark olmadığı gibi suçun şiddet ile işlemek bakımından yalnızca bir yıl ila on beş yıllık ceza sınırları öngörülmüştür. Yine suçun (cebir veya tehdit için) bir alet bulundurmamak veya

¹⁹¹ Bu yönde açıklamalara yer verilmiş bir Alman Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. BGH, Urt. v. 05.03.1992 – 1 StR 716/91 – NStZ 1993, kn. 22, 27 vd.

kullanmak suretiyle işlenmesi, topluca işlenmesi vb. nitelikli halleri bakımından üç yıl ila on beş yıllık ceza sınırları belirlenmiştir. Dolayısıyla m. 176'da öngörülmemiş işleniş biçimleri bakımından ve özellikle herhangi bir nitelikli halin öngörülmediği gençlerin cinsel istismarı suçu (m. 182) bakımından m. 177'ye başvurulmaktadır.

c) Hile

Hile, gerçeğin saptırılması veya vaatte bulunulması yoluyla bir kişinin kandırılmasıdır. Ancak cinsel eyleme ikna etmek için başvuru her hileli hareket, cinsel istismar suçu bakımından hileye vücut vermez¹⁹². Yapılacak değerlendirmede esas alınacak ölçüt hilenin, cinsel eylemin gerçekleşmesi bakımından nedensel olup olmadığıdır. Çocuk gerçeği bilseydi dahi aynı seviyede bir cinsel eylemin oluşacağı söylenebildiğinde ceza hukukunun değer atfettiği hileden bahsedilmeyecektir¹⁹³.

Buna karşın bu genellemenin tersi mutlak geçerlilik arz etmemektedir; gerçeğin saptırılmasının çocuğun rıza göstermesinde etkili olduğu tespit edildiğinde kesin olarak suç unsurunun oluştuğu söylenememelidir. Bu noktada hilenin niteliği ve olaya çocuğun cinsel yönden istismar edildiği görünümü verip vermediği dikkate alınmalıdır. Sözelimi mesleğinden utanan, karşısındaki tarafından hakir görüleceğini düşünen bir gencin itibarlı bir meslek sahibi olduğu konusunda yalan söylemesi ve bu yalanın bir cinsel eyleme rıza gösterilmesi bakımından nedensel olması halinde; ne hilenin niteliği ne de cinsel istismar görünümü bakımından suçun oluştuğu söylenebilecektir. Bu art değerlendirmenin gerekli olduğunu gösteren daha basit bir örnek vermek gerekirse; çocuğun yalnızca nitelikli cinsel eylem gerçekleştirecek olmaları şartıyla kendisine dokunmasına rıza göstermesi fakat bu kişinin dokunmanın ardından nitelikli cinsel eylem gerçekleştirmeyi reddetmesi halinde hile bulunmamaktadır. Failin karanlıkta mağdura sevgilisinin sesini taklit ederek yaklaşması ya da kendini doktor olarak tanıtırak mağduru muayene edeceğini

¹⁹² Hilenin tespitinin belli bir kıstasa bağlanamayacağı, mağdurun algısı ile orantılı, olaya özgü bir değerlendirmenin gerekli olduğu yönünde: Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 173.

¹⁹³ Hilenin kişiyi esasında irade etmeyeceği bir yönde bir tasarrufta bulunmaya sevkettiği yönünde: Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1994, C.LIV, No:1-4, s. 126.

söylenmesi¹⁹⁴ halinde ise hilenin niteliği ve istismar görünümü bakımından tereddütsüz bir şekilde suç unsurunun oluştuğu söylenecektir.

“Vaatte bulunmak yoluyla hile”de ise bu ölçüt bakımından çok daha dar bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira, tehdit başlığında yapılan yorumla paralel olarak, çocuğun cinsel dokunulmazlık ile vaat edilen çıkar arasında sağlıklı bir kıyas yapması mümkün olmayabilir. Cinsel eyleme rıza gösterilmesi bakımından nedensel bir vaadin fail tarafından gerçekten yerine getirilip getirilmediği, varılacak sonuç bakımından belirleyici olmamalıdır. Bilhassa failin cinsel eyleme karşılık maddi çıkar vaadinde bulunduğu durumlarda, bu maddi çıkar sağlansa dahi hilenin bulunduğu söylenebilir. Zira bu durumda çocukta maddi çıkar ile cinsel eylemin birbirinin karşılığı olabileceği yanlış kanaati uyandırılmaktadır. Her halükarda iradeyi etkileyen neden sayılması mümkündür.

Doğrudan maddi çıkar vaadi bulunduğu veya maddi çıkarın cinsel eylemin karşılığı olduğunun söylenemeyeceği durumlar ise somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda örneğin aralarında aşk ilişkisi bulunması halinde çocuğu şiddet gördüğü evden kurtarmayı samimi olarak vadetmesi sonucu bir cinsel eylem gerçekleştiğinde bu vaadin – daha sonra yerine getiril(e)mese dahi – hile niteliği dahi göstermediği tespit edilebilir. Yeni tanıştığı bir çocuğa kendisi ile cinsel eylem gerçekleştirirse onu ünlü yapabileceğini söyleyen kişinin vaadi ise – yerine getirilse dahi – hile nitelindedir çünkü çocuğun ünlü olmak hevesini cinsel duygularını tatmin etmek için kullanmıştır ve bu, çocuktan faydalanma, cinsel olarak istismar etme görünümündedir.

Son olarak evlenme vaadinin hile teşkil edip etmemesinin somut olaya göre değişiklik göstereceğini belirtmek gerekmektedir. Mağdur çocuğu duygusal olarak kendisine bağlamak ve güvenmesini sağlayarak ondan faydalanmak ya da çocuğun bekaretini kaybetmekten korkmasını engellemek amacıyla evlilik vaadinde bulunulduğunda hilenin var olduğu fakat evlilik yolunda giden bir ilişkinin sonradan bozulması durumunda hilenin bulunmadığı söylenecektir. Bu noktada failin kastının, evlilik vaadi ile cinsel eylemlerin nedenselliğini kapsamadığı durumlarda da suçun oluşmayacağını söylemekte fayda vardır.

¹⁹⁴ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 288.

Nihayetinde, bulunulan vaat ile cinsel eylemin nedensel olduğu durumlarda; çocuğun sağlıklı olarak yapamadığı “vaat – cinsel eylem” kıyasını mahkeme yapacak ve bu vaadin cinsel istismar görünümünü ortaya çıkaran bir hile teşkil edip etmediğine karar verecektir.

d) İradeyi etkileyen diğer nedenler

İradeyi etkileyen nedenlerin sınırlı olarak sayılmaması, kanunilik ilkesine aykırılık gerekçe gösterilerek eleştiri konusu yapılmıştır¹⁹⁵. Oysaki kanun koyucu, mağdurun iradesini sağlıklı olarak oluşturamadığı ya da ortaya koyamadığı tüm halleri yerinde olarak kapsama almayı amaçlamış; failin bu durumun farkında olmasına rağmen cinsel eylem gerçekleştirmesinin çocuktan cinsel yönden faydalanma niteliğinde olduğunu kabul etmiş ve bu bağlamdaki fiilleri cezaya tabi kılmıştır. Basit ifadeyle, karşısındaki çocuğun iradesinin etki altında olduğunun farkında olan herkes bakımından suç tipinin geçerli olması cinsel istismar suçunun amacına uygundur. Madde metninde mağdurun iradesinin etkilenmiş olması gerektiğinin belirtilmesi ve hatta bu yönde örneklerle yer verilmiş olması (cebir, tehdit ve hile) kanunilik ilkesi bakımından yeterli sayılmalıdır.

Aksi yöndeki görüşü benimseyen yazarlar tarafından iradeyi etkileyen nedenlerin TCK'nın “Sağır ve Dilsizlik” başlıklı 33. maddesi ve “Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma” başlıklı 34. maddesi ile sınırlı bir uygulama alanı olması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁶. Bununla birlikte kanun koyucu, iradeyi etkileyen nedenleri sınırlı sayıda saymayarak iradesini açıkça ortaya koymuştur. Şüphesiz ki iradeyi etkileyen nedenin ne zaman suç unsuru teşkil edeceğine dair bir ölçüt belirlemek zaruridir. Aksi takdirde çocuğa şiir okunması, güzel sözler söylenmesi, çocuğun faile aşık olması vb. hallerin dahi iradeyi etkileyen bir neden olarak kabul edilmesi gündeme gelecektir¹⁹⁷. Bu noktada, hile unsuru dahilinde yapılan açıklamalarla paralel olarak, iradeyi etkileyen nedenin fiile cinsel istismar görünümü verip vermediğinin ölçüt olarak belirlenmesi uygun olacaktır. Yine

¹⁹⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 397.

¹⁹⁶ **A.y.**; Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 175.

¹⁹⁷ Sadece ikna amacı taşıyan davranışların dahi suç kapsamına alınmasının tereddütlü bir hukuki durum ortaya çıkardığı yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 282.

olası kast – bilinçli taksir ayrımı ceza sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesi konusunda oldukça işlevsel olacaktır.

Cinsel saldırı suçu çerçevesinde yetişkin mağdurun rızası olmadığını söz veya hareketle ifade etmesinin suçun oluşumu için yeterli olduğu yönündeki kanaatin takip edilmesi halinde; cinsel istismar suçu bakımından çocuğun rızası olmadığına dair açık veya zımni beyanı sonrası gerçekleştirilen cinsel davranışın iradeyi etkileyen nedene dayandığı evleviyetle bir karine olarak kabul edilmelidir. Ancak “Hayır, hayır demektir.” düsturunun muhtemel sakıncaları dikkate alınmalı, muhalif irade beyanının tespitiyle yetinilmeyerek bütüncül bir değerlendirme yapılmalıdır.

Ani hareketle dokunma şeklinde geçen fiillerde, hareketin iradenin oluşmasına engel bir hızda gerçekleşmiş olmasının bir iradeyi etkileyen neden teşkil ettiği söylenebilecektir. Nitekim bu durumda rızanın bulunduğu kabul edilmesi söz konusu değildir.

Türk kanun koyucusu çocuğun iradesinin etkilenmesini tek bir fıkrada düzenlerken (TCK m. 103/1), Alman kanun koyucusu çocukların cinsel istismarı suçu düzenlemesinde (Alman CK m. 176) yalnızca mutlak koruma altındaki çocuklara yönelik fiilleri düzenlemiş, diğer çocuklara yönelik olanlar için ise farklı suç tipleri ihdas etmiştir. Bu bağlamda Alman CK m. 174 ve m. 182 f. 1 ve 2'deki düzenlemeler ile bir bakıma on dört ila on sekiz yaş aralığındaki çocukların iradesini etkileyen nedenleri düzenlemiş bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında; zaruret halinde bulunma, ivaz teklif edilmesi ve himaye ilişkisinin varlığının cinsel eylemler bakımından sağlıklı irade oluşturmayı engellediği kabul edilmektedir. Zaruret hali; içinde bulunan mağdurun karar verme ve kararını uygulama imkanını açıkça kısıtlayan ciddi bir kişisel veya ekonomik zorluktur¹⁹⁸. Bu halin varlığı için uyuşturucu bağımlılığı, evsizlik, şiddet görmekten korkma, evden veya yurttan kaçmış olmak sebebiyle içinde bulunulan acil durum, eğitim göreceği bir yer bulamama,¹⁹⁹ işsizlik ya da sınırdışı edilme korkusu yeterli olabilecekken; şaşkınlık veya merak içinde olma²⁰⁰ gibi görünümde olması da mümkündür.

¹⁹⁸ **A.e.**, § 182 kn. 36; BGH, Beschluss vom 16. 4. 2008 - 5 StR 589/07 (LG Frankfurt/Oder).

¹⁹⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 182 kn. 4.

²⁰⁰ **A.y.**

Bu düzenlemeler, Türk ceza uygulamasında çocuğun iradesini etkileyen nedenler bakımından yol gösterici niteliktedir. Sırasıyla örnek vermek gerekirse; evsiz bir çocuğa yatacak yer, fakir bir öğrenciye burs, aç bir çocuğa yemek imkanı sunulması durumunda çocuğun içinde bulunduğu zaruret hali kendiliğinden iradeyi etkileyen bir neden olarak kabul edilmelidir. Böyle bir zaruret hali bulunmasa dahi cinsel eylem karşılığında küçük yaşta bir çocuğa şekerleme, büyük yaşta bir çocuğa bilgisayar veya herhangi yaştaki bir çocuğa para teklif etmek iradeyi etkileyen bir ivazdır. Bu örneklerin tehdit veya iradeyi etkileyen diğer bir neden olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Buna karşın Türk kanun koyucusu hısımlığın cinsel istismar suçu üzerindeki etkisine ilişkin bir öngöründe bulunmuş ve hısımlık ilişkisi yalnızca cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Oysaki Alman CK m. 174'teki bakış açısına göre, hısımlık ve sair ilişkiler sebebiyle çocukla arasında özel bir güven ve otorite ilişkisi kuran kişilerin gerçekleştirdiği cinsel eylemler kendiliğinden istismar niteliği göstermektedir. Zira güvendiği ve sözünü dinlemesi gerektiğini düşündüğü, böyle bir alışkanlığa sahip olduğu bir kişinin hareketleri bakımından çocuğun sağlıklı bir irade oluşturamayacağı varsayılmaktadır. İstismar kavramının özüne ilişkin bu yerinde çıkarım Türk ceza uygulamasında da benimsenmelidir. TCK m. 103'teki düzenlemede bu yönde bir belirleme bulunmasa da m. 104/2'deki düzenleme de bu bakış açısını destekler niteliktedir.

IV. Suçun Manevi Unsuru

A. Genel Olarak

Taksire dair özel bir düzenleme içermeyen tüm suç tipleri gibi cinsel istismar suçunun da kast ile işlenmesi gerektiği, failin kastının suçun maddi unsurlarını ve özellikle çocuğun yaşını kapsamaması halinde suçun oluşmayacağı açıktır.

Bu noktada cinsel istismar suçunun olası kast ile de işlenebileceğini belirtmekte fayda vardır²⁰¹. Fail, mağdurun henüz on beş (Alman Ceza Hukukunda on dört) yaşını doldurmamış olma ihtimalini hesaba kattığında veya mağdurun yaşını bilmemesine karşın yaşı onun için fark etmediğinde olası kastın var olduğu kabul edilecektir²⁰². Ancak fail yaş üzerine herhangi bir mülahazada bulunmadıysa olası kastın varlığından söz edilemeyecektir²⁰³. Kastın varlığının tespitinde failin mağduru uzun süredir tanıyor oluşunun onun yaşını bildiğine karine kabul edilemeyeceği, her halükarda mağdurun suç zamanındaki fiziki gelişimi, görünümü ve davranışlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁴. Bu bağlamda henüz soruşturma aşamasındayken bu hususların belgelenmesi önem taşımaktadır²⁰⁵.

B. Davranışın Cinsel Niteliği Bakımından

Cinsel suçların manevi unsur bakımından gösterdiği öncelikli özellik fiili niteleyen “cinsel” sözcüğünden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda kastın, davranışın cinsel niteliğini nasıl kapsayacağı sorusuna cevap verilmekte zorlanılması, cevabın “amaç” ve “saik” kavramları dahilinde aranmasına sebep olmaktadır. Nitekim madde gerekçesinden de hareketle genel kanaat, suçun temel şeklinin “cinsel arzuları tatmin amacı” ile işlenebileceği yönünde oluşmuştur²⁰⁶.

Kişiyi cinsel suçlar işlemeye iten içsel gücün, sahip olduğu cinsel dürtüler ve cinsel istek (saik) olduğuna dair genelleme ilk bakışta yerinde gözükmemektedir. Oysaki detaylı bir değerlendirme sonucu şu sonuçlara varılmaktadır:

- Bu genellemenin suç tipine yansıtılmasının sonucu, başkaca dürtülerden kaynaklı hareketler ile bir kişinin cinsel dokunulmazlığının ihlal edildiği haller suç kapsamı

²⁰¹ Tezcan, Erdem. Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 404; Cinsel saldırı suçu bakımından aynı yönde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 336.

²⁰² Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 35; Laubenthal, **a.g.e.**, s. 177, kn. 443.

²⁰³ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 30.

²⁰⁴ Eisele, **a.g.e.**, kn. 10.

²⁰⁵ Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 35.

²⁰⁶ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 317; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 316. Failde amaç veya saik aranmayacağı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 361.

dışında olacaktır. Gerçekten failin öç, öfke, kıskançlık gibi saiklerle mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi ve cinselliği aracı kılarak karşısındakine zarar vermesi mümkündür. Sözelimi daha önce cinsel istismara uğramış bir çocuğun bu yöndeki hassasiyetini kullanarak ona zarar vermeyi isteyen bir kişinin fiili işlemekteki saikinin cinsel dürtü olduğu söylenemez. Bu fiilin, cinsel saikle işlenmemesi sebebiyle cezadan bağışık tutulması korunan hukuki değer bakımından uygun olmayacaktır.

- Sayılan ihtimallere ek olarak cinsel suçların, insanın – bilhassa erkeğin – karşısındaki üzerinde egemenlik kurma itkisi ile ilişkilendirildiği göz önünde bulundurulduğunda saikin yalnızca cinsel dürtülere indirgenmesi kriminolojik olarak hatalı gözükmektedir²⁰⁷.
- Son olarak cinsel niteliğin tespitinde yalnızca failin iç dünyasının temel alınıp mağdurda oluşan etkilerin dışlanması korunan hukuki değerle bağdaşmamaktadır. Aksi yöndeki yorum mağduru işaret eden bölüm başlığına (“Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”) dahi uygun olmayacaktır.

Buna karşın “cinsel” sözcüğünün amaç kavramı ışığında anlam kazanması mümkün gözükmektedir. Saik, sadece failin içsel itkisine işaret etmektedir. Amaç ise failin, başkaları üzerinde oluşacak muhtemel etkilerin değerlendirmeye katılması bakımından da müsaittir. Öyle ki “cinsel uyarım amacı” esas alındığında failin salt kendisine dair bir istek yoğunluğu, “cinsel dokunulmazlığı ihlal amacı” esas alındığında ise failin mağdur üzerinde yaratacağı etkiye dair istek yoğunluğu²⁰⁸ göz önünde bulundurulmuş olacaktır. Bu bakımdan “cinsel amaç” cinsel suçlar bakımından elverişli bir ifadedir²⁰⁹. Fakat cinsel niteliği tespit edilmek istenen tüm fiillerde aranması gereken bir husus olmamalıdır. Aksi halde fail mağdurun cinsel dokunulmazlığını kasten ihlal ettiğinde, bunu başka bir amaç ile (örneğin korkutma amacı) yaptığında suç oluşmayacaktır ki bu, düzenlemenin amacına ters düşmektedir. Fiil unsuru kapsamında yapılan açıklamalarda ifade edildiği üzere, davranışın cinsel niteliğin iki aşamada bir değerlendirilmesi ve objektif gözlemci

²⁰⁷ Aşağılık kompleksine sahip olan erkek cinsel suç faillerinin bu kompleksi telafi için kadınlara saldırdığı ve bunların cinsel ilişkiye girmekten çok kötü muamelede bulunmayı tercih ettiği yönünde: Sulhi Dönmezer, **Kriminoloji**, 8. bsk., İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 137.

²⁰⁸ Amaçta, kastın isteme fonksiyonunun baskın olduğu yönünde: Jescheck, **a.g.e.**, s. 266.

²⁰⁹ Nitekim cinsel taciz suçunu düzenleyen TCK m. 105’in madde metninde “cinsel amaçla taciz” ifadesine yer verilmiş olması yol gösterici kabul edilebilir.

tarafından cinsel niteliğe sahip olup olmadığı tespit edilemeyen davranışlarda failin amacının değerlendirme konusu yapılması uygun olacaktır. Bu durumda failin amacı “cinsel uyarım” a ya da “mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal” e yönelik olduğunda, suçun oluştuğu söylenecektir. “Cinsel hisleri tatmin amacı” veya “cinsel doyum amacı” gibi ifadeler, failin fiil ile bir neticeye ulaşmayı hedeflediği anlamını taşımaları itibarıyla tercih edilmemelidir. Zira cinsel tatmine ehil olmayan bir kişinin de cinsel istismar suçunun faili olması mümkündür²¹⁰.

Suçun fiil unsuruna dair yorumlar böyle olmakla beraber, diğer unsurlara ilişkin failin doğrudan veya olası kastı bulunması yeterlidir. Öncelikle suçun konusu ve mağduruna dair kast sabit olmalıdır. Fail, cinsel eylemini yönelttiği kişinin hayatta olduğunu bilmelidir. Ayrıca bu kişinin çocuk olup olmadığı, çocuksa hangi yaş grubuna dahil olduğu, 15 yaşından büyükse çocuğun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusundaki düşüncesi tespit edilmelidir. Fail gerçekleştirdiği hareketlerle çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinin, bedensel teması gerçekleştirdiğinin farkında olmalıdır. Cinsel nitelikte hareketlerde bulunsa ve hatta bunları cinsel uyarım amacıyla gerçekleştirse dahi bedensel temas taksirle kurulduğu sürece suç oluşmayacaktır. Çocuğun hangi gruba dahil olduğuna dair hatalı düşünceye sahip olan failin durumu aşağıda özel olarak incelenecektir.

C. İradeyi Etkileyen Nedenler Bakımından

İkinci gruba dahil bir çocuk söz konusu olduğunda, failin kastının iradeyi etkileyen nedenleri de kapsamı gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere çocuğun iradesinin bizzat fail tarafından etkilenmiş olması aranmamaktadır. Çocuğun iradesinin etki altında olduğunu ya da bu etki ile rıza arasında nedensel bağ bulunduğunu bilmeyen veya bunu öngörüp kabullenmiş olmayan failin kastı iradeyi etkileyen neden unsurunu kapsamayacak, suç oluşmayacaktır. Fail mağdurun alkollü olduğunu bilmediğinde veya mağdurun önceki davranışları sebebiyle alınan alkolün cinsel eylem üzerinde bir etkisi bulunmadığını düşündüğünde böyle bir durum bulunacaktır.

²¹⁰ Cinsel dürtünün gücünün, cinsel bezlerin faaliyetinden ziyade hormonal olduğuna dair bkz. Dönmezer, **a.g.e.**, s. 134.

Çocuğun, gerçekleştirilen cinsel eylemleri algılayıp algılamamasının suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur. Öyle ki çocuğun baygın halde veya uyuyor olduğu esnada da suçun işlenmesi mümkündür. Ancak bu noktada “rızada hata” bulunup bulunmadığına dikkat edilmelidir.

D. Kastı Kaldıran Hata

Suçun temel şeklinin maddi unsurları veya nitelikli haline ilişkin hususlara dair objektif gerçekler ile failin bilgisi (kastı) birbiriyle uyumsuz olduğunda failin kastı kaldırıcı hatasından söz edilmektedir²¹¹. Suçun unsurlarına yönelik hatasından fail kural olarak yararlanmakta, hatanın varlığı kabul edilmekle somut olay sanki failin bilgisi doğruymuş gibi değerlendirilmektedir. Örneğin fail mağdurun kendi yeğeni olduğunu bilgisine sahip olmadığına cinsel istismarın temel şeklinden cezalandırılır ya da mağdurun başını sevdiğini zannederken gerçekte kalçasını okşadığında suçun basit hali dahi oluşmaz. Hata kurumuna dair genel kuralların doğrudan uygulanmasıyla sonuca ulaşılması sebebiyle bu hususlar hakkındaki hatalara ilişkin geniş açıklamalara gerek bulunmamaktadır. Cinsel istismar suçu bakımından özellik arz eden hata hali, mağdurun yaşı ve algılama yeteneğine dair düşülen hatadır.

Failin yaşa ilişkin hatası, cinsel istismar suçuna uygun bir manevi unsurun oluşmaması, dolayısıyla bu suçtan ceza sorumluluğunun doğmamasına yol açabilir. Failin, bedeni üzerinde cinsel davranışta bulunduğu kişinin on sekiz yaşını doldurduğu zannıyla hareket etmesi ancak bu kişinin henüz çocuk olması halinde cinsel istismar suçuna yönelik kastı bulunmamaktadır. Bu halde şartların bulunması halinde TCK m. 102 çerçevesinde ceza sorumluluğu oluşabilecektir²¹².

Ancak mağdurun çocuk olduğu bilgisine sahip olan failin hatası da söz konusu olabilmektedir. Maddede yapılan ayrıma göre cinsel istismar suçunun; *on beş yaşını doldurmamış* çocuklara, *on beş yaşını doldurmasına rağmen algılama yeteneği gelişmemiş* çocuklara ya da *on beş yaşını doldurması ve algılama yeteneği*

²¹¹ Failin bilinci ile gerçeğin uyuşmaması durumu hem failin oluşa dair hiçbir tasavvuru bulunmaması hem de failin yanlış tasavvurda bulunması halinde mevcut olur. Jescheck, **a.g.e.**, s. 276; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 204.

²¹² Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 336.

gelişmiş olmasına rağmen iradesi etkilenmiş çocuklara karşı işlenmesi mümkündür. Failin bilgisine göre mağdur çocuğun hangi grup dahilinde olduğu tespit edildikten sonra failin kastı ve hatası değerlendirilebilecektir. Öyle ki gerçekte on beş yaşından küçük olan bir çocuğun on beş yaşından büyük olduğu hatalı bilgisine sahip bulunduğu yönündeki tespit, failin kastının belirlenmesi için yeterli değildir. Zira on beş yaşından büyük çocuklar da algılama yeteneğine göre ayrılmaktadır. Fail, çocuğun *on beş yaşından büyük fakat algılama yeteneği gelişmemiş durumda* olduğunu ya da *on beş yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş olmasına karşın iradesinin etkilenmiş* olduğunu düşündüğünde cinsel istismar suçuna uygun manevi unsur oluşacaktır. Bu durumlarda failin bilgisi gerçek ile örtüşmese de kastı cinsel istismar suçuna yöneliktir; gerçek, failin kastına uygun olsaydı da cinsel istismar suçu ortaya çıkacağından, fail bu hatasından yararlanamaz.

Özetlenecek olursa failin kastına göre sırasıyla; mağdurun çocuk olup olmadığı, çocuksa on beş yaşından büyük olup olmadığı, büyükse algılama yeteneğine sahip olup olmadığı, sahipse iradesinin etkilenmiş olup olmadığı tespit edilmelidir. Cinsel istismar suçundan sorumluluğun doğabilmesi için; kendisine karşı cinsel davranış gerçekleştirilen kişinin, suç tipinde tanımlanmış olan gruplardan birine dahil olduğuna yönelik kastın bulunması gerekmektedir. Bedeni üzerinde cinsel davranışta bulunan kişinin suç tipine uygun özelliklere sahip olduğu bilgisine vakıf olunmadığında kast, suçun maddi unsurlarını kapsamayacak, fail bu hatasından yararlanacaktır²¹³.

Benzer durum Alman Ceza Hukukunda da bulunmaktadır. Zira çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen Alman CK m. 176 yalnızca 14 yaşından küçük kişileri koruma altına almakta; bu yaşın üstündeki çocukların istismarını konu alan m. 182'deki gençlerin cinsel istismarı suçu ve m. 174'teki himaye altındaki kişinin cinsel istismarı suçu ise birtakım ek şartlar barındırmaktadır. Dolayısıyla failin, cinsel eylemin tarafı olan kişinin çocuk olduğunu bildiği fakat 14 yaşından büyük olduğu hatasına düştüğü durumda cezai sorumluluk ancak kastın bu ek şartları kapsamaması

²¹³ Mağdurun 15 yaşından küçük olması halinde, fail mağdurun 15 yaşından büyük ve failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olduğu hatasına sahipse, bu hatasından yararlanır. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 70.

halinde oluşmaktadır²¹⁴. Bunun için sözgelimi failin çocuğu 14 ila 16 yaş aralığında zannetmesi ve bu çocuğun cinsel özbelirlenim yeteneğinin bulunmadığını (Alman CK m. 182/3) bulunduğunu biliyor ya da öngörüyor olması gerekmektedir²¹⁵. Mağdurun gerçekte 14 yaşından küçük olması sebebiyle zaten cinsel özbelirlenim yeteneğinin bulunamayacağı söylenerek doğrudan cezalandırma yoluna gitmek mümkün değildir. Yine çocuğun zaruret hali içinde olduğu (Alman CK m. 182/1)²¹⁶; çocuk ile bir himaye ilişkisi (Alman CK m. 174)^{217,218} içinde bulunduğu kast kapsamında olduğu sürece bu düzenlemeler bakımından da sorumluluk oluşacaktır.

Dikkat edilmelidir ki Alman CK m. 23/3 uyarınca elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği mevcuttur. Dolayısıyla hata halinde m. 176'ya yönelik elverişsiz teşebbüs söz konusu olabilecektir²¹⁹. Buna karşın başka bir görüşe göre fail çocuk mağduru on üç yaşında sanmasına rağmen gerçekte mağdur on beş yaşındaki bir gençse yalnızca m. 182 göz önünde bulundurulmalıdır²²⁰. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihadı bağlamında, daha sonra birlik oluşmamış ve her iki yönde de kararlar çıkmış olsa da²²¹, 1996 tarihli bir kararda kanun koyucunun iradesinin 182. maddeden cezalandırma yönünde olduğu ifade edilmiştir. Zira bu karara göre 182.

²¹⁴ Eisele, **a.g.e.**, § 182 kn. 15; Frommel, **a.g.e.**, §182 kn. 12; BGH, Beschluß vom 17. 10. 2006 - 4 StR 341/06 (LG Landau/Pfalz).

²¹⁵ BGH, Beschluß vom 17. 10. 2006 - 4 StR 341/06 (LG Landau/Pfalz).

²¹⁶ Alman CK'nın 182. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında çocuğun zaruret hali içinde bulunmasından veya cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmamasından "yararlanılması" arandığından doğrudan kastın zorunlu olduğu savunulabilir. Nitekim Beck Şerhi'nde mağdurun cinsel özbelirlenim yeteneğinden yoksun olduğunu ve bunun mağdurun rızası bakımından nedensel olduğunu "bilme" durumunda "yararlanma"dan bahsedileceği ifade edilmektedir. Ziegler, **a.g.e.**, §182 kn. 11.

²¹⁷ Failin kastı; bütün suç unsurlarını ve özellikle mağdurun yaşını, cinsel davranış açısından anlam bilgisini, bağ(ım)lık ilişkisi ve küçük karşısındaki otoritesine dair hususlar ile birinci fıkranın ikinci bendi bakımından ayrıca bu ilişkiyi istismar ettiğini gösteren hususları kapsmalıdır. Lackner, **a.g.e.**, s. 686; Heger, **a.g.e.**, § 174 kn. 15; Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 23.

²¹⁸ İlgili ilişkinin istismar edilmesini arayan Alman CK m. 174 f. 1 b. 2 bakımından failin doğrudan kastı bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 35.

Üçüncü fıkrada ise "cinsel olarak tahrik etme amacı" aranmakta olup, cinsel eğitim amaçlandığında suç oluşmayacaktır. Lackner, **a.g.e.**, s. 686; Heger, **a.g.e.**, § 174 kn. 14. Suçun oluşumu için böyle bir amaç aranıyor olmasının düzenlemenin koruma amacına uygun olmaması sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 41. Buna karşılık failde cinsel tahrikin artacağı veya süreceği kanaatinin oluşmuş olmasının yeterli olacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 24.

²¹⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 10; Laubenthal, **a.g.e.**, s. 177, kn. 443; BGH, Urteil vom 30. 11. 2005 - 2 StR 557/04 (LG Darmstadt).

²²⁰ Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 7.

²²¹ M. 176'ya teşebbüsten cezalandırma yönünde: BGH, Beschluß vom 4. 4. 2006 - 4 StR 30/06 (LG Hagen). M. 182'den cezalandırma yönünde: BGH, Beschluß vom 17. 10. 2006 - 4 StR 341/06 (LG Landau/Pfalz).

maddede mağdurun “14 ila 16 yaş arasındaki genç” yerine “16 yaşından küçük kişi” olarak tanımlamasındaki amaç, çocukların cinsel istismarı suçunda yaşta hata yapılması halinde 182. maddeden cezalandırılabilirliğin sağlanmasıdır²²².

Türk doktrininde özellikle “mağdurun rızasının varlığında hata” inceleme konusu yapılmaktadır²²³. Bu kapsamdaki değerlendirme öncelikle rıza ehliyetinin bir unsuru olan “algılama yeteneği”nin varlığına ilişkin; daha sonra ise “iradenin etkilenmiş olup olmadığı” üzerinden yapılacaktır. Rıza ehliyetini ortadan kaldıracak ya da rıza oluşumu veya beyanını mutlak olarak engelleyecek düzeyde olmayan hususların da iradeyi etkileyen neden kapsamında olması sebebiyle cinsel istismar suçunun ayrı konumuna dikkat edilmelidir.

V. Hukuka Aykırılık Unsuru

A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebepleri

Maddi ve manevi unsurun şartlarını sağlamış bir fiilin suç olarak nitelenmesi için hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka aykırılık unsuruna dair değerlendirme negatif yönde yapılmakta; bir tipik fiilin hukuka aykırı olduğu, olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaması halinde söylenmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri kanunda sayılanlarla sınırlı olup bunlar; “Kanunun Hükümü ve Amirin Emri” başlıklı TCK m. 24, “Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali” başlıklı TCK m. 25, “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” başlıklı TCK m. 26’dan ibarettir. Hemen ifade etmek gerekir ki bu sebeplerin çoğu cinsel istismar suçu bağlamında kategorik olarak uygulama alanı bulmamaktadır.

Cinsel istismar suçuna dair hukuka aykırılık incelemesi yapılmadan önce, suç sistematiği gereği, maddi ve manevi unsurlar değerlendirme konusu yapılmaktadır. Bu unsurlar bakımından suçun oluşmadığı tespit edildiği takdirde hukuka aykırılık incelemesine gerek kalmamaktadır. Bu bağlamda TCK’nın 24. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerine konu olabilecek olaylarda ya

²²² BGH, Urteil vom 28-02-1996 - 3 StR 309/95 (LG Lübeck).

²²³ Kartal Memiş, **a.g.e.**, s. 220.

maddi veya manevi unsurun gerçekleşmediği ya da ilgili hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilir olmadığı söylenecektir. Diğer bir deyişle bir cinsel istismar fiilinin, “kanunun hükmü” veya “amirin emrine” dayanılarak işlendiğinden bahisle hukuka uygun olduğu kategorik olarak söylenemeyecektir. Çünkü kanun hükmü veya amirin hukuka uygun bir emri²²⁴ ile vücut dokunulmazlığı ihlal edilse de buna dayalı fiilin objektif gözlemci tarafından cinsel nitelikli olmadığı ya da bu durumda cinsel dokunulmazlığı ihlal amacının bulunmadığı söylenecektir. Böyle bir amacın varlığı dahilinde ise işlenen fiilin kanun hükmünün veya hukuka uygun emrin sınırlarını aşmış olduğundan hukuka uygunluk oluşmayacaktır.

Bu tespitin, doktrinde çokça örnek verilen “hekimlik mesleğinin icrası” ve “üst araması” halleri çerçevesinde sınılanması mümkündür²²⁵. Doktorun veya kolluk görevlisinin davranışının cinsel nitelikte olması m. 24’teki hukuka uygunluk sebeplerini aşan bir durum teşkil etmektedir. Kişinin üreme organıyla ilgili bir cerrahi operasyon gerçekleştiren doktorun gerçekleştirdiği hareketlerin hiçbiri objektif gözlemciye göre cinsel nitelik arz etmeyecektir meğerki doktorun hareketleri operasyonun gerektirdiğinden fazlasını ihtiva etsin. Bu temas belli bir seviyeye çıkarsa, sözgelimi doktor hastanın penisini okşamak veya dudağını öpmek gibi hareketlerde bulunursa, objektif olarak bir cinsel davranış bulunduğu söylenecek; operasyonun gerektirdiğinin belli belirsiz aşılması halinde ise doktorun bu hareketlerdeki amacına dair değerlendirme yapılacaktır. Sonuç olarak cinsel nitelik arz etmeyen davranışlar zaten tipik olmadığından cinsel istismar suçu söz konusu olmayacak, cinsel nitelikteki davranışlar ise hekimlik mesleğinin icrası kapsamı dışında kaldığından hukuka aykırılık sabit olacaktır. Aynı açıklamalar kanun hükmü gereği veya emir üzerine üst araması gerçekleştiren kolluk görevlisi için de geçerlidir. Bu fiiller bakımından hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı gibi doktor ve kolluk görevlisi TCK m. 103/3’ün d) ve e) bentleri uyarınca nitelikli hale tabidir.

Alman Ceza Hukukunda ise bu sorun gereklilik değerlendirmesine göre yapılmaktadır. Örneğin bir doktorun yaptığı tıbbi müdahalede tıbbi amacının yanında

²²⁴ Suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin fiili TCK m. 24/3 gereği hukuka uygunluk sebebi kapsamına girmemektedir.

²²⁵ CMK m. 75/3 ve m. 76’da öngörülen beden muayeneleri ile m. 119’a dayanan üst araması hallerinde kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1) sebebiyle hukuka uygunluk sebebi bulunduğu yönünde: Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 208 – 209. Hekimlik mesleğinin icrasının ve bedensel muayenenin hukuka uygunluk sebebi olduğu yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 361.

cinsel bir amacı da bulunduğunda, ilgili müdahalenin gerekli olup olmadığına göre suçun oluşup oluşmadığı belirlenmektedir²²⁶.

B. Meşru Savunma

Cinsel istismar suçu teşkil eden bir fiilin meşru savunma çerçevesinde değerlendirilmesine, meşru savunma kurumu bakımından teorik bir engel bulunmamaktadır. Pratik açıdan da, her ne kadar oluşumu olağandışı şartlara bağlı olsa da, cinsel istismar fiilinin bir saldırıyı defetmek için kullanılması mümkündür. Bu ihtimalin ise yalnızca objektif olarak cinsel nitelikli olan eylemler bakımından geçerli olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira eylemin objektif olarak cinsel nitelikli olmadığı, cinselliğe dair değerlendirmenin failin amacına göre yapıldığı hallerde; eylemin cinsel uyarıma değil de meşru savunmaya yönelik olduğu sonucuna varılırsa eylemin cinsel davranış teşkil etmediği ve tipik bir fiilin mevcut olmadığı söylenecektir²²⁷. Buna karşın saldırıya uğrayan kişinin kendisini objektif olarak cinsel nitelikli bir eylem ile savunması halinde meşru savunma kapsamında değerlendirme yapılması söz konusu olabilir. Somutlaştırmak adına bu durumlara dair örnek vermek yerinde olacaktır.

Kişi, kendisine fiziksel olarak saldırmakta olan erkek çocuğunun canını acıtarak saldırıya son vermesini sağlamak için penisini ve testislerini sıktığında, cinsel organlara yönelen bu eylem objektif olarak cinsel nitelikli olduğundan cinsel istismar suçu bakımından tipik fiil oluşacak; hukuka aykırılığa dair incelemeye geçilebilecektir. İşlenen fiil, saldırıyı defetmeye yöneliktir ve zorunluluk arz etmesi bakımından meşru savunmaya uygundur. Cinsel istismar suçunun ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda ise çoğu halde orantılılık sorunu ortaya çıkabilecektir. Ancak sözgelimi nitelikli yaralama fiili, sarkıntılık seviyesinde bir cinsel istismar fiili ile engellendiğinde orantılılığın sağlandığı kabul edilebilir. Sağlanmadığı hallerde ise TCK m. 27 kapsamında meşru savunmada sınırın aşılmasına başvurulabilecektir.

²²⁶ Eisele, **a.g.e.**, § 184g kn. 9 – 10.

²²⁷ Fiil unsuruna dair bölümde açıklandığı üzere bu çalışma dahilinde davranışların; objektif gözlemci tarafından cinsel nitelikli olduğu veya olmadığı tespit edilebildiğinde failin iradesi değerlendirme konusu yapılmayacağı savunulmaktadır. Ancak objektif değerlendirmede kesin bir sonuca varılamaması halinde failin amacı da göz önünde bulundurularak ikinci bir değerlendirme yapılmaktadır.

Pratikte cinsel istismar suçunun meşru savunma teşkil etme ihtimalinin düşük olması çoğu durumda saldırıyı defetmek bakımından cinsel istismar teşkil eden fiillerin zorunluluk arz etmemesi, genelde kasten yaralama ve tehdit gibi suçların meşru savunmanın yapısına daha uygun olmasından kaynaklanmaktadır. Sözgelimi saldırıda bulunan çocuk basitçe itip uzaklaştırılabilecekken, çocuğa karşı cinsel istismar fiilinin işlenmesi halinde meşru savunmadan söz edilemeyecektir.

Cinsel istismar suçuna karşı gerçekleştirilebilecek meşru savunma hareketlerinin kapsamı ise oldukça geniştir. Zira cinsel istismar suçu ağır nitelikte bir suç teşkil etmektedir. Bu noktada yaralama ve öldürme suçları gündeme gelmekte, özellikle vücuda organ veya sair cisim sokma nitelikli halinin gerçekleştiği saldırılarda kasten öldürme suçunun orantılı olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır²²⁸. Süreli hapis cezası ile cezalandırılan bir suçu defetmek için müebbet hapis cezasını gerektiren bir fiil işlenmesinin orantılı olduğunu söylemek kural olarak doğru olmayacaktır. Ancak birçok olayda TCK m. 27'ye uygun şekilde mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş bulunacağı ve istismar edilen çocuğun cezalandırılmayacağı göz ardı edilmemelidir. Zira çocukların irade yetenekleri yetişkinlere nazaran zayıf olup olağanın üzerindeki bir heyecan, korku veya telaş mazur görülebilmelidir.

C. İlgilinin Rızası

Cinsel istismar suçu düzenlemesindeki mağdur nitelemeleri, rıza kurumuna ilişkin hususlara yer verilerek yapıldığından rıza ehliyetine dair açıklamalar mağdur unsuru başlığı altında yapılmıştır. Mağdur çocuğun algılama yeteneğine sahip olup olmadığı, irade oluşturma ve dışavurma yeteneğinin etki altında olup olmadığı tipiklik dahilinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla cinsel istismar suçu anlamında geçerli bir rıza hukuka aykırılığın değil, tipikliğin oluşumunu engellemektedir.

²²⁸ "... örneğin cinsel dokunulmazlık ile yaşam hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda yaşam hakkı elbette cinsel dokunulmazlıktan daha önemsiz değildir. Ancak somut olayın koşulları dikkate alındığında, öyle durumlar mevcut olabilir ki, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı ancak yaşam hakkının ihlali ile durdurulabilir. İşte bu gibi durumlarda saldırı ile savunma arasında bir oranın bulunduğu kabul edilecektir." Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 514.

D. Hakkın Kullanılması

Evliliğin gösterdiği özel durum sebebiyle, eşler arasında gerçekleştirilen cinsel fiiller hakkın kullanılması çerçevesinde tartışılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki doktrin ve uygulamada kesin şekilde ifade edildiği üzere evlenme ile eşlerin birbirlerine karşı cinsel özgürlüklerinden vazgeçmiş sayılmayacağından²²⁹; cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz kapsamında mağdurun geçerli bir rızası bulunmaksızın gerçekleştirilen fiiller bakımından hakkın kullanılmasından söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşın reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından 18 yaşını bitirmemiş bir çocuk ile resmi evlilik gerçekleştirmiş olan kişi ile eşi arasındaki ilişkilerde “hakkın kullanılması” uygulama alanı bulmaktadır²³⁰. Bu konudaki açıklamaya da mağdur unsuru dahilinde, “Çocuk yaşta evlilik problemi” başlığı altında yer verilmiştir. Her ne kadar mevcut düzenlemeler ışığında bu yorumun yapılması zorunlu olsa da yalnızca eş bakımından şahsi hukuka uygunluk sebebi görünümünde bir durum oluşması hukuk mantığına uygun değildir. Düzenlemeler arasında uyumsuzluk olduğu açıktır ve muhtemeldir ki bu ve benzer sorunların çözümü çocuk yaşta evliliği yasal olmaktan çıkarmakla mümkün olacaktır²³¹.

²²⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 368.

²³⁰ Sedat Bakıcı, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Adalet Yayınları, Ankara, 1994, s. 9. Özel olarak belirtmemekle beraber bu durumda hukuka uygunluk sebebi bulunacağı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 349.

²³¹ Aynı şekilde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 349.

İKİNCİ BÖLÜM

NİTELİKLİ VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER, KUSURLULUK

I. Nitelikli Haller

A. Daha Az Ceza Öngörülen Nitelikli Hal - Sarkıntılık

Sarkıntılık kavramına 765 sayılı TCK döneminde de kanunda yer verilmiş (m. 421), o zaman da kanuni tanımı bulunmayıp içi doktrin ve uygulama tarafından doldurulmuştu. Bu dönemde sarkıntılık, söz *atmayı* aşan fakat *ırza tasaddi* seviyesine varmayan fiillerini karşılamakta; söz atma fiilinden sırnaşıklık veya mağdura yönelik bedensel bir hareket arz etmesi bakımından, ırza tasaddiden ise ani ve münferit bir temas içermesi bakımından ayrılmaktaydı¹.

6545 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK'ya eklenen sarkıntılık kavramı, eski anlamından farklılaşmıştır². Sarkıntılık, 103. madde ile birlikte 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun da hafif halini oluşturmaktadır. Bu sebeple sarkıntılık kapsamında yalnızca bedensel temas içeren eylemlerin bulunduğu çıkarımı yapılmaktadır^{3,4}. Suçun hafif halini temel halinden ayıran hususun ise

¹ İlhan Üzülmöz, "Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları (TCK. m. 421)", **Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl: 22, No:2, İstanbul 2002, s. 1018 – 1020.

Ayrıca 765 sayılı TCK döneminde Yargıtayın sarkıntılığın anlamına ilişkin görüşü için bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 309 – 310.

² Arzu Buşra Bayraktar, Burak Akın, "6545 Sayılı Kanunla Ceza Mevzuatımıza Getirilen Değişiklikler", **Suç ve Ceza**, Sayı: 2, Nisan Mayıs Haziran 2013, Türk Ceza Hukuku Demeği Yayınları – Beta Yayınevi, Basım Tarihi: Mart 2015, s. 332 – 333.

³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015, s. 360; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 300.

⁴ Cinsel istismar suçunda bedensel temas şartını yadsımak suretiyle, cinsel istismardaki sarkıntılığın cinsel saldırıdaki sarkıntılıktan daha düşük yoğunlukta olabileceği yönünde: Veli

bedensel temasın ani bir hareketle gerçekleştirilmesi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Adalet Komisyonu tutanaklarından anlaşıldığı üzere hükümet tasarısında “fiilin ani hareketle işlenmesi” ifadesi kullanılmışken daha sonra içtihadi bir arkaplanı olması sebebiyle sarkıntılık sözcüğü tercih edilmiştir. Bu tercih, fiziksel temas içermeyen eylemler için olmasa da, fiziksel temas içeren eylemler açısından isabetlidir.

Her ne kadar sözlük anlamı öyle de olsa, ani hareketten kasıt; hareketin ansızın, birdenbire yapılması değildir⁵. Aslında ifade edilmek istenen, hareketin sürekliliğinin bulunmaması, anlık sayılabilesidir. Nitekim doktrinde sarkıntılık ile basit cinsel istismar fiilini ayırmak için kesiklik, yoğunlaşmışlık, devamlılık⁶ ya da kesintililik, ısrarcılık⁷ ifadeleri de kullanılmaktadır.

Kanun koyucu – sarkıntılık düzenlemesi ile – ek bir soyut belirleme yaparak suçun basit hali bakımından somut belirleme alanını daraltmış olmaktadır. Bu yöndeki bir tasarruf ile daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenlemekteki asıl amaç, haksızlık içeriği daha düşük fiiller için daha düşük bir ceza aralığı öngörmektir. Dolayısıyla yalnızca tasarı metninde ve madde gerekçesinde belirtilmiş olan “bedensel temasın süresi” kriteriyle sınırlı kalmaksızın cinsel eylemin seviyesine dair bütünsel bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Bu bağlamda bedensel temasın süresi yanında failin vücudunun hangi bölgesi ile mağdurun vücudunun hangi bölgesinin temas ettiği⁸, bu temasın ne şekilde gerçekleştirildiği⁹, temasın etki seviyesi ve yoğunluğu, eylemin fail ile mağdur arasındaki ilişki

Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 356.

⁵ (Çevrimiçi) <https://www.tdk.gov.tr>, 14.11, 2016.

⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 360.

⁷ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 300.

⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya vücuda temasın devamlılık arz etmesinin yanında, doğrudan cinsel organları hedef alan davranışların da suçun temel şeklini oluşturacağını ifade etmektedir. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 310 – 311.

“saniğin mağdurenin cinsel bölgelerine temas etmeyen ve dosya kapsamı itibariyle üç-beş saniye sürdüğü anlaşılan eyleminin sarkıntılık düzeyini aşmadığı kanaati”nin ifade edildiği karşı oy yazısı için bkz. 14. CD, 2017/2091 E., 2017/3063 K., 5.6.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2017-2091.htm>, 09.08.2017.

⁹ “kendisine yönelik birden fazla hareketini “göğsüme dokundu” şeklinde anlatıp, okşama ya da sürtünme şeklinde bir tanımlamada bulunmaması karşısında, eylemin sarkıntılık düzeyini aşıp aşmadığı yönünde oluşan şüphe” ifadesini içeren karar için bkz. 14. CD 2016/10972 E., 2017/2577 K., 11.5.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2016-10972.htm>, 24.06.2017.

bakımından ne derecede olağandışı olduğu vb. hususlar da dikkate alınmalıdır¹⁰. Bu değerlendirme sonucunda söz konusu eylemin olağan/ortalama bir cinsel istismar fiiline göre hafif nitelikte sayılmasını haklı gösterecek hususların tespiti halinde sarkıntılık niteliğinde olduğu söylenmelidir¹¹.

Türk Ceza Hukukunda “sarkıntılık” olarak adlandırılan eylemler Alman ceza sisteminde cinsel özbelirlenime karşı suçlar bakımından tipik bir fiil oluşturmamakta, örneğin yolda bir kişinin kalçasına dokunmak veya otobüste bir kadının göğüslerini ellelemek cezalandırmaya değer bir cinsel eylem olarak görülmemektedir¹². Yine cinsel taciz olarak adlandırılan vakialara uygulanacak bir suç tipi mevcut olmadığından bir kişiye cinsel içerikli sözler söylemenin prensipte doğrudan cezai bir karşılığı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla Alman CK m. 184h’de yer verilen “önemlilik eşliği” formülü her ne kadar eylemlere ceza hukuksal bir değer atfedilmesi bakımından belirlilik prensibine hizmet etse de yarattığı “cezasızlık alanı”nın genişliği sebebiyle eleştirilmekteydi.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin eski içtihadı, cinsel özbelirlenime karşı her saldırının aynı zamanda “cinsel onur”a yönelik bir saldırı olacağı ve Alman CK m. 185’te düzenlenen hakaret suçuna vücut vereceği şeklinde olsa da sonradan bu yorum terk edilmiştir. Son dönemdeki kabule göre bir cinsel eylemin hakaret niteliğini haiz olması için mağduru aşağılayıcı bir halin bulunması ve bunun fail tarafından istenmesi gerekmektedir¹³. Türk Yargıtayının uygulaması da benzerdir¹⁴.

¹⁰ Benzer yönde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 360 – 361.

Mağdurun bacağına dört beş saniyeliliğine dokunulması, mağdurun ceketinin cebine el sokarak dokunulması, bilgisayarın kablolarını yerden almak için eğildiğinde kalkarken mağdurenin diz kapağından tutulması, elin dize koyularak on saniye kadar tutulduktan sonra birkaç kez dize vurma şeklinde dokunulması şeklindeki eylemlerinin devamlılık arz etmemesi, ani ve hareketler yönünden kesiklik göstermesi sebebiyle sarkıntılık niteliğinde olduğu yönünde: 14. CD 2017/1689 E., 2017/2514 K., 9.5.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2017-1689.htm>, 13.10.2017.

¹¹ Eylemin gerçekleştiği zaman ve yer şartları, öpülen bölge ve öpmenin tarzı ve faille mağdur arasındaki ilişki gibi hususlara göre değerlendirmenin fark edebileceği yönündeki İtalyan Yargıtay kararı için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 361.

¹² Nina Adelman, “Die Straflosigkeit des »Busengrapschens«”, **JURA - Juristische Ausbildung**, C.XXXI, No:1, Ocak 2010, s. 24 – 26.

¹³ Bundesgerichtshof Urt. v. 15.03.1989, Az.: 2 StR 662/88. Aynı yöndeki eyalet mahkemesi kararları: OLG Karlsruhe Urt. v. 6.6.2002, 1 Ss 13/02; OLG Hamm Urt. v. 27.11.2007 - 3 Ss 410/07; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.09.2015 - 1(8) Ss 654/14 - AK 249/14.

¹⁴ Cinsel saldırı fiilinin mağduru küçük düşürmek amacıyla işlenmesi durumunda hakaret suçunun da oluşacağı yönünde: 14. CD 2014/10300 E., 2017/4512 K., 5.10.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-10300.htm>, 15.12.2017.

Aksi halde hakaret suçu diğer suç tiplerini oluşturmayan fiillerin cezalandırılmasını sağlayan ve “ahlaka karşı suç” niteliğindeki bir “toplama düzenleme”ye dönüşecektir¹⁵.

Ayrıca işlenen fiilin doğrudan cinsel niteliğine bağlı olmaksızın başka suçlar bakımından tipik olması mümkündür. Örneğin cinsel amaçla veya saikle bir kişiyi izlemek hiçbir cinsel özbelirlenime karşı suça vücut vermezken bu fiil Alman CK m. 238’de düzenlenen takip suçunu oluşturacak¹⁶ ve yahut sadist yönde cinsel eğilimi olan kişinin bir başkasına vurması veya tırmalaması sonucu ceza hukuku anlamında cinsel eylemin varlığından söz edilemese de yaralama suçu oluşacaktır.

Özetle “önemlilik eşiği”nin altında kalan eylemlerin cezasızlığı kural cezalandırılması istisna halini almakta, bu noktada ilgili fiillere karşı meşru müdafaa hakkının kullanılmayıp kullanılmayacağı sorusu gündeme gelmekteydi. Her ne kadar meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için ceza hukuku bakımından tipik bir saldırının varlığı zorunlu olmayıp, objektif olarak hukuk düzeniyle ve yasal davranış normları ile çelişen bir haksız saldırının bulunması meşru müdafaa şartlarının oluşması için yeterli olsa da; söz konusu eylemlerin defi için Alman hukuk sisteminde meşru müdafaadan başka bir yol bulunmaması ve bu tip eylemlerden sakınmanın kişilerin kendilerine bırakılması eleştiri konusu olmaktadır¹⁷.

İşte bu eleştirilerin bir sonucu olarak Alman CK m. 184i düzenlemesi 10.11.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin getiriliş amacı ilgili cezalandırılabilirlik boşluğunu doldurmaktır. Düzenleme yalnızca kişinin üzerinde gerçekleşen cinsel eylemleri kapsamakta, m. 184h b. 1’de öngörülen önemlilik eşiğinin altında kalan cinsel eylemleri cezaya tabi kılmaktadır. Alman Federal Hükümetinin maddeye ilişkin yaptığı açıklama uyarınca m. 184i, Almanca “Grabscher-Fälle” olarak ifade edilen ve Türk Ceza Hukukunda günümüzdeki anlamıyla “sarkıntılık” teşkil eden fiiller için öngörülmüş yeni bir suç tipidir. Bu eylem türü failin bir şaşkınlık anından yararlandığında (mağduru gafil avladığında) oluşmakta, örneğin elbise üzerinden kısa ve taciz edici nitelikte dokunma şeklinde kendini göstermektedir. Suçun şikayete tabi kılınması ile soruşturma açılmasını

¹⁵ Adelman, **a.g.m.**, s. 25.

¹⁶ Joachim Renzikowski, **Münchener Kommentar zum StGB**, Münih, Verlag C.H. Beck, 2012, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. kn. 34.

¹⁷ Adelman, **a.g.m.**, s. 25 – 26.

gerektirecek bir fiil bulunup bulunmadığı kararı mağdura bırakılmış ve insan ilişkilerinin yersiz biçimde kriminalize edilmesinin önüne geçilmiştir^{18,19}.

B. Daha Fazla Ceza Öngörülen Nitelikli Haller

Cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller TCK'nın 103. maddesinin dört farklı fıkrasında düzenlenmiştir. Birinci fıkranın üçüncü cümlesinde mağdur çocuğun yaşının 12'den küçük olması; ikinci fıkrada vücuda organ veya sair bir cisim sokulması; üçüncü fıkrada suçun birden fazla kişi tarafından birlikte [a) bendi], insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanarak [b) bendi], üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından [c) bendi], vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından [d) bendi], kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak [e) bendi] işlenmesi; dördüncü fıkrada ise birinci fıkranın a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Madde kapsamındaki nitelikli haller genel olarak, cinsel istismarın gerçekleşmesini kolaylaştıran ve mağdur üzerinde önemli derecede daha ağır zararlar (fiziksel ya da psikik) doğuran veya doğurma potansiyeli barındıran (ebeveynin fail olması gibi) halleri daha ağır ceza ile yaptırımlandırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla fail ile mağdur arasında bir güç farkı, otorite, nüfuz oluşmasına sebep olacağı kabul edilen ilişkiler ve durumlar nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ancak bu ilişki ve durumların faili mutlak olarak güç, otorite veya nüfuz sahibi yapmayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada kanun koyucu üçüncü fıkradaki nitelikli haller bakımından bir ayrıma gitmiş; c) ve d) bendinde

¹⁸ Alman CK m. 184'i'yi de içeren kanun teklifine ilişkin Federal Hükümetin bilgi notu için bkz. (Çevrimiçi) <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/086/1808626.pdf>, 06.02.2017, s. 5 – 6.

¹⁹ Alman CK m. 184'i'yi de içeren kanun teklifi için bkz. (Çevrimiçi) <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808210.pdf>, 06.02.2017.

belirtilen ilişkilerin ilgili etkiyi barındırmama ihtimali göz önünde bulundurmazken, b) ve e) bentlerinde “kolaylıktan faydalanmak” ve “nüfuzu kötüye kullanmak” ifadelerini kullanarak nitelikli halin oluşumunu fazladan bir şarta tabi kılmıştır. Bu ayrımın isabetliliği tartışmaya açıktır. Kanun koyucu öngörmemiş olsa da c) ve d) bendi kapsamında olan kişilerin işlediği cinsel istismar suçlarında da, failin mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuz (otorite, hakimiyet, etki) ve bunu kötüye kullanıp kullanmadığı cezanın alt veya üst sınıra yaklaşması bakımından belirleyici olmalıdır. Örneğin kişinin aile birliği içinde yaşadığı üvey babası tarafından istismar edilmesi ile hiç görmemiş olduğu ve tanımadığı üvey babası tarafından istismar edilmesi arasında cezanın belirlenmesi açısından fark olmalıdır.

İkinci ve üçüncü grup nitelikli hallerin (üçüncü ve dördüncü fıkra) toplu olarak sayılarak karşılığında sabit bir artırım oranı öngörülmüş olması yerinde değildir. Aşağıda açıklanacağı üzere özellikle üçüncü fıkroda sayılan haller farklı yoğunlukta haksızlık içeriğine sahip olduğu gözetilmemiştir. Her ne kadar cinsel istismarın basit haline göre daha ağır nitelikte oldukları tartışmalı olmasa da, haksızlık içeriklerindeki yoğunluk farklılığının cezaya yansması zorunludur. Sözgelimi suçun failinin, çocuğun öz babası olması ile özel ders öğretmeni olması arasında bir fark olmak zorundadır. Ayrıca nasıl ki aynı suçun sayısız şekilde ve sayısız şartlarda işlenebileceği düşünülerek sabit ceza belirlemekten kaçınılmaktadır, nitelikli halin de çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği göz ardı edilmemelidir. Örneğin ilkökul öğrencisi bir çocuğun sınıf öğretmeni ile arasındaki ilişki, haftada bir saat müzik dersi aldığı kurs öğretmeni ile arasındaki ilişkiye nazaran güven ve nüfuz bağlamında çok daha üst bir seviyededir. Bunun farkın cezaya da yansması gerekir. Dolayısıyla nitelikli haller bakımından da sabit bir artırım oranı belirlemek yerine bir “oran aralığı” belirleyerek hakime farklı halleri cezaya yansıtmakta bir hareket alanı oluşturmak gerekmektedir. Mevcut halde, “Yaptırım” başlığı altında yapılacak açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, nitelikli hallerin artırım oranını veya temel cezayı etkileme olanağı bulunmamaktadır.

Alman Ceza Kanunu’na ilişkin 01.04.1998 tarihinde yürürlüğe giren reform yasası öncesinde nitelikli hal ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller TCK’da olduğu gibi cinsel istismar suçunu düzenleyen maddedeki fıkralarda öngörülmüştü. Çocukların ağır cinsel istismarı, 176. maddenin üçüncü fıkrasında örnekleme yoluyla

sayılan (Regelbeispiel) nitelikli hallerden ibaretken cinsel istismarın ölüm neticesiyle ağırlaştırılmış hali dördüncü fıkrada düzenlenmekteydi²⁰.

Mevcut durumda çocukların ağır cinsel istismarı, Alman CK'nın 176a maddesinde ayrı olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak düzenleme, ağır halin temel halin niteliğine (cürüm veya cünha) tabi olacağı kuralından bağımsız hale gelmiştir. 176a maddesi nitelikli suç tipleri ihtiva etmektedir. Bu nitelikli hallerin karşılığı olan cezaların alt sınırları kademeli olarak belirlenmiştir²¹. Öngörülen en düşük ceza alt sınırı bir yıl olmakla (1. fıkra), madde kapsamındaki tüm fiiller cürüm (Verbrechen) niteliğindedir. Bu sebeple Alman CK m. 23 f. 1'e göre cürümlerin tamamının teşebbüse tabi olması (Cünhalara teşebbüsün cezalandırılması için suç hükmünde özel düzenleme olması gerekir.) ve m. 30 uyarınca cürümlere iştirake teşebbüsün cezalandırılması gibi cürümlere özgü düzenlemelere tabidir.

Madde dahilinde temel suçun koruma çerçevesini aşan ve suçu daha ağır hale getiren birtakım zarar ve tehlikeler öngörülmüştür. Bu ağır haller bedensel bütünlük (f. 2 b. 3 ve f. 5), yaşam (f. 5) hakları, pornografik ürüne konu olmamaktaki yarar (f. 3) gibi korunmaya muhtaç ek hukuki değerler²² ve suçu önemli derecede daha ağır hale getiren işleniş biçimleri (f. 2 b. 1, 2) gözetilerek oluşturulmuştur.

Dikkat etmek gerekir ki ağır hal düzenlemelerinde yalnızca bir alt ceza sınırı belirlenmiştir. Dolayısıyla ağır hallerde üst ceza sınırı genel norm olan Alman CK m. 38 uyarınca on beş yıldır²³. Bunun yanında cezayı ağırlaştırıcı birden fazla neden bulunması halinde, bunlar arasında fikri içtima kuralları uygulanmaktadır²⁴. Dolayısıyla ölüm neticesi ortaya çıkmadığı sürece bir cinsel istismar fiilinin on beş yıldan yüksek bir cezayla yaptırımlandırılması mümkün olmamaktadır.

Çocukların cinsel istismarını düzenleyen Alman CK m. 176 dışındaki diğer cinsel istismar düzenlemelerinde ise nitelikli hal veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal öngörülmemiştir.

²⁰ Düzenlemenin geçirdiği aşamalara dair ayrıntılı açıklama için bkz. Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 9 – 11.

²¹ Martin Heger, **Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 176a kn. 1.

²² Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 1.

²³ Klaus Laubenthal, **Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2012, s. 182 kn. 457, s. 198 kn. 507, s. 201 kn. 515, s. 211 kn. 545.

²⁴ Heger, **a.g.e.**, s. § 176 kn. 6.

1. Suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi

TCK m. 103/2 c. 1’de, gerçekleştirilen cinsel davranışın “vücuda organ veya sair cisim sokulması” seviyesine ulaşması hali daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. İkinci cümlede ise nitelikli halin nitelikli hali niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmiş; birinci cümlede öngörülen nitelikli fiilin on iki yaşından küçük bir çocuğa karşı işlenmesi durumu için sekiz yıllık bir ceza alt sınırı kabul edilmiştir.

Alman CK m. 176a/2 b. 1’deki nitelikli cinsel istismar düzenlemesi TCK’dakinden formülasyon ve yaptırım bakımından farklıdır. Düzenlemeye göre “cinsel ilişki²⁵ ya da vücuda girme ile bağlantılı benzer cinsel eylemler” nitelikli hal oluşturmaktadır. Ayrıca suça konu olan cinsel eylemin on sekiz yaşın üzerindeki bir kişi ile bir çocuk (on dört yaşın altındaki bir kişi) arasında geçmesi gerekmektedir. Çocukla cinsel eylem gerçekleştiren kişinin on sekiz yaşın altında olması halinde – cinsel ilişki gerçekleşse dahi – m. 176a kapsamında değil m. 176’daki cinsel istismarın basit hali kapsamında değerlendirme yapılmaktadır. M. 176/1 veya 2’ye uygun bir fiil kapsamında (gerçekleştirme, gerçekleştirtme, gerçekleştirmeye karar verdirme) cinsel ilişki ya da vücuda girme ile bağlantılı bir cinsel eylem gerçekleştiğinde ceza alt sınırı iki yıl olmaktadır.

a) Sokma

Kanun koyucu, fiilin işleniş biçimi hakkında özel bir düzenlemeye yer vermiş, fiilin “sokma” seviyesinde olmasını daha yüksek bir ceza aralığına tabi kılmıştır. Bu sebeple ikinci fıkradaki nitelikli halin, fiile dair yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi zorunludur. Böylece basit cinsel istismar suçu bakımından ortaya çıkan sorunlar nitelikli cinsel istismar bakımından da geçerli olmaktadır.

²⁵ Cinsel ilişkinin vajinal birleşmeyi ifade ettiği ve penisin, vajinanın ön kısmına girmesiyle oluştuğu yönünde: BGH, Urt. vom 25. Oktober 2000 - 2 StR 242/00 - LG Bad Kreuznach.

Vücuda sokma, vücudun tensel sınırlarını aşarak vücuda dahil etme anlamındadır²⁶. Alman Ceza Hukukunda özellikle cinsel ilişkinin olduğu anın tespiti tartışma konusu olmaktadır. *Eisele*'ye göre yargısal içtihadın aksine vajinanın giriş bölümüne (Scheidenvorhof) sokma henüz cinsel ilişki teşkil etmez; bu tip dışsal genital bölge ve de vajinanın giriş bölümünde gerçekleşen temaslar m. 176/3 (özel olarak ağır hal) çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ancak baskın görüşe göre cinsel ilişkinin gerçekleştiğinin söylenmesi için, yalnızca vajinanın üstüne koyulması yeterli olmasa da uyarılmış erkeklik organının vajinanın giriş bölümüne sokulmuş olması yeterlidir²⁷. Ayrıca cinsel ilişki gerçekleşmemiş olsa bile bu tür bir eylemin cinsel ilişki ile bağlantılı benzer bir eylem olarak kabul edilmesi ihtimali yüksektir.

Yaptığı hareket ile "girmeyi sağlayan" kişi nitelikli hal bakımından fail olabilmektedir²⁸. Dolayısıyla failin erkek olması zorunlu olmayıp, sözgelimi bir erkek çocuğun penisini vajinasına yerleştiren kadın da fail olabilmektedir²⁹. Buna karşın çocuğun inisiyatifi ve aktif hareketi ile gerçekleşen sokma eylemlerinde, suçun basit halindeki tartışma nitelikli halinde de yapılabilecektir. Suçun temel şeklinde olduğu gibi, nitelikli halinde de şartları oluşması halinde "sokturan" kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğuna gidilebilecektir³⁰.

İki çocuk arasında gerçekleşen nitelikli cinsel eylemler bakımından ise "girme" bakımından aktif hareketi gerçekleştiren çocuğun fail sayılması gibi bir sonuç çıkarılabilmektedir. Oysaki bu sorun, fıkraya "sokturma" veya "sokmasını sağlama" gibi bir seçimlik hareket eklenmesiyle kolayca çözülebilir. Halihazırdaki belirsizlik, uygulamada bazı vahim yorumlara yol açabilmektedir. Öyle ki iki erkek çocuk arasında geçen olayda, penisi diğerinin anüsüne giren çocuğun fail olduğunu kabul eden mahkeme kararlarına rastlamak dahi mümkün olmaktadır³¹. Yine failin,

²⁶ Organ ya da cismin vücuda ne kadar girmiş olduğu önemli değildir. Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 328.

²⁷ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 2; Theo Ziegler, **Beck'scher Online Kommentar StGB**, 31. Edition, 01.06.2016, § 176a kn. 10.

²⁸ Kural olarak fail tarafından mağdurun vücuduna organ veya herhangi bir cisim sokulmasının söz konusu olduğuna dair: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 322.

²⁹ Bu durumda kadının dolaylı fail olacağı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 370.

³⁰ Kendi vücuduna organ veya sair cisim sokturan kişinin basit cinsel istismar suçundan sorumlu olacağı yönünde: Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 321.

³¹ Olay ikinci gruba dahil iki çocuk arasında rıza dahilinde gerçekleştiği için reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hüküm için bkz. 14. CD, 2012/13961 E., 2013/467 K., 24.01.2013 T. İlgili açıklama ve karar için bkz. Mehmet Nihat Kanbur, "6545 Sayılı Kanun

mağdurun cinsel organını kendi cinsel organına sokturması durumunda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmayacağı ve failin basit cinsel istismar suçundan cezalandırılacağı yönünde Yargıtay kararları bulunmaktadır³².

Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise penetre edenin fail ya da mağdur olmasının nitelikli halin oluşumunda bir etkisi bulunmadığını kabul etmektedir³³. Buna karşın oral ilişkide penetre edenin mağdur olduğu hallerde nitelikli halin oluşmayacağı yönünde eski tarihli yargı kararları da bulunmaktadır³⁴. Böyle bir kararda oral ilişkide hangi tarafın aktif olduğuna göre değerlendirmenin farklılık göstereceği; mağdur çocuğun failin penisini ağzına alması veya menisini yutmasının, failin onun genital bölgelerini yalamasından daha ağır olduğunu belirtilmiştir³⁵. Alman doktrininde de vücuda girme ile bağlantılı cinsel ilişki benzeri fiiller bakımından benzer bir yorum bulunmaktadır³⁶.

b) “Vücut” ve “organ ya da sair bir cisim” ifadeleri

Fiilin nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi için, hangi organ veya cismin söz konusu olması gerektiği kanunda sayılmamıştır. Dolayısıyla sokulanın penis, parmak veya dil gibi bir organ veya herhangi bir cisim olması nitelikli halin oluşumu bakımından fark yaratmamaktadır. Bu durum, organ sokmanın cisme göre daha yüksek cezaya tabi olması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁷. Eleştiri, failin orgazma ulaştığı bir cinsel ilişki ile mağdurun vajinasına ufak bir cismin sokulması eylemleri karşılaştırıldığında haklı gözükmektedir. Oysaki sokma eyleminin haksızlık içeriği bakımından sokulanın organ veya cisim olmasından başka hususlar da

Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), C. XVI**, 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 4151.

³² 14. CD, 2013/7470 E., 2013/10266 K., 8.10.2013 T., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-7470.htm>, 18.12.2016.

³³ BGH, Urteil vom 16. 6. 1999 - 2 StR 28–99 (LG Köln).

³⁴ LG Oldenburg, Urteil vom 17. 3. 1999 - 6 KLS 95–98.

³⁵ BGH, Urteil vom 31.07.1996 - 3 StR 309/96 (LG Chemnitz).

³⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 22.

³⁷ Organ sokma ile cisim sokmada yaptırım farkı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli**, s. 149.

belirleyicidir. Örneğin mağdurun vajinasına parmağın bir kez sokulması ile büyük bir cismin defalarca ve uzun süre sokulması karşılaştırıldığında, organ sokma fiili cisim sokma fiilinden daha düşük bir haksızlık içeriği gösterecektir. Buna karşın suç tipinin cinsel temas üzerine kurulu olmasından ve cinsel temasın üst aşamasına daha ağır ceza sonucu bağlanmasından yola çıkarak; cinsel temasın en üst seviyesi olan cinsel birleşme hali (vajinal veya anal) oluştuğunda üst sınıra yaklaşılmaması gerektiği söylenebilir. Nitekim eski TCK döneminde bu düşünce ile yalnızca cinsel uzvun duhulü nitelikli hal olarak düzenlenmişti.

Bu noktada cisim sözcüğünün muhteviyatına dair bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Eski sözlüklere göre cisim, maddenin biçim almış halidir³⁸. Güncel sözlüklere göre ise bir şeyin cisim olarak kabul edilmesi için sadece boşlukta yer doldurması, kütlesi ve ağırlığı olması, duyuyla algılanabilir ve elle tutulabilir olması gerekmektedir³⁹. Birinci tanıma göre cismin katı halde olması gerektiği anlaşılmakta, diğer tanıma göre ise maddenin hangi halde olduğu fark yaratmamaktadır. Bu bakımdan ikinci tanımın esas alınması yerinde olacaktır. Zira önemli olan ilgili şeyin hangi halde olduğu değil, bu şeyin bedensel sınırları aşmış olmasıdır. Sözelimi erkek failin “sokma” eylemine vücut verecek başka bir hareketi olmayıp sadece spermini mağdurun ağızına boşaltması durumu nitelikli hali oluşturmalıdır⁴⁰.

Yalnızca spermin ağıza boşaltılması eylemine ilişkin Alman Ceza Hukukunda ciddi değerlendirmeler yapılmaktadır. Yargı içtihatlarına göre bu durumda da nitelikli hal oluşmaktadır⁴¹. *Eisele* de oral penetrasyon olmaksızın boşalma yoluyla spermin mağdurun ağızının içine ulaşmasının hem önemlilik eşiğini aşan hem de metnin lafzına uygun bir fiil teşkil ettiğini savunmaktadır⁴². Ayrıca Alman Ceza Hukukundaki hakim görüş, vücuduna organ ya da cisim giren kişinin fail ya da mağdur olmasının eşdeğer olduğu yönündedir. Bu görüş takip edildiğinde, mağdurun sperminin veya vajinal sıvısının failin ağızının içine ulaştırılması halinde de nitelikli halin

³⁸ **Türkçe Sözlük**, 7. bsk., 1983, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s. 213. **Türkçe Sözlük**, C.I, 1988, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s. 262.

³⁹ (Çevrimiçi) <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>, 19.11.2016; (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 19.11.2016.

⁴⁰ Cismin katı ya da sıvı olmasının önem taşımadığı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 326; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 371.

⁴¹ Düzenlemenin ne tarihsel ne de amaçsal yorumuyla, nitelikli halin yalnızca katı cisimler bakımından geçerli olduğu sonucuna ulaşılabileceğine ilişkin karar için bkz. BGH 2 StR 383/08 - Beschluss vom 19. Dezember 2008 (LG Gera), (BGHSt 53, 118).

⁴² Jörg Eisele, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, § 176a kn. 8a.

gerçekleştiğinin söylenmesi gerekecektir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi mağdurun failin ağzının içine işediği olayda vücuda girmeye bağlantılı cinsel ilişki benzeri bir fiil bulunduğu – nitelikli halin oluştuğu – sonucuna varmıştır⁴³. Mağdura temas etmekle, mağdurun temas ettirilmesini eşdeğer tutan Alman düzenlemesinin tutarlı uygulanması bakımından bu durumda da nitelikli hali kabul etmek gerektiği savunulabilir. Ancak mağdurun vücut sıvısının failin vücut boşluğuna girmesinin, mağdur bakımından fazladan ve üst düzey bir bedensel teması sonuçlamadığından hareketle nitelikli halin gerçekleşmediği de kabul edilebilir.

Organ veya cismin bir vücut boşluğuna sokulması gerektiği anlaşılma birlikte hangi vücut boşluğuna sokulduğunda nitelikli hale uygun bir fiilin bulunacağı konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada, vajina veya anüs söz konusu olduğu takdirde nitelikli cinsel istismardan söz edileceği kabul edilmekte; kulak ve burun delikleri ise suçun oluşumu bakımından elverişsiz bulunmaktadır⁴⁴. Bu bakış açısı insan cinselliği çerçevesinde düşünüldüğünde yerinde gözükmemektedir. Fiil esnasında vajinal veya anal yoldan organ veya cisim sokulmasıyla cinsel eylemin üst seviyeye geçtiği söylenebilecekken; sözgelimi kulağa parmak sokulması ya da burna kalem sokulması cinsel eylemin seviyesini etkileyen bir hareket olmayacak, korunan hukuki değere verilen zararda bir artış yaratmayacaktır.

Buna karşın ağız ile ilgili genel ve kesin bir belirleme yapmak mümkün olmamaktadır⁴⁵. Yalnızca penisin ağza sokulması eyleminin nitelikli hale uygun olduğu konusunda fikir birliği mevcuttur. Kadın cinsel organına dudak, diş veya dille temas edildiğinde ise kanundaki sokma şartı gerçekleşmemektedir; oysaki bu iki eylem oral seksin eşdeğer görünümüdür. Yine göğüs, dil veya parmağa yönelik sokma şartını gerçekleştiren eylemlerin değerlendirilmesi sorun teşkil etmektedir. Bilhassa göğüs ve dil söz konusu olduğunda eylem kural olarak cinsel nitelik arz edecek, tipikliğin tüm unsurlarını bünyesinde barındırması sebebiyle nitelikli cinsel

⁴³ BGH, Urt. v. 9.7.2014 – 2 StR 13/14 (LG Aachen).

⁴⁴ Penisin göğüslerin arasına, parmakların arasına, kulağın içine sokulmasını vücuda organ sokma olduğu yönünde: Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 323. Vücudun organ veya cisim sokmaya elverişli tüm boşluklarının bu kapsamda olduğu yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 371. Dilin ağza sokulması, parmağın kulağa, göğüslerin veya parmakların arasına sokulmasının nitelikli hal oluşturmayacağı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, 327.

⁴⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 371.

istismar oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak bu eylemler ile nitelikli halin odak noktası olan cinsel birleşme arasında çok büyük bir seviye farkı vardır. Dolayısıyla bu eylemler arasında bir ayırım yapılmasını sağlayacak şekilde nitelikli halin yeniden düzenlenmesi düşünülebilir.

Alman Ceza Hukukunda; kanunda yer verilen “cinsel ilişki benzeri” ifadesi, nitelikli hal için yapılacak önemlilik değerlendirmesinde bir kıstas olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda gerçekleştirilen eylemlerin fail ya da mağdurun genital bölgeleriyle alakası olması gerektiği açıktır ki eylemin cinsel ilişki ile benzerliğinden söz edilebilir.

Bu çerçevede penis ile gerçekleştirilen anal ve oral penetrasyonun cinsel ilişki benzeri olmakla nitelikli hali oluşturacağı açıktır. Penis dışında bir organın veya sair bir cismin vücut boşluklarından birine sokulması durumunda, gerekli önemlilik eşiğinin geçilip geçilmediğinin somut olayda araştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶. Örneğin taraflardan birinin dilini diğerinin ağzının içine sokmasıyla gerçekleşen “Fransız öpücüğü” tek başına bu bendin uygulanması için yeterli olmazken⁴⁷ parmağın vajina ya da anüse sokulması bendin kapsamına girecektir⁴⁸. Doktrinde ağza penis dışında bir organın veya sair cismin sokulmasının cinsel ilişkiye denk gelebilecek önemde bir fiil teşkil etmediği yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁴⁹. *Frommle* göre ise Fransız öpücüğü dahi nitelikli hali oluşturabilecek, bu durumda yalnızca fiilin m. 176a/4 uyarınca “daha az ağır hal” teşkil edip etmediği tartışılabilir⁵⁰. Yine “vücuda girmek”ten bahsedildiğinden penetrasyonun varlığı zorunlu olduğu sözgelimi mağdurun dudağı ile failin penisine değmesi halinde nitelikli halin oluşmayacağı kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁶ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 8a.

⁴⁷ BGHSt 56, 223 / 224.

⁴⁸ Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 12.

⁴⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 22.

⁵⁰ Monika Frommel, **Nomos Kommentar - Strafgesetzbuch, Band 2**, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, § 176a kn. 11.

⁵¹ BGH, Beschluß vom 14. 9. 1999 - 4 StR 381/99 (LG Rostock); BGH, Beschluß vom 19. 12. 2008 - 2 StR 383/08 (LG Gera).

2. 2. grup nitelikli haller

Maddenin üçüncü fıkrasında failerin sayısı, suçun işlendiği yer, fail ile mağdur arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak beş farklı nitelikli hal sayılmıştır. Fıkarda yer verilen nitelikli hallerin tamamının suçun haksızlık içeriğini aynı ve sabit bir oranda artıracağı düşünülerek kanun koyucu tarafından eş tutulmuştur. Bu hallerden herhangi biri, herhangi bir şekilde gerçekleştiğinde ceza yarı oranında artırılmaktadır.

a) Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi

Fail sayısının çokluğu; mağdurun karşı koyma imkanını kısıtlamasının yanında çocuğun cinsel gelişimi için daha yüksek bir tehlike potansiyeli barındırmasıyla fiilin haksızlık içeriğinin artmasına neden olur. Zira birden fazla kişinin ortak cinsel isteği karşısında çocuk, bu kişilerin arzuları ve üstünlüğünün salt bir nesnesi olduğunu hissedecektir⁵².

Bu sebeple, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, a) bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁵³. Bu şart, "Faillik" başlıklı TCK m. 37'nin müşterek failliği tanımlayan ilk fıkrasındaki "Suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri" ifadesi ile örtüşmektedir. Dolayısıyla nitelikli hal, müşterek faillik ile paralel yorumlanmalıdır. Nitekim 102. maddedeki ilgili hal gerekçede, "*suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesi*" şeklinde açıklanmıştır. Nitelikli hal ile müşterek faillik arasında böyle bir bağ kurulması; azmettirme ve yardım etme görünümünde ortaya çıkan iştirak statülerinin dışlanması bakımından önem arz etmektedir⁵⁴.

Alman CK m. 176a f. 2 b. 2'de de fiilin birden fazla kişi tarafından ortaklaşa işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür ve bu düzenlemenin müşterek failliği

⁵² Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 9; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 4.

⁵³ "Birden fazla kişiler tarafından birlikte işleme", 765 sayılı TCK'nın 417. maddesinde de nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi.

⁵⁴ Pınar Memiş Kartal, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 197.

işaret ettiği hususunda fikir birliği oluşmuştur. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihadı uyarınca failerin aynı hedef yönünde hareket ediyor olması ve mağdur üzerinde birlikte fiziksel ya da psişik etkide bulunması yeterli görülmektedir⁵⁵.

Müşterek failliğin temel olarak iki şartı bulunmaktadır. Bunlar; birden fazla kişinin tipik fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması ve birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır⁵⁶. Tipik fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulduğundan bahsedilmesi için her failin, suçun tüm unsurlarını bizzat gerçekleştirmesi gerekli değildir. Belirleyici olan her bir failin suça katkısının kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olması⁵⁷ ve bu etki olmaksızın suçun tamamlanmaması tehlikesinin doğacak olmasıdır⁵⁸. Cinsel istismar suçu için somutlaştırılacak olursa; çocukla bir başkasının cinsel ilişkiye girmesini sağlamak için mağdurun kollarını tutan veya çocuğu parka götüreceğini söyleyerek kandırıp tipik fiili gerçekleştirecek olan kişinin bulunduğu daireye götüren kişi müşterek fail sıfatını kazanacaktır⁵⁹.

Çok hareketli suçlarda müşterek failliğin oluştuğunun tespiti görece daha kolay olmakta, suçun oluşması için yapılması gereken hareketlerden birini gerçekleştirmek faillik sıfatını kazanmak için yeterli olmaktadır⁶⁰. Cinsel istismar suçu kural olarak birden çok hareketli suç olmasa da ikinci grup çocuklara karşı işlenen tipik fiiller, cinsel eylem haricinde “cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir neden” teşkil eden bir hareket içermektedir. Dolayısıyla bahsi geçen kural cinsel istismar suçu bakımından da yol gösterici olmalı; madde metninde yer verilen “cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir neden”i gerçekleştiren kişi müşterek fail sayılmalıdır. Ancak çocuk üzerinde etkide bulunan kişiyle cinsel eylemi gerçekleştiren kişinin birlikte suç işleme kararına ve cinsel istismar suçunun geneli üzerinde fiil hakimiyetine sahip olmasına dikkat edilmelidir. Bu sınavın yapılması bilhassa cebir ve tehdit bulunmaksızın çocuğun cinsel eyleme ikna edildiği durumlarda önemlidir.

⁵⁵ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 9; Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 13; BGH, Urt. v. 10. 10. 2013 – 4 StR 258/13 (LG Essen).

⁵⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s. 635.

⁵⁷ Mağdurların aynı ya da farklı olmasının değil, suçun işlenmesinin kolaylaşmasının önemli olduğu yönünde: Özbek, **a.g.e.**, 2016, s. 358.

⁵⁸ İzzet Özgenç, **Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ağustos 2015, s. 489.

⁵⁹ Cebir kullanılması, tehdit edilmesi, mağdurun üzerine kapı kitlenmesi veya gözcülük yapılmasının “suçun birlikte işlenmesi” olarak kabul edileceği yönünde: Özbek, vd. **a.g.e.**, s. 353.

⁶⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s. 637 – 638.

Müşterek faillerin birlikte suç işleme kararını açık veya zımni bir şekilde vermesi mümkündür. Başkasının cinsel istismar suçunu işleyeceğini veya işlemekte olduğunu anlayan kişinin herhangi bir sözel anlaşma olmaksızın bu suça katılması mümkündür⁶¹. Örneğin bir çocukla zorla cinsel ilişkiye girmeye çalıştığını gördüğü kişinin tipik fiili işlemesini kolaylaştırmak için mağdurun direncini kırmaya yönelik hareketlerde bulunan kişi müşterek fail sıfatını kazanır. Buna karşılık başkasının gerçekleştirdiği suçun, mağdurun direncini kırmasından faydalanarak ilk failin ardından cinsel eylemlerde bulunan kişi müstakil fail olacaktır.

İki kişiden birinin taksirle hareket etmesi, örneğin birlikte cinsel eylem gerçekleştirdikleri kişinin çocuk yaşta olduğunu bilmemesi, halinde müşterek failliğin teorik temelinden ayrılma ihtiyacı hasıl olmaktadır. Zira müşterek faillik kurumu, tipik fiili bizzat gerçekleştirmeyen kişilerin fail statüsünde kabul edilmesini sağlamaya yöneliktir. Fail sayısına dair nitelikli halde ise önemli olan, failin suçu tek başına işlememesinin mağdur üzerinde yarattığı direnç kırıcı ve manen zarar verici etkidir. Dolayısıyla hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilecek olan kişinin suçu tek başına işlemiyor ve taksirli olan diğer kişinin suça müşterek fail derecesinde katkı sunuyor oluşu nitelikli halin varlığı için yeterli sayılmalıdır. Kastı kaldıran yanılmanın yanı sıra, hukuka uygunluk sebepleri ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran tüm haller bakımından bu yorum takip edilmelidir. Yine suç ortağından ziyade araç olarak kullanılan bir ikinci kişinin varlığını gerektiren dolaylı faillik durumunda nitelikli halin oluşması mümkündür. Ancak bu, dolaylı failin araç olarak kullandığı şahısla beraber işlediği bir ortaklaşa fiilin bulunmasıyla sınırlıdır.

b) Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi

Maddenin b) bendinde “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle”

⁶¹ Anlaşmanın sözlü veya yazılı olmak zorunda olmadığı, suç işleme kararının ani bir birleşme sonucu da gerçekleşebileceği yönünde: **A.e.**, s. 640.

suçun işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu hal bakımından öncelikle “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortam” ifadesinin anlamı ve kapsamı, sonra bu ortamın sağladığı kolaylıktan ne şekilde yararlanılacağı belirlenmelidir.

b) bendi üçüncü fıkraya, 6545 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Kanunun gerekçesinde bahsi geçen ortamın yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlere karşılık geldiği ifade edilmiştir⁶². Madde metninde, kastedilen yerler sayma usulüyle gösterilmemiş olsa da yaşamaktan bahsediliyor oluşu işyeri, okul ve kurs, sinema ve tiyatro salonu, stadyum, park, elektronik oyun salonu, ulaşım aracı, sokak vb. yerlerin nitelikli halin haricinde bırakılmaktadır. Zira yaşamak; oturmak, ikamet etmek anlamındadır ve ilgili yerde günlük hayatının büyük kısmını geçirmekten çok yatıp kalkmayı gerektirmektedir⁶³. Ancak toplu olarak bir arada bulunma şartı sebebiyle standart bir konut kapsam dışında kalmaktadır. Sonuç olarak gerekçe ile paralel bir yorum ile somut olayın geçtiği mekanın nitelikli hal kapsamında olup olmadığını belirlemek uygun olacaktır.

Gerekçede sayılanlara ek olarak mülteciler veya afetzedeler için kurulan çadır kentler ya da bir süre için topluca barınılması gereken spor salonu veya misafirhane gibi yerler örnek verilebilir. Otel benzeri konaklama tesisleri bakımından ise kural olarak insanların korunaklı bir özel alana sahip olması sebebiyle topluca yaşanan ortam şartının oluşmayacaktır. Buna karşın ortak yaşam alanlarının yoğunluğuna göre konaklama imkanı sağlayan yerler de nitelikli hal kapsamına girebilecektir. Yine çalışanların birlikte kaldıkları işyerleri de nitelikli hali oluşturabilir. Yararlanmaya dair değerlendirme, ortamın, suçun işlenmesini kolaylaştırmak bakımından elverişliliği çerçevesinde yapılacaktır.

Son olarak ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanıldığından bahsedilmesi için mağdur ve failin bu ortamda bulunması gerektiği açıktır. Ortamın suçun işlenişini kolaylaştırıyor olması için, mağdurun ilgili ortamda yaşıyor olması zorunludur. Ancak failin de orada yaşıyor olması aranmamalı, mağdurun yaşadığı yerde çalışan veya

⁶² Benzer şekilde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 313. Aynı nitelikli halin 102. maddeye de eklenmesini öngören maddenin gerekçesi de paraleldir.

⁶³ Sürekli ve fiili olarak birlikte yaşama halleriyle sınırlı bir yorum yapmanın gerektiği yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 333.

başka bir sebeple orada bulunan bir failin de nitelikli hal kapsamına gireceği kabul edilmelidir.

c) Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin özellik gösterdiği nitelikli haller

3. fıkranın c), d) ve e) bentlerinde mağdurla fail arasındaki ilişkinin güç, otorite, nüfuz gibi bakımlardan özellik gösterdiği haller düzenlenmiştir. Kanun koyucu, suçun maddi unsurlarından fail ve mağdura ilişkin suçun özel bir görünümünü nitelikli hal olarak belirlemiştir.

Sayılan bentlerdeki nitelikli hallerin yalnızca ilişkinin başlangıcı ile bitişi arasındaki zamanda ve kişilerin ilişkiye uygun bir şekilde bir araya geldiği anlarda geçerli olacağı kabul edilemeyeceğini belirtmek zorunludur^{64,65}. Zira her ilişkinin mağdur üzerinde yarattığı etkinin kapsamı farklı olacaktır. Tek seferlik bir tedavi için bir araya gelen hasta ile doktor için uygun olan kabul, öğrenci ile sınıf öğretmeni bakımından yanlış sonuçlar doğurabilir. Sonuç olarak kişilerin tipik ilişkiye uygun biçimde bir araya geldiği anlarda nitelikli hal mutlak olarak geçerlidir. Bu anlar dışında ve ilişkinin sona erdikten sonraki fiiller bakımından somut olay bazında değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme tarafından nüfuzun artık bulunmadığı, ilişkinin – hükmün amacına – uygun bir seviyede suçun işlenmesinde kolaylık sağlamadığı tespit edildiğinde, eski ilişkinin nitelikli hale vücut verdiği kabul edilmelidir. Aksi durumda ise nitelikli halin bulunduğu değerlendirilmelidir. İlişki türleri kapsamındaki ayrıntılı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki nitelikli hal olarak kabul edilen ilişkilerin, çocuğun rızası üzerindeki etkisi yargılama esnasında özel olarak dikkate alınmalıdır. 15 – 18 yaş aralığındaki çocuğun, bir yabancıyla cinsel talepleri ile üzerinde otorite

⁶⁴ Suç, ilişki sürerken ancak ilişkinin faal olmadığı bir anda (dersler bittikten sonra) işlenirse nitelikli halin bulunduğu ancak ilişki bittikten sonra bulunmadığı yönünde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 314. Eski öğretmenin, bakıcının ve biten bir hizmet sözleşmesinde nüfuz sahibi olanın nitelikli hale tabi olmadığı yönünde: Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 192, 193, 196.

⁶⁵ Aynı yönde: Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 527. Yargıtayın görüşünün aksi yönde olup faaliyetin bilfiil devam ettiği esnada suçun işlenmesinin arandığı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, 2016, **a.g.e.**, s. 394.

sahibi olan bir yakınının talepleri karşısındaki algılama ve irade yeteneğinin aynı olamayacağı, söz konusu yakını olduğunda iradesini oluştursa bile bunu sağlıklı biçimde ortaya koyamayacağı açıktır. Aynı zamanda güven ilişkisi teşkil eden bir bağ bulunması halinde çocuğun, söylenenlerin doğru olduğunu düşünme ve istekleri yerine getirme eğiliminin daha fazla olacağı göz ardı edilmemelidir. Somut değerlendirmede bu yorumun, mevcut ilişkinin çocuğun iradesini etkilediğinden bahisle “iradeyi etkileyen neden” temelinde yapılması mümkündür⁶⁶. Dahası, çocuğun algılama yeteneğine dair değerlendirmenin somut olay çerçevesinde yapılacağından hareketle; sözgelimi başka şartlarda algılama yeteneğinin olduğu söylenebilecek bir çocuğun “babasının cinsel eylemlerinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” değerlendirilerek çocuğun algılama yeteneğinin bulunmadığını söylemek mümkündür.

Alman kanun koyucusu fail ile çocuk arasındaki akrabalık ilişkisini nitelikli hal olarak düzenlememiştir. Buna karşın m. 176/3 bağlamında bu durumun ağırlaştırıcı neden sayılabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁶⁷.

TCK m. 103'ün üçüncü fıkrasının c), d) ve e) bendindeki nitelikli hal düzenlemelerinin fiktisel karşılığı Alman CK m. 174'teki “himaye altındaki kişinin cinsel istismarı suçu” düzenlemesidir. Maddenin birinci fıkrası; fiilin şahsi ve nesnel özelliklerine göre, yaşı ve bağımlılık derecesi gereği ayrı korumaya tabi olması gereken üç farklı korunmaya muhtaç gruba ayrılır⁶⁸. Birinci fıkranın birinci bendi açısından eğitim, öğretim veya rehberlik ilişkisinin varlığı yeterlidir. Zira kanun, bu ilişkinin varlığı halinde on altı yaşın altındaki küçükler ile gerçekleştirilen cinsel temasların tamamını istismar saymaktadır⁶⁹. İkinci bent açısından ilgili ilişkinin istismar edilmesi ve bunun sonucunda on sekiz yaşın altındaki mağdurun kendi üzerinde veya üçüncü bir kişiyle cinsel eylemler gerçekleştirilmesi aranmaktadır⁷⁰. Bu ilişki birinci bentte sayılan türlerden biri olabileceği gibi hizmet veya iş ilişkisi niteliğinde de olabilmektedir. Failin mağdura şiddet veya baskı uygulaması gerekli

⁶⁶ Bir görüşe göre ise bu durumda, çocuğun üzerinde nüfuzu olanların “manevi cebri” söz konusudur. **Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli**, s. 142

⁶⁷ Eisele, **a.g.e.**, §176 kn. 29.

⁶⁸ Heger, **a.g.e.**, § 174 kn. 2.

⁶⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 24; Ziegler, **a.g.e.**, § 174 kn. 11.

⁷⁰ Karl Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1983, s. 682.

olmamakla birlikte, onun itaat etmesini sağlamak için otoritesini ve üstünlüğünü mağdurun fark edebileceği biçimde kullanmış olması zorunludur⁷¹. Kaldı ki failin otoritesini değil fiziksel üstünlüğünü kullandığı bir fiilde m. 174 anlamında bir istismar niteliği bulunmayacaktır⁷². Üçüncü bent ise altsoya yönelik dar bir ensest yasağı teşkil etmektedir. “Altsoy” ifadesi; tüm çocuk, torun, torun çocukları ve devamını kapsamaktadır. O kadar ki evlat edinme yoluyla altsoy haline gelen kişiler de üçüncü bendin koruması altındadır⁷³. Böyle bir hukuki bağın bulunmadığı durumlarda ise çocuğun ebeveyni ile evlilik benzeri bir birliktelik içinde olan kişi fail sıfatını kazanabilmektedir.

Alman CK m. 174/2'deki düzenleme; yetişkin kişi ile küçük arasında somut bir altlık üstlük ilişkisi bulunmaksızın, sadece bunların küçüklerin himaye edildiği bir kuruma bağlı olmalarını kapsamaktadır⁷⁴. Bu fıkra ile, düzenleme gerekçesinde belirtildiği üzere; aslında küçüğün ne sınıf ne de branş öğretmeni olan ve sadece ders doldurma için küçüğün dersine giren öğretmenin himaye eden (hami) sıfatını haiz olmayıp 174. madde uyarınca cezalandırılmaması⁷⁵ gibi durumların önüne geçilmek istenmiştir.

Üçüncü fıkra ile mağdur fail önünde cinsel eylemler gerçekleştirmeye karar verdirilmesi ve failin mağdur önünde cinsel eylemler gerçekleştirmesi düzenlenmiştir. Fıkraya uygun fiilin oluşması için ilk iki fıkranın bedensel temas haricindeki şartlarının gerçekleşmesi, eylemin madde 184h bent 2'deki cinsel eylem tanımına uygun olması (başkasının önünde cinsel eylem) ve failde cinsel uyarım amacının bulunması gerekmektedir⁷⁶. Fıkra metninde genel olarak “fıkra 1 ve 2'deki koşullar altında” ifadesi kullanıldığından birinci fıkranın ikinci bendi bakımından ilişkinin istismar edilmesi şartı üçüncü fıkra kapsamında da aranmaktadır⁷⁷. Mağdur ile failin fiilen aynı mekanda bulunmaması halinde “canlı yayın” yoluyla bu bendin gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bunun için failin doğrudan orada bulunsa sahip olacağı kadar etki etme olanağına sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.

⁷¹ Eisele, **a.g.e.**, § 174 kn. 14; Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 4.

⁷² Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 31.

⁷³ Ziegler, **a.g.e.**, § 174 kn. 9.

⁷⁴ Ziegler, **a.g.e.**, § 174 kn. 9a – 9a1.

⁷⁵ BGH, Beschluss vom 25. 4. 2012 - 4 StR 74/12 (LG Bochum).

⁷⁶ Haft, **a.g.e.**, 57

⁷⁷ Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 22.

(1)Hısımlık veya evlatlık ilişkisi

c) bendinin ensest ilişkilere yönelik bir nitelikli hal düzenlemesi olduğu söylenebilir⁷⁸. Suçun üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımları, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi, suçun maddi unsurların fail bakımından nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Sayılan ilişkilerin kapsamının belirlenmesi için Türk Medeni Kanunu'na başvurulması zorunludur. TMK'da "üvey"liğe dair kesin bir tanım olmasa da; üvey baba çocuğun öz annesi ile evlenmiş olan kişi, üvey anne çocuğun öz babası ile evlenmiş olan kişi, üvey kardeş ise bu kişinin öz çocuğudur⁷⁹. Kan hısımlığı, üstsoy-altsoy hısımlığı ya da yansoy hısımlığı görünümünde olabilir. Mağdur; failin oğlu, torunu veya torununun oğlu olduğunda fail ile mağdur arasında üçüncü dereceye kadar üstsoy-altsoy hısımlığı bulunur⁸⁰. Kardeşler birbirinin ikinci dereceden yansoyu sayıldığından, nitelikli hal kapsamına en çok yeğene (3. dereceden yansoy hısımları) karşı gerçekleştirilen cinsel eylemler girmekte, kuzenler arasındaki eylemler ve yeğenin altsoyuna yönelik eylemler kapsam dışında kalmaktadır⁸¹. Eşin üçüncü dereceye kadarki kan hısımları ise fail bakımından aynı dereceden kayın hısımlarıdır ve kayın hısımlığı evliliğin bitmesiyle ortadan kalkmamaktadır⁸². Evlatlık ilişkisi ise TMK hükümlerine (m. 305 vd.) uygun olarak evlat edinme işlemini gerçekleştirmek suretiyle kurulur.

Nasıl ki evlatlıktan ret veya mirastan yoksun bırakma gibi işlemlerle kan hısımlığı ve boşanma ile kayın hısımlığı sona ermemektedir; aynı şekilde boşanma halinde üvey anne, üvey baba ve üvey kardeş bakımından ya da evlat edinme ilişkisinin sona ermesi halinde evlat edinen bakımından nitelikli hal kural olarak geçerli olmaya devam etmelidir. Ancak sözgelimi üvey babasını hiç görmemiş bir çocuk bakımından, annesi bu kişiden boşandıktan sonra ilişkinin etkisinin devam

⁷⁸ Ensest ilişkinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerekliliğine dair görüş için bkz. Ahmet Mumcu, "Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?", **Köksal Bayraktar'a Armağan, C.I, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, 2010, s. 261 – 270.

⁷⁹ TMK'nın "Üvey çocuklar" başlıklı 338. maddenin ilk fıkrası bu tanımları doğrulamaktadır: "Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler."

⁸⁰ TMK m. 17: "Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur."

⁸¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay - Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 116 – 117.

⁸² TMK m. 18: "(1) Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. (2) Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."

ettiği ve nitelikli hale uygun bir durum bulunduğu söylenemeyecektir. Evlatlık ilişkisinin sona ermesinin yalnızca gerekli rızanın bulunmaması (TMK m. 317) ve esasa ilişkin başka bir noksanlık (TMK m. 318) dışında bir imkanı bulunmadığı, geçerli olarak kurulmuş bir evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesinin mümkün olmadığını belirtmekte yarar vardır⁸³.

Bahsi geçen hısımlığın mevcudiyeti halinde bu ilişkinin bir nüfuzu sonuçlayıp sonuçlamadığı ve failin bu nüfuzdan faydalanıp faydalanmadığına, bu nüfuzun suçun işlenişini kolaylaştırıp kolaylaştırılmadığına bakılmaksızın nitelikli hal uygulanmaktadır. Uygulamanın tek istisnası, failin hısımlık ilişkisine dair bilgisizliği sebebiyle bu yönde bir kastı bulunmamasıdır.

Bunun yanında sabit bir artırım oranı belirlenmesi de akrabaların yakınlık derecesine uygun bir yaptırımın belirlenmesini engellemesi sebebiyle doğru değildir. Gerçekten öz baba ile teyzenin kocası arasında bir yaptırım farkı olması gerekmektedir. Oysaki bu durumda “çifte değerlendirme yasağı” sebebiyle faille mağdurun yakınlık derecesi temel cezanın belirlenmesine dahi yansıtılmamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki nitelikli halin uygulama alanı Medeni Kanun düzenlemesiyle sınırlandırılmaması önerilebilir. Evlatlık edinme işlemini usulüne uygun gerçekleştirmemesine rağmen ebeveyn gibi davranan kişi de öz ebeveynin resmi olarak evlenmediği hayat arkadaşı pozisyonunda olan kişi de bu kapsamda değerlendirilebilecek şekilde hüküm yeniden düzenlenebilir. Nitekim Alman CK'nın Himaye Altındaki Kişinin Cinsel İstismarı başlıklı 174. maddesinde bu kişiler fail olarak öngörülmüştür.

(2)Yükümlülük doğuran hukuki ilişki

Failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile, sağlık hizmeti veren sıfatına sahip olması ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunması nitelikli hal oluşturmaktadır. d) bendi metninde geçen tabirlerin, cinsel istismar suçuna uygun kısa açıklamaları şu şekildedir:

⁸³ Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 311.

- Vasi; velayet altında bulunmayan küçüğün kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmek üzere mahkeme tarafından tayin edilen kişidir (TMK m. 403 – 404).
- Eğitici çocuğun eğitiminden, öğretici öğretiminden sorumlu kişi olup; kreş, okul, kurs ve özel ders öğretmenlerinin tamamı bu kapsama girmektedir⁸⁴. Usta çırak ilişkisinde, emeğin karşılığı paradan çok “mesleğin öğretilmesi” olduğu durumda eğitim söz konusudur.
- Bakıcı; karşılıklı borç yükleyici bir sözleşmenin mevcudiyeti aranmaksızın⁸⁵ salt çocuğun bırakıldığı, bakım yükümlülüğü bulunan kişi olarak anlaşılmalıdır.
- Koruyucu aile; temelde TMK m. 347, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m. 23 ve 28497 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Koruyucu Aile Yönetmeliği uyarınca korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesini üstlenen ailedir. Koruyucu ailenin tüm üyeleri, yani ilgili karı koca ve bunların çocukları nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir.
- Sağlık hizmeti veren ifadesinin kapsamına; doktor, hemşire, hastabakıcının yanında diş hekiminin muayenehanesindeki asistanı, fizik tedavi uzmanı vb. de girmelidir. Ancak hademe veya sekreter gibi sağlık hizmetine doğrudan etkisi olmayan kişiler kapsam dışında sayılmalıdır.
- “Koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi” ifadesi; c), d) ve e) bentlerine uygun bir sığata sahip olmamasına rağmen benzer seviyede bir yükümlülük altında olan kişilerin nitelikli hal kapsamına almaya hizmet eden bir “torba” tabirdir. Öz ebeveyn ile resmi evlilik gerçekleştirmeksizin ebeveyn ile çocuğun ortak yaşamına dahil olan⁸⁶, evlat edinme veya koruyucu aile olma işlemlerini usulüne uygun gerçekleştirmeksizin çocuk ile fiilen bu tür bir ilişki içinde bulunan kişi bu kapsamda değerlendirilebilir. e) bendinde değerlendirilebilecek şekilde nüfuzu bulunan ancak bu nüfuzunu kötüye kullanıp kullanmadığı tespit edilemeyen kişinin aynı zamanda koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü olduğu da söylenebiliyorsa d) bendi kapsamında değerlendirme yapılabilir.

⁸⁴ Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 192.

⁸⁵ 3. fıkranın d) bendinde yer verilen hiçbir ilişki bakımından faaliyetin ücretli veya ücretsiz yürütülmesinin önemli olmadığı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 394.

⁸⁶ CGK, 2014/12-8652 E., 2014/154 K., 09.09.2014 T. (Fatih Özkul, Mustafa Ernalbant, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, C.XLII, No:3, Temmuz 2016, s. 491, dn. 101.)

(3)Nüfuz etkisi doğuran hukuki ilişki

Failin hukuki pozisyonundan kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemesi de nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Fail bu pozisyonu, bir kamu görevlisi olmak veya hizmet veren çocuktan hizmet almakla edinmiş olabilmektedir. Nitelikli hale uygun bir nüfuzun varlığından söz edilebilmesi için fail ile mağdur arasında bir altlık üstlük ilişkisi bulunmalı, fail çocuk üzerinde otorite sahibi olmalıdır⁸⁷.

e) bendi anlamında kamu görevlisi; cezaevindeki infaz memuru, yetimhanedeki görevli, okuldaki (eğitim faaliyetine katılmayan) rehber öğretmen veya psikolog, yine eğitim faaliyetine veya verilen sağlık hizmetine doğrudan etkisi bulunmayan okul veya hastane idarecisi gibi çocukla süreklilik arz eden bir ilişki içerisinde bulunan bir kişi olabileceği gibi çocuğu ilk kez gören bir polis memuru veya zabıta da olabilir. Hizmet ilişkisi ise en yaygın örneğiyle failin, çocuğun işvereni olduğu halde oluşur. Buna karşın çocuğun garson, failin müşteri olması gibi tek seferlik ve bir otorite ilişkisini oluşturmayacak durumlar bent kapsamı dışındadır.

c) ve d) bentlerinden farklı olarak, e) bendi kapsamındaki bir sığata sahip kişinin yalnızca bu sığata sahip olması yeterli olmayıp, bu sığatın sağladığı nüfuzun suçun gerçekleştirilmesi için kötüye kullanılmış olması aranmaktadır. Böyle bir kötüye kullanmadan söz edilmesi için çocuğun failin pozisyonunu bilmesi, faile itaat ederken pozisyonunu dikkate almış olması ve failin bunun farkında olması yeterlidir. Dahası *Lackner*'e göre bir durumdan "faydalanma" (veya kötüye kullanma) halinde, bu durum bir taraftan failin işlenmesini sağlar veya kolaylaştırırken diğer taraftan faili buna motive ettiğinde mevcut olur⁸⁸. Belirtmek gerekir ki çocuğun, failin sıfatını bilmediği durumlarda objektif olarak bu sıfat kullanılmamış olmaktadır; failin aksi yöndeki bir düşüncesi ancak "nitelikli hale teşebbüs" tartışması çerçevesinde ele alınabilir. Yine çocuğun failin sıfatını bilmesi fakat failin nüfuzunun çocuğun rıza göstermesi bakımından yeterli olmaması halinde de teşebbüs değerlendirmesi yapılabilir.

⁸⁷ Fail ile mağdur arasında hiyerarşi, otorite veya tasarruf yetkisi olmalıdır. Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 359.

⁸⁸ *Lackner*, **a.g.e.**, s. 703.

Bu bendin kapsamındaki kamu görevlisi veya hizmet veren konumunda bulunmaya ilişkin nitelikli hal de Alman CK m. 174'te düzenlenen "himaye altındaki kişinin cinsel istismarı suçu"ndaki fail tanımı benzerlik göstermektedir. Ancak bu suçun oluşması için çocuğun himaye edilen, diğer kişinin ise himaye eden konumunda bulunması zorunludur. TCK'da öngörülen nitelikli halde ise çocuk üzerinde nüfuz oluşturan bir kamu görevi veya hizmet icra ediyor olmak aranmaktadır.

3. 3. grup nitelikli haller

a) Suçun cebir veya tehditle işlenmesi

Suçun birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi dördüncü fıkra nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Buna karşın birinci fıkranın b) bendinde yer verilen hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlere nitelikli hal olarak yer verilmemiştir. Muhtemeldir ki kanun koyucu algılama yeteneğinin bulunmadığı kanunen kabul veya mahkemece tespit edilen çocukların "kandırılması"na dair nitelikli hal düzenlemenin tutarsız olacağını düşünmüştür. Gerçekten cinsel eylemlere rıza göstermesi için iradesinin etkilenmesi gereken 15 yaşından büyük bir çocuğun ikinci gruba dahil olduğunun kabul edilmesi gerekir. Buna karşın kanunen birinci gruba dahil olan 15 yaşından küçük çocukların da somut olayda cinsel eylemlere karşı koyması mümkündür. Zaten cebir ve tehdidin nitelikli hal kabul edilmesi, bu çocukların da failin cinsel taleplerine karşı koyabileceği ve failin bu direnci kırmak için cebir veya tehdide başvurabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu sebeple ve birinci fıkranın b) bendiyle tutarlı olması adına, failin hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene başvurması da nitelikli hal olarak kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki mevcut düzenleme korunduğu sürece mahkemelerin hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenleri cezanın belirlenmesinde dikkate almaları önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kavramların kapsamına dair yukarıda yapılan açıklamalar kural olarak geçerli olmakla birlikte daha küçük çocuklara daha düşük seviyede güç kullanmanın ve daha önemsiz tehditte bulunmanın neticeye ulaşmada elverişli olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Sözgelimi şeker bayramında topladığı şekerleri almak 17

yaşında bir çocuğa karşı tehdit olarak kabul edilemezken beş yaşında bir çocuğa karşı tehdit sayılabilecektir.

Buna ek olarak birinci fıkranın b) bendinde “dayalı olarak” ifadesi kullanılırken dördüncü fıkradaki nitelikli hal düzenlemesinde “cebir veya tehditle” ifadesinin tercih edilmiş olduğuna dikkat edilmelidir. Zira formülasyondaki bu farklılık, nitelikli halin oluşması için cebir ve tehdidi failin uygulamış olması gerektiğine işaret etmektedir.

Alman CK m. 176a/5'te, farklı bir formülasyonla benzer bir düzenlemeye yer verilmiş; “fiil esnasında çocuğa fiziksel olarak ağır şekilde kötü muamele edilmesi” nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Kötü muamelenin suç “enasında” olduğundan bahsedilmesi için bunlar arasında doğrudan zamansal ve mekansal bağlantı bulunmalıdır. Kötü muamele, cinsel eylemin bir unsuru olduğunda (sadist eylemler) veya çocuğun cinsel eyleme zorlanması sebebiyle ortaya çıktığında (çocuğun itaat etmesi veya susması sağlanmaya çalışıldığında) bu bağlantı bulunur. Buna karşın suçun tamamlanmış olmasından faydalanmak suretiyle yapılan kötü muamele bu kapsamda değerlendirilmez⁸⁹. Aynı şekilde suç kararı başka amaçla şiddet uygulandıktan sonra verildiğinde de fiil “enasında” olma şartı sağlanmaz⁹⁰. Örneğin ciddi anlamda acı verici sert vuruşlar veya belirli süre devam eden anal ilişki nitelikli hali oluşturur^{91,92}. Buna karşın beşinci fıkranın oluşması için Alman CK m. 226 (ağır yaralama) niteliğinde bir yaralamanın söz konusu olması gerekli değildir⁹³. Mağdurun fiziksel sağlığındaki her türlü ağır bozulma bu kapsamda değerlendirilebilir⁹⁴.

⁸⁹ Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 19; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 35.

⁹⁰ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 14.

⁹¹ **A.e.**, § 176a kn. 19.

⁹² Heger failin kastının ağır fiziksel kötü muameleye yönelmiş olması gerektiğini, olağan yaralama kastı yeterli olmayacağını savunmaktadır. **A.e.**, § 176a kn. 14. Oysaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ilgili netice bakımından kastın varlığı aranmamakta, sorumluluk için taksir yeterli olmaktadır.

⁹³ BGH 5 StR 422/14 - Urteil vom 9. Dezember 2014 (LG Berlin), kn. 8.

⁹⁴ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 14. Ölüm tehlikesi ile aynı fıkarda yer verilmesine dayanmak suretiyle aynı yönde: Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 34.

b) Suçun silahla işlenmesi

Suçun ikinci grup çocuklara karşı silahla işlenmesi dördüncü fıkra uyarınca nitelikli hal teşkil etmektedir. Bu düzenleme ile failin, mağdurun iradesini bizzat ve silah kullanmak suretiyle etkileyerek cinsel istismar suçunu işlemesi daha yüksek cezaya tabi tutulmuştur.

TCK'nın Tanımlar başlıklı 6. maddesinin ilk fıkrasının f) bendi uyarınca silah deyiminden;

“1. Ateşli silahlar,

2. Patlayıcı maddeler,

3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,

4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,

5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler”

anlaşılır.

Silah kabul edilen bir aracın kullanılması sonucunda cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin oluşma ihtimaline dikkat edilmeli; bu ihtimalde hem nitelikli hale hem neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale uygun artırım yapılmalıdır. Ancak yalnızca nitelikli halin kabul edilmesi için silahın kullanılmasına gerek olmayıp failin silah bulundurmasının mağdura etki etmesi yeterlidir⁹⁵. Öyle ki failin silahı kullanmakla tehdit etmek veya silahı tehdit için bulundurmak yönünde bir kastı olmaksızın silahın varlığının çocuğun iradesine etki ettiğini fark etmesi nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Failin silahı doğrudan kullanmak suretiyle çocuğa cebir uygulaması veya onu tehdit etmesi halinde nitelikli kasten yaralama ve nitelikli tehdit düzenlemelerinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. İlgili açıklama içtima bölümünde yapılacaktır.

⁹⁵ Silahın mağdurun iradesine etki etmesinin yeterli olduğu yönünde: Özbek v.d., a.g.e., 2016, s. 361.

II. Alman CK'da Öngörülen Başkaca Nitelikli Haller

Alman Ceza Hukukunda çocukların cinsel istismarının nitelikli haline ilişkin düzenlemenin TCK düzenlemesiyle; vücuda bir şey sokulması ve suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi bakımından örtüştüğü söylenebilir. TCK m. 103/5'te öngörülen suçun cebren işlenmesi hali ile Alman CK m. 176a/5'te öngörülen özel olarak kötü muamele edilmesi hali uyumlu sayılabilirken; TCK m. 103'ün üçüncü fıkrasının c), d), e) bentlerinde sayılan hısımlığa ve failin konumuna ilişkin haller ise Alman CK m. 174'te "himaye altındaki kişinin cinsel istismarı" düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. TCK'daki yer ve kullanılan araca ilişkin nitelikli haller ile kasten yaralama suçunun ağır neticeleri ve bitkisel hayata ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller Alman CK'da karşılık bulmamaktadır. Bu durumlar Alman Ceza Hukukunda cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmakta veya başka suçlara vücut verdiğinde içtima tartışmasına konu olmaktadır.

Buna karşın Alman düzenlemesinde de TCK'dakilerle benzeşmeyen birtakım nitelikli haller bulunmaktadır. Bunlar m. 176/3'teki "özel olarak ağır hal", m. 176a/1'deki "tekerrür hali" ve m. 176a/3'teki "pornografik yayın oluşturma amacı"dır. Ayrıca nitelikli cinsel istismarın düzenlendiği 176a maddesinin dördüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkranın "daha az ağır haller"inde daha düşük ceza verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

A. Özel Olarak Ağır Hal (m. 176/3)

Tüm sübjektif faktörler ve suçun bütünsel görünümü, olağan bir cinsel istismar fiilini istisnai ceza sınırlarının uygulanmasını gerektirecek ölçüde aştığında "özel olarak ağır hal" in varlığından bahsedilir⁹⁶ ve m. 176/3 söz konusu olur. Örnekleme yöntemiyle dahi somutlaştırılmayarak ağır halin neye göre belirleneceğinin öngörülmemiş olması, belirlilik prensibi bakımından sakıncalı bulunmaktadır. Baskın görüşe göre ağır halin varlığı; fiil ve faile ilişkin cezanın

⁹⁶ Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 54; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 71.

belirlenmesi kriterleri ışığında bütüncül bir değerlendirme yapılarak tespit edilmelidir⁹⁷.

Üçüncü fıkranın maddeye eklenmesine ilişkin kanun teklifinde anılan örnekler; fiilin olağandışı süre ve seviyeye ulaşması, mağdurun psikolojisinde fail tarafından öngörülmuş olan ciddi zararlar, m. 176a seviyesine ulaşmaksızın genital bölgeler üzerinde veya bacaklar arasında sürtünme⁹⁸ şeklindedir. Bunların yanında mağduru aşağılayıcı (sadistik, dışkı ile alakalı [*Fäkalerotik*]), korkutucu, sindirici cinsel eylemler ve m. 176a'da öngörülen hallere benzer olup o seviyeye ulaşmayan eylemler üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilir⁹⁹.

Diğer ağır hallerle karşılaştırıldığında; m. 176/3'ün ceza sınırlarının m. 176a/1'deki nitelikli hal ile aynı olması sebebiyle m. 176a/1'deki tekerrür şartlarını sağlayamayan hallerin (son beş yıl içinde m. 176/1 veya 2 uyarınca cezalandırılmış olmak) de ağır hal sayılmaması gerekir. Aksi takdirde m. 176a/1 düzenlemesi anlamsızlaşacak, sözgelimi 5 yıldan daha uzun bir süre önce bir cinsel istismar suçu işlemiş olan kişi de aynı ceza aralığına tabi olmuş olacaktır. Buna karşılık 2 yıllık ceza alt sınır öngören m. 176a/2'nin şartlarını sağlayamayan hallerin hala m. 176/3 anlamında ağır hal sayılması mümkündür. Bu bağlamda failin öngörümüş olduğu psişik zararlar, bacak arasına sürtünme ve dış genital bölgeyi – mastürbasyon seviyesinde – elle uyarma gibi cinsel ilişkiye yakın fiiller dikkate alınır¹⁰⁰. Mağdurun yaşının çok küçük olması, münasebetin sıklığı, gebelik ve failin çocuğun babası olması gibi istismarla bağlantılı olan güven ilişkisi de ağır hal teşkil etmektedir¹⁰¹.

B. Tekerrür Hali (m. 176a/1)

Alman CK m. 176a/1'de, son beş yıl içinde m. 176/1 veya 2 kapsamındaki – bunların ağır hallerini teşkil edenler de dahil olmak üzere – bir fiil dolayısıyla kesin

⁹⁷ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 28.

⁹⁸ **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften**, Drucksache 15/350, 28.01.2003, s. 17, (Çevrimiçi) <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/003/1500350.pdf>, 17.05.2016.

⁹⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 71.

¹⁰⁰ **A.y.**; Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 3.

¹⁰¹ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 29.

hükümle mahkum edilen kişinin bir yılın altında olmayan bir hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Tekerrür kurumu ve bununla paralel olarak birinci fıkradaki mükerrirlere yüksek ceza verilmesini öngören düzenleme, doktrin tarafından genel bir “yüksek kusur/kınanabilirlik” karinesi olarak algılanmakta ve bu açıdan birtakım eleştirilere tabi tutulmaktadır.

Alman CK'nın genel hükümler bölümünde 1986 yılından beri tekerrür düzenlemesi bulunmamaktadır (mülga m. 48). Tekerrür kurumunun kusur prensibine uygunluğu 48. maddenin ilgası sırasında tartışılmış; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, tekerrür halinin failin kusur durumuna etkisi olup olmadığının her bir somut olayda ayrıca saptanması gerektiği sonucuna varmıştır (BVerfG 50/134). Alman doktrinindeki hakim görüş uyarınca m. 176a/1 de anayasaya uygun şekilde dar yorumlanmalı; önceki mahkumiyetin fail için uyarı fonksiyonunu icra etmediği ve bunun faile atfedilebileceği durumlarda tekerrürün kusuru artırdığı kabul edilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken olaya bütüncül yaklaşılmalı; failin psikik durumu, karakter özellikleri ve hayat şartları göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca güncel suçun ve önceki suçların somut ağırlığı, aradan ne kadar süre geçmiş olduğu ve de suçlar arasında bir bağ/benzerlik bulunup bulunmadığı da özel olarak incelenmeli; böylece kusur içeriğinde aranan şekilde bir artma olup olmadığı veya dördüncü fıkra anlamında daha az ağır bir halin bulunup bulunmadığı takdir edilmelidir¹⁰².

Frommel ise bu nitelikli halin yalnızca kusur ekseninde tartışılmayacağını, mükerrirlerin kendilerine cinsel partner olarak seçtikleri çocuklar bakımından somut bir tehlike teşkil ettiğini ve bu sebeple haksızlık içeriğinin de daha yoğun olduğunu ifade etmektedir¹⁰³.

Kastın önceki mahkumiyet hükmü ile sair tekerrür şartlarını da kapsamaması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bir kısım yazarlar olası kastın da birinci fıkra için yeterli olduğunu savunurken¹⁰⁴ başka yazarlar önceki mahkumiyetin uyarı fonksiyonu bakımından olası kastın kabul edilemeyeceği – doğrudan kastın bulunması gerektiği – çünkü önceki mahkumiyette “bilme”nin mutlak olarak var olması gerektiği ifade etmektedir¹⁰⁵. Devamla, suçun kusursuz

¹⁰² Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 3; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 2.

¹⁰³ Frommel, **a.g.e.**, § 176a kn. 9.

¹⁰⁴ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 6; Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 2.

¹⁰⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 18.

veya önemli derecede azalmış kusur ile işlenmiş olması halinde kınanabilirlik açısından bir yükselden söz edilemeyeceğinden bu fıkranın uygulanabilirliği bulunmadığı savunulmaktadır¹⁰⁶.

M. 176a/6 uyarınca yabancı mahkemelerde verilen önceki mahkumiyet kararları da tekerrür haline temel oluşturur. Ancak bu kararların Alman hukukuna göre şeklen ve yarattığı etki bakımından ceza hükmü niteliğinde olması, eşdeğer bir uyarı fonksiyonunun varlığından söz edilebilmesi için gereklidir. Yine kararın hukuk devleti prensiplerine uygun oluşturulmuş olması ve m. 176/1 ve 2'nin tipiklik şartlarını sağladığını göstermeye yetecek ölçüde olayın anlatımını içermesi dikkate alınmaktadır¹⁰⁷.

Madde 176'nın ilk üç fıkrası uyarınca son beş yılda kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü kurulmuş olması yeterlidir. Beş yılın başlangıcı kesin hükmün olduğu tarihtir. Ancak hükmün uyarı fonksiyonunun hükmün tebliği ile başlaması sebebiyle bu noktada tereddüt oluşmaktadır¹⁰⁸. Kişinin şerik ya da fail olarak cezalandırılmış olması, suçu tamamlamış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması önemsizdir¹⁰⁹. Ancak doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur¹¹⁰. Önceki yargılamadan kusur yeteneğinden yoksunluk sebebiyle beraat etmiş olmak ya da yalnızca güvenlik tedbirine hükmedilmiş olması halinde tekerrür hali oluşmayacaktır¹¹¹.

Dikkat edilmelidir ki mükerrirlik kişiye özgü bir husus olduğundan, Alman CK m. 28 uyarınca, suça katılan diğer kişileri etkilemeyecektir. Açık anlatımla, m. 176a f. 1 anlamında mükerrir olan kişi ağır halden cezalandırılacakken, mükerrer olmaksızın suça katılanlar temel suç tipinden (m. 176) sorumlu tutulacaktır¹¹².

¹⁰⁶ **A.e.**, § 176a kn. 19.

¹⁰⁷ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 4; Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 4.

¹⁰⁸ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 5; Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 6.

¹⁰⁹ Heger, § 176a kn. 2; Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 3.

¹¹⁰ Belirten: Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 4.

¹¹¹ Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 5.

¹¹² **A.e.**, § 176a kn. 3; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 39.

C. Pornografik Yayın Oluşturma Amacı (m. 176a/3)

Çocuk istismarının kayda alınıp pazarlanmanın amaçlanması sebebiyle yükselen haksızlık içeriği¹¹³ ve bunun kontrolsüzce internet dolaşımına sokulmasıyla zaten istismara uğramış çocuğun önemli ölçüde artan mağduriyeti¹¹⁴ üçüncü fıkra ile karşılanmaktadır. Fıkra dahilinde çocukların cinsel istismarı suçuna teşebbüsün cezalandırılmasını öngören m. 176/6'nın da kapsama alınmış olması bakımından bir "gerçek olmayan girişim suçu"¹¹⁵ söz konusudur¹¹⁶.

Nitelikli halin konusunu yalnızca sübjektif olarak belirlenmiş hedef oluşturmaktadır. Amaç, pornografik yazı oluşturma ve bunu yayma öğelerine yönelik olmalıdır¹¹⁷. Yalnızca "yazı" ifadesi kullanılmış olsa da Alman CK m. 11/3 düzenlemesi gereği suçun ses ve görüntü taşıyıcılar, veri kaydediciler, resimler ve diğer tasvirler ile işlenmesi mümkündür.

Yazı, "Çocuk Pornografisi İçeren Yazıları Yayma, Edinme ve Bulundurma" başlıklı m. 184b/1'deki vasıfları taşımaktadır¹¹⁸. Doktrinde belirtildiği üzere 176. maddenin ikinci fıkrası ve dördüncü fıkrasının ikinci bendindeki "karar verdirme" fiili bakımından, çocuğa karar verdirilen cinsel eylem pornografik yayının konusu yapılmak istenmelidir. Dördüncü fıkranın birinci bendi bakımından ise çocuğun, karşında gerçekleştirilen cinsel eylemi algılıyor oluşunun pornografik yayına konu edilmek istenmesi gerekmektedir¹¹⁹.

Baskın görüşe göre "yaymak" kelimesiyle m. 184b'deki tüm fiiller kastedilmiştir. Sözgelimi internette yayınlama da bendin kapsamına girmektedir¹²⁰. Neticede yazının yayılıp yayılmaması suçun tamamlanması bakımından önem arz

¹¹³ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 3.

¹¹⁴ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 6.

¹¹⁵ Almanca "unechtes Unternehmensdelikt" olarak ifade edilen bu kavram Türk doktrininde "teşebbüs suçu" olarak adlandırılmaktadır. Ancak teşebbüs kavramının suçun özel görünüş biçimlerinden birine karşılık gelen bağımsız bir kurum olması, teşebbüs kurumunun Almanca'daki karşılığı "Versuch" kelimesiyken bu suç türü için "Unternehmen" kelimesinin kullanılması ve bu kelimenin tam karşılığının "girişim" olması sebebiyle "gerçek olmayan girişim suçu" deyişi tercih edilmiştir.

¹¹⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 6; Frommel, **a.g.e.**, § 176a kn. 14.

¹¹⁷ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 12.

¹¹⁸ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 12a.

¹¹⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 31.

¹²⁰ Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn.; BGH, Urteil vom 27. 6. 2001 - 1 StR 66/01 (LG Würzburg).

etmemektedir. M. 176/4 b. 3 ve b. 4 ile m. 176/5'in fıkra kapsamı dışında bırakılmasının yegane sebebi kanun koyucunun bu fiillerin pornografik bir yazıya konu olmasını gerçeğe uygun bulmamasıdır¹²¹.

D. Daha Az Ağır Haller

Alman CK m. 176a/4'te birinci ve ikinci fıkranın daha az ağır halleri için daha düşük ceza aralıkları öngörülmüştür. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihadı uyarınca fiilin; süresi ve seviyesine göre düşük bir haksızlık içeriğine sahip olması, kanun koyucunun nitelikli hal için düşündüğü ortalama görünümün (Regelbild) çok altında kalması ve kusura uygun bir ceza tayin edilmesi için düşük olan ceza aralığının esas alınması gerektiği kanaatine varılması halinde daha az ağır bir halin var olduğu söylenecektir¹²².

Daha az ağır hallerin değerlendirilmesi suçun işleniş biçimiyle sınırlandırılmayacaktır. Örneğin cinsel ilişki görünümündeki eylemin uzun süreli bir arkadaşlık veya aşk ilişkisi çerçevesinde işlenmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Yine mağdurun yaş sınırının hemen altında olması, mağdurun cinsel tecrübesinin bulunması, mağdur üzerinde hafif derecede gerçekleştirilmiş oral ilişki gibi haller de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹²³.

III. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel İstismar

A. Genel olarak

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, failin kasten işlediği suçun temel halinde öngörülen tipik neticeden ya da tehlikeden farklı, ağır bir neticenin ortaya çıkması ve suç hükmünde bu ağır neticeye sonuç bağlanmış olması halinde değerlendirme

¹²¹ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 12b.

¹²² BGH, Urteil vom 18. 11. 1999 - 4 StR 389/99 (LG Stralsund).

¹²³ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 4.

konusu olur. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun TCK m. 23'te yer verilen kanuni açıklaması şu şekildedir: *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”*.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun öncelikli tartışma noktası ağır neticenin nedenselliği ve faile objektif olarak isnat edilebilirliğidir. Genel olarak nedensellik teorilerini tartışmak çalışmanın amacına uygun olmadığı gibi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda asıl problematik alanı objektif isnadiyet konusu oluşturmaktadır. Zira cinsel istismar gibi maddi ve manevi şiddet uygulanarak işlenmesi mümkün olan, yıkıcı etkisi yüksek suçları takiben ortaya çıkan olguların bu ağır suçlardan tamamen bağımsız olması mümkün değildir. Kanun koyucunun beden ve ruh sağlığının her cinsel istismar fiilinden sonra bozulacağından bahisle, ilgili ağırlaştırılmış netice hükmünü ilga etmesi de bu sebepten kaynaklanmaktadır.

Özetle açıklanacak olursa; nedenselliği geniş biçimde ele alan “şart teorisi” failin sorumluluğunun belirlenmesinde yeterli olmayıp, ağır neticenin faile objektif isnadiyeti kapsamında da bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Alman doktrininde objektif isnadiyete dair bu değerlendirme “tipik tehlike bağlantısı” kavramı ışığında yapılmaktadır. Buna göre ağır netice, temel suçun işlenişinin yarattığı tehlikenin doğrudan bir sonucu görünümünde olmalı; suçun işlenişinin yarattığı tehlike ile ağır netice bitişik bulunmalıdır. Tipik tehlike bağlantısı kavramını sert bir şekilde uygulanması halinde mağdurun failden kaçarken düşmesi, depresyona girip intihar etmesi veya yanlış tıbbi müdahale sonucu oluşan ağır neticeden fail sorumlu tutulamayacaktır¹²⁴. Bu örnekler kuralı yansıtmak bakımından yerinde olsa da somut olayın verileri ışığında tipik fiilin yarattığı tehlike ile ağır netice arasında oluşan bağlar değerlendirme dışında bırakılmamalıdır. Gebeliğinin geldiği evre sebebiyle cinsel ilişkide bulunmasının anne ve bebek bakımından riskli olması ya da mağdurun daha önce kendisini istismar etmiş kişinin bunu tekrarlaması halinde intihar etmeye karar vermiş olması halinde tehlike bağlantısı oluşacak, failin ceza sorumluluğuna gidilebilecektir.

¹²⁴ Alman mahkemelerinin bu bakış açısını istisnasız olarak takip etmediğine ilişkin bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar”, **CHD**, Yıl: 2, No:4, Ağustos 2007, s. 230 – 232.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için ortaya koyulmuş olan tipik tehlike bağlantısı kavramı yerine objektif isnadiyetin genel kriterleri ile isnat problemlerinin çözümlenmesi mümkündür. *Ex ante* değerlendirmeye tabi tutulacak bu kriterler; ağır neticenin vuku bulması riskinin hukuken önemli derecede yükseltilmiş olması, ağır neticenin normun koruma alanı içinde gerçekleşmiş olması, neticeye failin hükmedebilir olması şeklinde sayılabilir^{125,126}. Yine şart teorisi yerine “uygun neden teorisi” esas alınarak da nedensellik bağlantısı daha sınırlayıcı bir değerlendirme yapılması mümkündür. Ancak bu seçeneklerden hiçbiri, ceza sorumluluğunun sınırlarını tipik tehlike bağlantısı kadar net bir şekilde ortaya koymamaktadır¹²⁷.

İkinci tartışma noktası neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda manevi unsura dairdir. Tanımdan, asıl fiilin en az olası kast ile işlenmediği veya ağır netice bakımından taksir bulunmadığı halde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun oluşmayacağı anlaşılmaktadır. Doktrinde başkaca görüşler bulunsa da, bilhassa gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için, ağır netice bakımından da kastın bulunduğu (kast - kast kombinasyonu) hallerde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun değil iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek yerinde gözükmektedir. Zira bu durumda kanunen “kastedilenden daha ağır veya başka bir netice”den söz edilemeyeceği çünkü iki neticeye yönelik de kastın bulunduğu açıktır. Fail hem cinsel istismar hem öldürme veya ağır yaralama kastıyla hareket ettiğinde, ağır neticeye sebep olan bir “asıl” fiilden söz etmek mümkün olmayacaktır¹²⁸. Bu doğrultuda değerlendirmeler kast - taksir kombinasyonu üzerinden yapılacaktır.

Asıl fiil olan cinsel istismar bakımından failin – doğrudan veya olası – kastı bulunmaması halinde bu kombinasyonun oluşmayacağı açıktır. Ancak failin kastı cinsel saldırıya yönelik olduğunda (yaşta hata) ve çocuğun ölümüne yol açtığına; her ne kadar cinsel istismar suçu oluşmasa da kasten işlenen bir cinsel saldırı fiili

¹²⁵ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 421 – 422.

¹²⁶ İntihar, mağdurun kendisinin verdiği karara dayandığından faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 376.

¹²⁷ Alman Ceza Hukukundaki, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların uygulama alanını mümkün olduğunca dar tutma eğilimine dair bkz. Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, 2001, s. 89 – 90.

¹²⁸ Ağır neticeye yönelik kastın bulunması halinde “ayrıca” kasten öldürme veya kasten yaralama suçundan sorumluluk doğacağı yönünde: Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 361.

mevcut olduğundan¹²⁹ m. 102/4 ve 5'te öngörülen ağır hal düzenlemelerinin uygulama alanı bulacağına dikkat edilmelidir.

Ağır netice bakımından failin basit veya bilinçli taksir ile hareket etmesi mümkündür. Taksirin mevcudiyetinin sınanması; objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve ağır neticenin öngörülebilirliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların ağır neticesi bakımından yapılan değerlendirme ise ağır neticenin öngörülebilirliği ile sınırlı tutulmaktadır. Zira asıl suç teşkil eden fiilin kasten gerçekleştirilmekle objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğu açıktır. Sonuç olarak failin somut olayın şartları ve bireysel yetenekleri çerçevesinde ağır neticenin ortaya çıkabileceğini öngörebileceği tespit edilmekle taksirli olduğu söylenecektir^{130,131}. Aynı yorum suça katılan herkes için ayrı ayrı geçerli olup, diğerlerinin durumundan bağımsız olarak hangi katılan için ağır neticenin öngörülebilir olduğu söylenebiliyorsa o kişi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan cezalandırılır¹³².

Son olarak belirtmek gerekir ki ağır neticeyi ortaya çıkaran hareketlerin cinsel istismar suçunun teşebbüs aşamasının başlangıcı ile suçun sona ermesi arasındaki süreçte gerçekleşmesi gerekmektedir¹³³. Dolayısıyla cinsel eylem başlamadan önce mağdurun direnci kırılmaya çalışılırken ağır neticenin ortaya çıkması halinde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçu oluşabilmektedir.

TCK'nın 103. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında cinsel istismar suçunun ağır neticelerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Beşinci fıkrada neticesi

¹²⁹ İçtima bölümündeki açıklamalara bakınız.

¹³⁰Hans-Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Verlag Duncker u. Humblot, s. 516; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 630.

¹³¹ Alman Ceza Hukuku sisteminde; nedensel sürecin “objektif öngörülebilirliği” ve ağır neticenin “objektif engellenebilirliği” (temel suç ile netice arasındaki yükümlülüğe aykırılık bağlantısı) manevi unsur kapsamında, nedensel sürecin “bireysel öngörülebilirliği” ve ağır neticenin “engellenebilirliğine yönelik bireysel yetenek” ise kusur kapsamında incelenmektedir. Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 292.

¹³² Jescheck, **a.g.e.**, s. 517; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 292; Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2012, s. 587 – 588.

¹³³ Alman doktrinindeki baskın görüşe göre de ağır neticeyi ortaya çıkaran tehlike, teşebbüs aşamasından sona erme aşamasına kadarki alanın tamamını kapsayan fiili yoluyla ortaya çıkmalıdır. Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 292.

Cinsel saldırı (ve cinsel istismar) suçuna uygun cebirin suçun icrası sırasında uygulanması ve mağdurun cinsel davranışa izin vermesini amaçlaması gerektiği yönünde: Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 287.

sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçuna yollama yapılmış, altıncı fıkrada ise mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedileceği öngörülmüştür.

B. Kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin oluşması

Kasten yaralama suçunun cinsel istismar suçu ile fiil tekliği içinde bulunması ve fiil sonucunda ortaya kasten yaralamanın ağır neticelerinin çıkması halinde fail, cinsel istismar suçu ve kasten yaralama suçundan ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla beşinci fıkra, fikri içtima yerine gerçek içtima kurallarının uygulanmasını öngören özel bir içtima düzenlemesi teşkil etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki fıkra metninde yalnızca kasten yaralamaya sonuç bağlanmış olması sebebiyle yaralama teşkil eden hareketin kasten yapılmış olması gereklidir. Failin yalnız cinsel ilişki bakımından kastı bulunup yaralamaya sebep olan hareketi taksirle gerçekleştirmiş olması halinde “kastem yaralamanın ağır neticeleri”nden sorumlu tutulamayacaktır¹³⁴.

Fıkra metninde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı genel olarak ifade edildiğinden, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamanın öngörüldüğü maddedeki artırım oranının cinsel istismar suçu bakımından uygulanması değil, TCK m. 86'ya göre belirlenen cezanın TCK m. 87'ye göre artırılarak ayrı bir cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak bu noktada cinsel istismar suçu çerçevesinde işlenen tüm yaralama suçlarının, kural olarak nitelikli yaralama oluşturacağına dikkat etmek gerekir. Gerçekten m. 86/3'ün b) bendinde düzenlenen, suçun “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesi hali, mağdurun çocuk olması sebebiyle hemen her fiilde gerçekleşecektir. Nitelikli yaralama olarak öngörülen, suçun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı [a) bendi]; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle [c) bendi]; kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle [d) bendi] veya silahla [e) bendi] işlenmesi durumlarının tamamı cinsel istismar suçu bakımından da nitelikli hal teşkil etmektedir. Kanun koyucunun açık düzenlemesi sebebiyle tek bir halin, iki suçtan iki ayrı cezaya

¹³⁴ Bu konuda eleştiri için bkz. Özbek, **a.g.m.**, s. 244.

hükmedilecek olması sebebiyle iki kez değerlendirilmesi zorunludur. Fakat bu uygulamanın gerek iki kez değerlendirmeme ilkesine gerek cezada ölçülülük ilkesine aykırı olduğu öne sürülebilecektir. Aynı halin iki kez değerlendirilmesinden dolayı failler, m. 87/1 kapsamında en az beş yıllık, m. 87/2 kapsamında en az 8 yıllık ek cezaya tabi tutulmaktadır. Benzer sorun m. 103/6 ile m. 87/2 b. a) ve m. 87/4 arasında da bulunmaktadır.

Fıkranın lafzı uyarınca kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin, cinsel istismar suçu failinin uyguladığı cebirden kaynaklanması zorunludur. Bu, suçun temel şekli için de suçun dördüncü fıkraya uygun nitelikli hali için de geçerlidir. Katılan sıfatına sahip olmayan üçüncü kişinin cebrine dayalı bir fiil söz konusu olduğunda cinsel istismar failinin ağır neticeden sorumlu tutulması doğal olarak mümkün değildir.

Mağduru zorlamak için yüzüne vurulan darbenin yüzde sabit bir ize sebep olması, gebe mağduru yere düşürmek suretiyle düşük yapmasına sebep olunması, mağdurun hareket etmesini engellemek için bağlanması ya da kolunun bükülmesi sonucu kemiğinin kırılması cebir sonucu oluşan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçuna örnektir. Doğrudan şiddet uygulanma sonucu oluşmayıp yapılan hareketin fail dışında bir etken sebebiyle zorlayıcı veya acı verici etkisi bulunduğu da, örneğin mağdurun sivri taşların olduğu bir zemine yüzüstü yatırılması sonucu yüzünde sabit iz oluşması durumunda, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç mevcuttur. Buna karşılık cebir veya şiddet niteliğinde olmayan cinsel davranışların sebep olduğu ağır neticeler düzenleme kapsamı dışındadır. Cebir unsuru değil cinsel davranış unsuru sebebiyle ortaya çıkan ağır yaralama neticesi ancak genel içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Aynı şekilde cinsel yolla bulaşan hastalıklar da kasten yaralamanın ağır sonuçlarını oluşturmakta elverişli olabilmektedir. Her ne kadar 6545 sayılı Kanun'un 102. maddeye ilişkin gerekçesinde "kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olma"ya dair hükmün hastalık bulaştırmayı da kapsadığı ifade edilmekteyse de, hastalığın bulaşması "cebir veya şiddet" in değil cinsel davranışın bir görünümü olan penetrasyonun sonucudur. Yukarıda açıklandığı üzere TCK m. 103/5 cinsel davranış sonucu oluşan ağır halleri kapsayacak şekilde formüle edilmemiştir. İfade edilmelidir ki bu boşluk "beden ve ruh sağlığının bozulması" hakkındaki hükmün ilga edilmesi ile oluşmuştur. Zira hastalık bulaşması, beden sağlığının bozulması

niteliğindedir¹³⁵. Zaten bu ağırlaşmış hal için yapılan eleştiriler ve gereklilik tartışmalarının ruh sağlığına dair olduğu gözetilerek bedensel sağlığın bozulması hakkında yeniden bir düzenlemeye gidilmesi ya da beşinci fıkranın lafzının “suç sonucu kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin oluşması” şeklinde değiştirilmesi çözüm olabilecektir.

Alman CK'nın 176a maddesinin 2. fıkrasının 3. bendindeki mağdurun sağlığı ya da bedensel veya ruhsal gelişiminin tehlikeye girmesine ilişkin düzenleme TCK m. 103/5'teki düzenlemeye yakındır. Ancak asıl olarak TCK m. 103'ün mülga 6. fıkrasındaki “ruh ve beden sağlığının bozulması”na ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal ile benzerlik göstermektedir. Temel fark, Alman CK'daki düzenlemenin (somut) tehlike sebebiyle ağırlaşmış suç (gefahrerfolgqualifiziertes Delikt / Qualifikation) olarak nitelenmesindedir¹³⁶. Öngörülen tehlikeler ağır netice olarak görülmemekte, bent nitelikli hal düzenlemesi olarak kabul edilmektedir¹³⁷. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olan Alman CK m. 18 (fiilin ağır neticelerinde daha ağır ceza) uygulama alanı bulmamakta, bentten sorumlu tutulmak için (doğrudan veya olası) kastın bulunması gerekmektedir¹³⁸. Suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlendiğinde yalnızca bir katılanın fiilinin nitelikli hale vücut vermesi halinde, üçüncü bent yalnızca bu katılan bakımından geçerli olur. Alman CK m. 176a f. 5'e uygun tehlikenin yaratılması bakımından da aynı kural geçerlidir¹³⁹. Ancak diğer katılanların da bu tehlike bakımından kastı bulunması halinde ayrı bir yorum yapılabilirdir.

Mağdurun sağlığının ağır bir zarar tehlikesi altında olduğundan söz edilebilmesi için ciddi, belirgin ve sürekliliği olan fiziksel veya psikik bir sağlık sorunu riski oluşması gereklidir. Bu bağlamda özellikle uzun süreli, acı verici ve hayatı tehlikeye sokan haller bent kapsamındadır¹⁴⁰. Bedensel veya ruhsal gelişim bakımından ortaya çıkan önemli zarar tehlikesi ise – cinsel gelişim ile sınırlı

¹³⁵ Memiş Kartal, hükmün ilgası öncesinde hastalık bulaştırmayı “beden veya ruh sağlığının bozulması” başlığı altında incelemekteydi. Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 202.

¹³⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 5, 25.

¹³⁷ Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 11; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 29.

¹³⁸ Heger, **a.g.e.**, § 176a kn. 2.

¹³⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 39.

¹⁴⁰ **A.e.**, § 176a kn. 25.

olmaksızın – çocuğun olgunlaşma sürecini kalıcı veya süreklilik arz eder şekilde etkilendiği hallerde mevcuttur¹⁴¹.

Söz konusu tehlike, metinde “fil dolayısıyla” ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle, 176. maddeye uygun bir cinsel eylem dolayısıyla ortaya çıkmış olmalıdır. Cinsel eylemi gerçekleştirmek için uygulanan şiddetin yol açtığı ağır zarar üçüncü bent kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira şiddet m. 177’deki cinsel saldırı, cinsel zorlama ve tecavüz suçunun aksine m. 176’nın bir unsuru değildir. Böyle bir halde doğrudan m. 177 f. 3 b. 3’ün uygulama alanı bulacağı buna karşın cinsel eylemin kendisinin tehlikeye sebep olan bir fiziksel şiddet içerdiği hallerin – özellikle sadist eylemlerin – m. 176a f. 2 b. 3 kapsamında olacağı ifade edilmektedir. Ancak tehlikenin asıl olarak cinsel eylemden sadır olması şartıyla, uygulanan şiddetin tehlikenin oluşmasına katkıda bulunmuş olması halinde de bendin uygulanması mümkündür¹⁴².

Mağdurun şahsi özellikleri, failin de kastı dahilinde olması kaydıyla, ve fail ile ilişkisi nitelikli halin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Örneğin on dört yaşından oldukça küçük olmak, failin korkutmalarına maruz kalmak ve faile karşı bağlılığı olmak bedensel ve ruhsal gelişimin zedelenmesi bakımından özel risk taşımaktadır¹⁴³.

C. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi

Bitkisel hayat; kan dolaşımı, solunum, boşaltım sistemlerinin çalışmaya devam edip düşünme ve hareket yetilerinin kaybolması sonucunu doğuran beyin hasarını ifade etmektedir. Beyin ölümü ile farkı, beyin işlevlerinin düzelmesi ihtimalinin düşük de olsa var olmasıdır. Zaten beyin ölümü halinde düzelme ihtimali bulunmadığından ölüm ağır neticesinin gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁴⁴.

TCM m. 103 f. 6’da – beşinci fıkradan farklı olarak – ağır neticenin “suç sonucu” ortaya çıkması arandığından ağır neticeye sebep olan hareket, ikinci gruba

¹⁴¹ **A.e.**, § 176a kn. 26.

¹⁴² Eisele, **a.g.e.**, § 176a kn. 10; Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 15.

¹⁴³ Frommel, **a.g.e.**, § 176a kn. 13.

¹⁴⁴ Bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 242 – 243.

dahil çocuğa uygulanan cebir olabileceği gibi; birinci gruba dahil çocuklara karşı cebir uygulanması ve ikinci gruba dahil çocuklara karşı silah kullanılması sonucu ortaya çıkan ağır netice de altıncı fıkra kapsamında değerlendirilir¹⁴⁵. Zira bunlar, nitelikli hale vücut vermekle cinsel istismarı suçunun bir unsurunu oluşturmaktadır.

Bunun yanında failin cinsel davranışları sonucu ortaya çıkan ağır neticeler bakımından altıncı fıkranın uygulama alanı bulacağı açıktır. Organ ya da sair cisim sokma görünümündeki fiil sonucu mağdurun üreme organlarının hasara uğrayarak iç kanama geçirmesi, cinsel yolla bulaşan bir hastalığın bulaşması buna örnektir. Bizzat cinsel davranış teşkil etmeyip cinsel eylemin bir parçası olan bir sebep söz konusu olduğunda, örneğin mağdurun tehlikeli mikrop barındıran bir yatağa yatırılması durumunda¹⁴⁶, da ağır hal oluşacaktır.

Benzer bir düzenleme ve çıkarım Alman Ceza Hukukunda da bulunmaktadır. Alman CK m. 176a/5'teki düzenleme uyarınca "fiil dolayısıyla ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bırakan" kişi bakımından ceza alt sınırı beş yıl olmaktadır. Ölüm tehlikesi bakımından "fiil dolayısıyla" ifadesi kullanılmış olduğundan bizzat cinsel eylemin yol açtığı bir tehlike aranmaktadır. Doğrudan eylem gerçekleşirken ortaya çıkamasa da isnat edilebilir tüm tehlikeler bent kapsamındadır¹⁴⁷. Bu da cinsel eylemin kendisinin fiziksel kötü muamele barındırması, hayati tehlike arz eden gebeliğin oluşması veya somut intihar tehlikesi durumlarında söz konusu olmaktadır¹⁴⁸. Şiddet 176. maddenin bir unsuru olmadığından, mağdurun cinsel eyleme zorlanması için uygulanan şiddet fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴⁹.

Ancak dikkat edilmelidir ki bu düzenleme "ölüm tehlikesi"ne yöneliktir. Ölüm neticesine ilişkin düzenleme farklı bir maddede, Alman CK m. 176b'de bulunmaktadır. 176b maddesinde "cinsel istismar (§§ 176 und 176a) dolayısıyla" ölümün gerçekleşmesi aranmaktadır. Dolayısıyla m. 176a f. 5'teki "fiil esnasında fiziksel olarak ağır şekilde kötü muamele" sonucu mağdur öldüğünde olaya 176b uygulanacağı kabul edilmektedir. Çocuğun cinsel eyleme zorlanması için yapılan

¹⁴⁵ Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 301; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 376.

¹⁴⁶ Önder, mülga "mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması" hali bakımından yaptığı açıklamada; hastalığın mağdura failden bulaşmasının gerekli olmadığı, mağdurun yatırıldığı yataktan mikrop kapması durumunda da bu ağır halin oluşacağını ifade etmiştir. Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 477.

¹⁴⁷ Ziegler, **a.g.e.**, § 176a kn. 20.

¹⁴⁸ Heger, § 176a kn. 15.

¹⁴⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176a kn. 36.

hareketler sonucu ölüm ortaya çıktığında ise çocuğun ölüm neticeli cinsel istismarından söz edilmeyecektir¹⁵⁰. Bu noktada belirtmek gerekir ki Alman doktrinindeki genel kabule göre; istismar edilen çocuğun intihar etmesi, suç sonucu oluşan gebelik veya psişik şok sebebiyle ölmesi suçun ağır neticesi olarak değerlendirilebilir. Zira çocuk ruhsal olarak yaşadıklarının üstesinden gelemediği için bu neticeler ortaya çıkmakta, ölüm neticesinin fiilden ne kadar sonra ortaya çıktığının bu bakımdan önemi bulunmamaktadır¹⁵¹. *Frommel* bu sorunu şu şekilde sistematize etmektedir: “*Mağdurdaki psişik bozulmalar temel suçun atipik bir sonucu sayılamaz, bu sonuca dayanan kendine zarar verme eyleminin de “mağdurun sorumluluğunda” görülüp objektif isnadiyet bağlantısını kestiği söylenemez.*”¹⁵².

Tartışma genişletilirse; bir görüşe göre mağdurun kendi davranışı sonucu ölmesinin, somut anlatımla mağdurun “kaçma” esnasında ölmesinin, de faile isnat edilmesi mümkündür. Sözgelimi mağdur tekrarlanacağını bildiği saldırılardan kaçmaya çalıştığında, bir zaruret hali içerisinde hareket etmekte olduğu için kendisinin ortaya çıkardığı bir tehlikeden dolayı öldüğü söylenemeyecektir¹⁵³. Diğer görüşe göre ise mağdurun failden kaçarken ölmesi durumları tipik bir tehlikenin gerçekleşmesinden bahsedilemeyeceğinden hiçbir şekilde m. 176b kapsamına girmeyecektir¹⁵⁴.

Üçüncü bir kişinin de müdahalesi söz konusu olduğunda isnat sorunu büyümektedir. Bu sorunun çözümü *Münih Şerhi*’nde şöyle formüle edilmektedir: “*Cinsel istismar fiili sonrası çocuğa yapılan eksik tıbbi müdahale nedeniyle ölüm gerçekleştiğinde başlangıç riskini fail yaratmış olduğundan isnat edilebilirlik devam ederken, tıbbi müdahaledeki hata ile yeni bir risk yaratıldığında isnat edilebilirlik sona ermiş olur.*”¹⁵⁵.

Son olarak hastalık bulaştırmada mağdurun rızası konusuna özenle yaklaşmak gerekmektedir. Kural olarak salt kasten yaralama suçu veya cinsel saldırı suçu sonucu hastalık bulaşması çerçevesinde konu ele alındığında, failin hastalığından bahsetmiş olması ve mağdurun bunu bilerek cinsel münasebette

¹⁵⁰ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176b kn. 5.

¹⁵¹ Eisele, **a.g.e.**, § 176b kn. 2; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176b kn. 6.

¹⁵² Frommel, **a.g.e.**, § 176b kn. 2.

¹⁵³ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176b kn. 7.

¹⁵⁴ Eisele, **a.g.e.**, § 176b kn. 2.

¹⁵⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176b kn. 9.

bulunması durumunda mağdurun hastalık bulaşma riskini bizzat göze aldığı ve rızasının bulunduğu söylenebilmektedir¹⁵⁶. Oysaki cinsel istismar suçunda, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden karine olarak yoksun bulunan on beş yaşından küçük çocuklar bakımından bu yorum geçerli olmayacaktır. On beş yaşından büyük çocukların algılama yeteneğine dair yapılacak değerlendirmenin de özellik göstereceği, mağdur çocuğun “söz konusu hastalığa sahip biriyle cinsel münasebette bulunmanın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerektiği göz ardı edilmemelidir. Failin hastalığına ve münasebetin ihtiva ettiği riske dair verdiği her yanlış veya eksik bilginin de iradenin etkilenmesi olarak nitelenmeye uygun olduğuna dikkat edilmelidir.

Hastalık bulaştırma konusunda ayrıca nedensellik bağının ve manevi unsurun tespiti problem teşkil etmektedir. Öncelikle bilhassa HIV virüsünün bulaşması sonucu ölümün gerçekleşmesi ile ilgili cinsel ilişki arasında büyük bir zamansal mesafe bulunmaktadır. Mağdurun yargılama esnasında hayatta olması halinde ölüm neticesi oluşmadığından, m. 87/2 b. a)’daki “iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalık” kapsamında değerlendirme yapmak gerecektir. Ek olarak failin kastının yaralamaya yönelik mi öldürmeye yönelik mi olduğunu belirlemek ya da olası kast – bilinçli taksir tartışması yapmak oldukça güçtür¹⁵⁷.

Ölüm, TCK m. 103/6’da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren bir ağır netice olarak düzenlenirken, TCK m. 87/4’te kasten yaralamanın süreli hapis cezasını gerektiren bir ağır neticesi olarak düzenlenmiştir. TCK m. 103/5’teki açık düzenleme gereği ölüm neticesinden dolayı failin bu iki hüküm uyarınca da cezalandırılmaya sevkettiğine dikkat çekilmelidir.

¹⁵⁶ Hastalığın gizlenmesi halinde izin verilen riskin bulunmadığı, korunarak ilişkiye girilmesi halinde taksire dayalı sorumluluk olabileceği vb. açıklamalar için bkz. Mustafa Ruhan Erdem, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, No:1-2, 2004, s. 73 – 91.

¹⁵⁷ İtalyan öğretisi ve uygulaması ışığında HIV virüsü bulaştırmada manevi unsur tartışması için bkz. Ozan Ercan Taşkın, “Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu”, **TBB Dergisi**, Sayı 79, 2008, s. 61 – 71.

IV. Nitelikli Hal ve Ağırlaşmış Netice Bakımından Manevi Unsur

A. Nitelikli Haller Bakımından

Suçun nitelikli halleri de failin kastı tarafından kapsanması gereken unsurlardır. Temel şekle ilişkin kastı bulunan fail, nitelikli hali taksirle gerçekleştirdiğinde veya suçu nitelikli hale getiren hususa ilişkin kastı bulunmadığında (bilmediğinde, öngörüp kabullenmediğinde) yalnızca basit cinsel istismar suçundan sorumlu olmaktadır. Bu bağlamda cinsel istismar suçunun nitelikli haline dair kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

Failin kastı haricinde mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim girmesinin suç ve cezaya bir etkisi bulunmamaktadır. Sözelimi cinsel organların birbirine sürtülmesi sırasında yanlışlıkla cinsel birleşmenin gerçekleşmesi ve failin durumu fark edince cinsel birleşmeyi sonlandırması halinde failin nitelikli hale dair kastından bahsedilemeyecektir.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi bakımından “suç üzerinde ortak hakimiyet kurma” ve “birlikte suç işleme kararı” bakımından kastın bulunması gerekmektedir. Bir görüşe göre bu nitelikli hal bakımından (Alman CK m. 176a f. 2 b. 2) için suç ortaklarının koordine olması gerektiğinden doğrudan kast olmaksızın nitelikli halin gerçekleşemeyecektir¹⁵⁸. İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenen suçlarda ise failin kastı ilgili ortamın yaşanılan (yatıp kalkılan) bir yer olduğu, yaşamın bu ortamda topluca sürdürüldüğü, mağdurun bu ortamda yaşayanlardan biri olduğu ve bu şartların cinsel eylemi gerçekleştirmesini kolaylaştırdığını kapsmalıdır. Dolayısıyla sözelimi fail mağdurun yalnızca ziyaretçi olduğunu düşündüğünde veya mağdur ile aralarındaki cinselliğin ilgili ortam haricindeki samimiyetlerine dayandığını varsaydığında nitelikli hal bakımından failin kastının bulunmadığı yorumlanabilecektir.

¹⁵⁸ Renzikowski, a.g.e., § 176a kn.

Fail ile mağdur arasında, ikinci grup cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller kapsamındaki ilişkilerden biri bulunduğunda, fail bu ilişkinin varlığını biliyor ya da en azından bu ilişkinin mevcut olma ihtimalini öngörüp bunu kabulleniyorsa (bu ilişki mevcut olması fiili işlemesini engellemeyecektiye) nitelikli hal oluşur. Yalnızca e) bendindeki açık ifadeden dolayı fiilini bu bende uygun ilişkiyi kötüye kullanarak işlediği konusunda failin kastı bulunmalıdır. Yoksa sözgelimi bir çocuğun bir polis memurundan korkması sebebiyle onunla cinsel eylemler gerçekleştirmeye rıza göstermesi ancak polis memurunun çocuğun kendisine aşık olduğunu zannetmesi durumunda nitelikli hal oluşmayacaktır.

Üçüncü grup nitelikli hallerdeki cebir ve tehdit fail tarafından gerçekleştirildiği için manevi unsur bakımından fazladan bir açıklamaya ihtiyaç bulunmamaktadır. İkinci gruba dahil çocuklara karşı suçun silahla işlenmesi bakımından ise failin yanında bulunan silahı mağdurun görüp bundan korkması fakat failin bunun farkında olmaması durumunda nitelikli halin oluşmayacağını belirtmek gerekmektedir. Silahın bulunmasının mağdurun iradesini ortaya koyması üzerinde bir etki yaratması yeterli olmakla beraber, bu durumun failin kastının kapsamında olması gerektiği de açıktır.

B. Ağırlaşmış Netice Bakımından

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların genel karakterini ortaya koyabilmek adına, ilgili açıklamalara yukarıdaki bölümde yer verilmiştir. Bu noktada ek olarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin düzenlemeler (TCK m. 23, Alman CK m. 18) gereğince failin, mağdurun ölümüne yönelik kastı bulunduğu anda öldürme suçu ile içtima hali oluştuğunu belirtmek gerekmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 176b kn. 1; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176b kn. 11; Ziegler, **a.g.e.**, § 176b kn. 3.

V. Kusurluluk

A. Kusurluluğu Azaltan veya Kaldıran Nedenler

1. Genel olarak

TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı Bölümünde birtakım kusurluluğu azaltan ve kaldıran neden düzenlenmiştir.

Bunlardan TCK m. 25/2'de yer verilen zorunluluk halinin özel bir incelemeyi gerektirmemektedir. Zira oldukça olağanüstü şartlar oluşmadığı sürece zorunluluk hali kapsamında cinsel istismar suçunun işlenmesi söz konusu değildir.

Failin cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında cinsel istismar fiilini gerçekleştirmesi halinde ceza sorumluluğunun kalkması mümkündür. TCK m. 28'de cebir ve şiddetin karşı koyulamayacak veya kurtulunamayacak seviyede, tehdit ve korkutmanın ise muhakkak ve ağır olması aranmaktadır. Bu durumda fail kasten hareket ediyor olsa da – iradesini ortaya koyma yeteneği ortadan kaldırıldığından – kusur yeteneği bulunmaksızın tipik fiili işlemiştir¹⁶⁰. 28. maddenin ikinci cümlesi gereği cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılmaktadır.

Mağdur açısından sağır ve dilsizliğe ilişkin yoruma ilgili başlık altında değinilmiş; irade yeteneğini doğrudan etkilemesi sebebiyle pozitif bir düzenlemeyle m. 31'deki yaş hadlerinin yukarı çekilmiş olduğu, benzer bir etkinin cinsel suç mağdurunun rıza ehliyeti bakımından geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir. TCK m. 33'teki düzenlemenin, failin kusur yeteneği ile mağdurun rıza ehliyetinin paralel şekilde yorumlanması gerektiğine dair görüş takip edilerek uygulanması gerekmektedir.

TCK m. 34 gereği geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olup kusur yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmemektedir. Dolayısıyla sözgelimi narkoz etkisinden çıkmamışken işlenen fiiller cezalandırılabilir değildir.

¹⁶⁰ Sözüer, a.g.m., s. 129.

Daha geniş bir değerlendirmeyi gerektiren TCK m. 32'deki akıl hastalığı, TCK m. 29'daki haksız tahrik, TCK m. 31'deki yaş küçüklüğü ve TCK m. 30/3'teki yasak hatası kurumlarına aşağıda yer verilecektir. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir neden bulunmamasına rağmen, bunlardan birinin şartlarının olduğu yönünde kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanmaktadır. Böyle bir hata tartışmasının yalnızca zorunluluk hali ve haksız tahrik kurumları bağlamında yapılması mümkün olup, bunların cinsel istismar suçu bakımından uygulama alanı kısıtlıdır.

2. Akıl hastalığı (Pedofili)

Sahip olduğu akıl hastalığı nedeniyle - kusur yeteneği unsurlarından - algılama yeteneği ve iradesini ortaya koyma yeteneği önemli derecede azalmış kişinin TCK m. 32 uyarınca cezalandırılmaması veya cezasının indirilmesi söz konusu olmaktadır. Birtakım cinsel bozuklukların bu bağlamda değerlendirilmesi mümkün görülse de kusur yeteneğine etki eden cinsel bozukluklar psikiyatri biliminde "ruhsal bozukluk" olarak kategorize edilmektedir¹⁶¹. Dolayısıyla 32. maddenin başlığı ile kavramsal bir uyumsuzluk söz konusudur. Aşağıda yalnızca, çalışma konusuyla doğrudan alakalı olan pedofilik bozukluk incelenecektir.

Her ne kadar birbirine karıştırılan kavramlar olsa da; her cinsel istismarcı pedofili ve her pedofili cinsel istismarcı değildir. Bir çocuğu herhangi bir cinsel olgunun herhangi bir parçası haline getirmekle cinsel istismar gerçekleşir. Oysaki pedofili, çocuklara cinsel yönelim duyma olarak tarif edilebilecek ruhsal bozukluk için psikiyatri biliminde benimsenen kavramdır. Bir kişinin pedofilik bozukluğa sahip olduğunun tespiti için;

- cinsel yönden uyarıcı fanteziler, cinsel dürtüler ya da davranışların
- ergenlik çağına gelmemiş (13 yaş ve altı) çocuklara yönelmesi,
- bu yönelimin yoğunluk arz etmesi ve
- en az 6 ay devam etmesi

¹⁶¹ Alper Evrensel, Aytekin Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü", **Anadolu Psikiyatri Dergisi**, C.XV, No:15 (Ek Sayı: 1), 2014, s. 43.

gerekmektedir¹⁶². Kriterlerden de anlaşılacağı üzere pedofilik bozukluğun mevcut olduğunun söylenmesi için kişinin harekete geçmesi şart değildir. Failin içten böyle bir yönelim duyması yeterlidir. Nitekim pedofilik kişilerin tamamının cinsel istismar teşkil eden fiiller işlemediği bilinmektedir. Kriminolojide bu ayırım, kişinin sahip olduğu “öz denetim kapasitesi” temelinde yapılmakta, pedofilik bozukluğa sahip kişilerin çoğunda bu kapasitenin düşük olduğu ifade edilmektedir¹⁶³.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere pedofilik bozukluğun, kişinin algılama yeteneği üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak pedofilik kişi, sahip olduğu cinsel bozukluk sebebiyle dürtülerini kontrol etme ve bunları eyleme dökmeme konusunda sorun yaşamaktadır¹⁶⁴. Suç teorisi açısından bakıldığında, bu sorunun seviyesine göre, kişinin irade oluşturma ve iradesini ortaya koyma yeteneklerinde zayıflıktan söz edilebilir. Bu iki unsurunda zayıflık bulunması sebebiyle kusur yeteneğinin azalmış olduğu tespit edildiğinde, TCK m. 32'nin işletilmesi mümkündür. Suçun ağırlığı ve çocukların korunmasına verilen önem sebebiyle pedofililerin cezalandırılmaması ihtimalini görmezden gelme eğilimi bulursa da, teorik olarak bir kleptomanın hırsızlık suçu işlemesi ile bir pedofilin cinsel istismar suçu işlemesi eşittir.

Alman Ceza Hukukunda failin salt pedofili oluşu ağır bir ruh hastalığının varlığının ve dolayısıyla kusur yeteneğinden yoksunluğun göstergesi olarak kabul edilmemektedir. Alman Yüksek Mahkemesinin içtihadı uyarınca kusur yeteneğinde önemli bir azalma olduğunun kabulü için failin içgüdülerine karşı gerekli direnci gösteremeyecek özellikte bulunduğu ve suç teşkil eden fiili, güçlü ve karşı koyulması zor bir içsel baskı sonucu işlemiş olduğunun tespiti gerekmektedir. Bunun somut olaydaki tespiti, failin cinsel eylemini sahip olduğu sapkın nitelikteki cinsel yönelime uygun bir davranış şablonuna göre gerçekleştirip gerçekleştirmediğine yapılmaktadır. Bu şablona göre tipik bir pedofilide; cinsel tatmin giderek azalırken

¹⁶²**Psikiyatride Hastalıkların Tanımlanması ve Sınıflandırılması Elkitabı**, Çev. Ertuğrul Köroğlu, 4. bs., Hekimler Yayın Birliği, 2001, Ankara.'dan aktaran: Ayten Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, Cilt.II, No:2, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2010, s. 134.

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cansu Gülergün, **Kriminoloji Yazıları**, Haz. Türkan Yalçın Sancar, Ankara, Savaş Yayınevi, Kasım 2015, s. 218 – 219.

¹⁶⁴ Pedofilik kişilerin irade ve dürtü kontrollerinde bozukluk olabileceği yönünde: Evrensel, Özşahin, **a.g.m.**, s. 46.

eylemlerin sıklığı artmalı, kurnazlık yoğunlaşırken zihinsel aktivite daralmalıdır¹⁶⁵. Mahkemenin bu değerlendirme sonucu kusur yeteneğinden yoksunluk tespit etmesi halinde Alman CK m. 20 uyarınca kusur sorumluluğu olmadığı tespit edilerek kişiye ceza verilmeyecek, kusur yeteneğinde yoksunluğa varmayan önemli bir azalma tespit edilmesi halinde ise m. 21 uyarınca m. 49/1'e göre cezada indirim gidilecektir. Ancak bu durumda kişinin bir psikiyatri hastanesine yerleştirilmesine karar verilecektir (Alman CK m. 63).

Türk kanun koyucusu cinsel istismar suçu bakımından 15 yaşın altındaki çocukların rıza ehliyeti olmadığını kabul ederek, hukuka uygunluk sebebi olan rızaya dair genel hükümlerden ayrılmış, böylece bu çocukların kendileri hakkında karar vermelerini de kısıtlayarak özel bir koruma alanı tesis etmiştir. Pedofiller ise bu koruma alanı bakımından potansiyel tehlike teşkil etmektedir. Bu tehlikelilikleri ise diğer tüm akıl ve ruh hastalıklarına sahip kişiler gibi, hastalık kaynaklıdır. Bu sebeple pedofiller açısından özel bir cezalandırılabilirlik alanı açmak yerine genel hükümleri olduğu gibi işletmek fakat güvenlik tedbirleri alanında bu kişileri antisosyal eylemler yapmaktan alıkoyacak önlemler almak yerinde olacaktır.

3. Haksız tahrik

Meşru savunmaya dair mülahazalarla paralel olarak cinsel istismar fiilinin haksız tahrik kurumu ile uyumluluğu tartışma konusu yapılabilir¹⁶⁶. TCK'nın 29. maddesindeki açık madde gereği haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için failin "hiddet veya şiddetli elem" saiki ile hareket etmesi gerekmektedir. Kişinin "hiddet veya şiddetli elem" saikiyle harekete geçmesinin şart koşulduğu bir kurumun, saikin cinsel dürtülerden oluştuğu suçlar bakımından uygulanması yapısal ve kategorik olarak mümkün olmadığı düşünülebilir¹⁶⁷. Oysaki yukarıda açıklandığı üzere, cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi için failde cinsel saikin bulunması zorunlu olmadığından, kişinin başka saiklerle de cinsel suç işlemesi mümkündür.

¹⁶⁵ BGH, Beschluß vom 17. 7. 2007 - 4 StR 242/07 (LG Bielefeld); BGH, Beschluß vom 7. 2. 2004 - 4 StR 574/03 (LG Münster).

¹⁶⁶ Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 218.

¹⁶⁷ Herhangi bir haksız fiilin, cinsel istismar niteliğindeki bir eyleme sebep olamayacağı yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 500.

Sonuç olarak yalnızca failin cinsel uyarım amacıyla hareket ettiği hallerin tamamen dışlanması olanaklıdır. Zira elem veya keder saiki ile cinsel uyarım amacının bir arada bulunması söz konusu olamayacaktır. Ancak ilgili eylemin objektif olarak cinsel nitelik arz ettiği ve yahut failin mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etme amacının saptanarak eyleme cinsel nitelik atfedildiği hallerde haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir. Sözelimi kişinin kendisine karşı ağır bir suç işlemiş kişiye ya da kendisine mütemadi olarak sarkıntılıkta bulunan kişiye karşı intikam almak amacıyla gerçekleştirdiği cinsel eylemler haksız tahrik kapsamında değerlendirilebilecektir. Buna karşın sosyal hayattaki cinsel tahrik ile hukuki bir kurum olan haksız tahrikin örtüşmediği muhakkaktır. Mağdurun, failin cinsel dürtülerini harekete geçirdiğinden bahisle haksız tahrik kurumunun uygulanması mümkün değildir. Aksi yorum hukuk mantığına aykırı olduğu gibi, düzenlemede sınırlı sayıda sayılmış olanlar haricindeki bir saike haksız tahrik bakımından değer atfettiğinden kanuna da aykırı olacaktır. Bu husus yalnızca cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınabilecektir.

4. Yaş küçüklüğü

Cinsel istismar düzenlemesinde mağdurun yaşına dair ayrımlara yer verilmiş olmasına karşın failin yaşına dair bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu şekilde kanun koyucu failin yaşının yalnızca genel hükümlere göre suç ve cezaya etki etmesini tercih etmiştir. Oysaki bir fiilin istismar olarak nitelenmesine sebep olan mağdurun astlığı kadar failin üstlüğüdür; istismar bir görecelilik meselesidir. Her ne kadar bu konuda doğrudan özel bir düzenleme olmasa da genel hükümlerden sapan birtakım yorumlar yapılması mümkündür.

Bu bağlamda TCK m. 103/1'de rıza ehliyetine dair yapılan düzenleme ile m. 31 vd.'nda failin kusur sorumluluğuna dair yapılan düzenlemenin karşılaştırılması oldukça önemlidir. TCK Genel Hükümlerdeki "Yaş Küçüklüğü" düzenlemesi ile cinsel istismar suçundaki tasnifin uyumsuz olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira 103. maddedeki "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama" kriteri, yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddedeki "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği" kriteri ile paraleldir ve kavramsal olarak kusur yeteneğinin yanında rıza ehliyetini de işaret etmektedir. İki düzenlemede aynı

kriterin kullanılmış olmasına karşın yaş tasnifi paralel değildir. Aynı kriter ile fail bakımından tüm suç tipleri için 0 – 12, 12 – 15, 15 – 18 şeklinde üç yaş grubu öngörülmüşken mağdurun yaş küçüğü olduğu cinsel istismar suçunda mağdur bakımından 0 – 15, 15 – 18 şeklinde iki yaş grubu öngörülmüştür¹⁶⁸. Dolayısıyla 12 – 15 yaş aralığındaki bir çocuğun dahil olduğu bir cinsel eylemde; 31. maddeye göre çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunduğu ve kusurlu bir fail olduğu kabul edilebilecekken, 103. maddeye göre aynı çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden (dolayısıyla rıza ehliyetinden) yoksun olduğu ve maddenin mutlak koruması altında bulunduğundan çocuğun mağdur statüsünde olduğunu söylemek gerekecektir. Taraflarını 12 – 15 yaş aralığındaki çocukların oluşturduğu bir cinsel eylem bakımından 31. madde iki çocuk için de yeteneğin varlığına dair değerlendirme yapılmasına cevaz verirken, 103. madde bu konuda değerlendirme yapmayı dahi yasaklamaktadır.

Pozitif ve pratik görünümü bu şekilde olan sorunun suç teorisi bakımından da karşılığı bulunmaktadır. “Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” kriteri mağdur açısından bakıldığında rıza ehliyetinin, fail açısından bakıldığında ise kusur yeteneğinin birinci unsurudur¹⁶⁹. Dolayısıyla algılama yeteneği bulunmayan birinin, suç teşkil eden bir fiile geçerli bir rıza göstermesi de suç teşkil eden bir fiili kusurlu fail olarak işlemesi de mümkün değildir. Bu paralellik sebebiyle doktrinde kusura dair düzenlemelerin genel olarak rıza ehliyeti açısından belirleyici olması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁷⁰. O kadar ki Roxin’e göre, yaş küçüklüğüne dair düzenlemeye göre kusur sorumluluğunun başladığı yaş, rıza ehliyeti bakımından da geçerli olmalıdır¹⁷¹.

İki düzenleme arasındaki bu uyumsuzluk; cinsel fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını anlamak bakımından 103. maddenin bir özel düzenleme teşkil ettiği, 12 – 15 yaş aralığındaki bir çocuğun cinsellik algısının mutlak olarak gelişmemiş olduğu kabul edilerek giderilebilir. Böylece 15 yaşın altındaki kişiler kanunen cinsel fiillerin

¹⁶⁸ 2.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun ile 12 yaş altındaki çocuklar bakımından bir nitelikli hal öngörülmüş olsa da bu değişikliğin düzenlemenin genel sistematığına bir etkisi bulunmamaktadır.

¹⁶⁹ Algılama yeteneğinin kusurun bir unsuru olduğu yönünde: Jescheck, **a.g.e.**, s. 392; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s. 476.

¹⁷⁰ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 360.

¹⁷¹ Aktaran: Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 145.

anlam ve sonuçlarını algılayamadıklarına göre, bu kişilerin cinsel fiiller bakımından kusur ehliyetleri bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu kendi içinde tutarlı çıkarım takip edildiğinde, 15 yaşını doldurmamış çocukların cinsel suç teşkil eden her türlü fiili bakımından ceza sorumluluğu ortadan kalkmış olacaktır.

Nitekim Türk doktrininde cinsel istismar suçu dahilindeki mağdurun algılama yeteneğine dair düzenlemenin fail bakımından da geçerli olabileceğine yönelik bir görüş bulunmasa da; genel hükümlerde failin kusurluluğuna ilişkin düzenlemelerin (geçici neden, alkol veya uyuşturucu etkisi) cinsel istismar suçunda mağdurun iradesini etkileyen neden olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁷². Failin kusur yeteneğine ilişkin düzenlemeler mağdurun irade yeteneği bakımından uygulanabilir ise, mağdurun algılama yeteneğine ilişkin düzenleme de failin kusur yeteneğinin tespiti bakımından yol gösterici olmalıdır.

15 – 18 yaş aralığındaki çocuklar bakımından ise ayrı bir kabulle sonuca ulaşmak hiçbir şekilde mümkün olmamaktadır. Zira m. 31/3 hükmü uyarınca üçte birlik sabit indirim oranının uygulanmasından başka bir seçenek mevcut olmayıp, bu yaştaki çocukların algılama yeteneğine dair somut değerlendirme yapma olanağı bulunmamaktadır. Oysaki 103. maddenin birinci fıkrasının a) bendi uyarınca bu yaş grubundaki çocukların cinsel davranışlar bakımından algılama yeteneği olup olmadığı mahkeme tarafından takdir edilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin son dönemde verdiği iptal kararlarında bu soruna dikkat çekildiği görülmektedir. 12.11.2015 tarihinde 103. maddenin ikinci fıkrasının iptaline ilişkin hükmün farklı gerekçesinde, yaş küçüklüğüne ilişkin genel hükmün tüm suçlar bakımından aynı ceza indirimini öngörmesinin sakıncalı olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁷³. Yine birinci fıkranın a) bendindeki “tamamlamamış” sözcüğü yönünden birinci fıkranın birinci ve ikinci cümleleri hukuk devleti ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirken karar gerekçesinde mahkemelere olaya özgü takdir marjı bırakılmadığına; düzenlemenin mevcut şekliyle mağdurların farklı yaş kategorilerinde olması veya failin de küçük olması gibi durumların dikkate alınarak cezanın tayin edilmesi imkanının ortadan kaldırıldığına, suçla ceza arasındaki adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesine sebep

¹⁷² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 397.

¹⁷³ AYM 2015/26 E., 2015/100 K., 12.11.2015 T.

olabileceğine değinilmiştir¹⁷⁴. Kanun koyucunun 6763 sayılı Kanun ile yaptığı değişiklikte iptal kararlarındaki gerekçeleri dikkate almadığı açıktır. Zira düzenlemenin son halinde yine failin de küçük olmasına dair bir düzenleme bulunmadığı gibi takdir marjı daha da daraltılmıştır.

Son olarak belirtilebilir ki Alman Ceza Hukukunda ileri yaştaki kişilerin işlediği cinsel suçlar bakımından da kusur ele alınabilmektedir. Bilhassa kişinin ilk defa suç işlediği hallerde “Azalmış kusur yeteneği” başlıklı Alman CK m. 21’in şartlarının incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁵. Nitekim 70 yaşındaki bir failin yalnızlık çektiğini, mağdur çocuğa karşı zaman içinde sevgi ve aşk duyguları hissetmeye başladığını iddia ettiği bir olayda Alman Federal Yüksek Mahkemesi sanığın ilk derece mahkemesince itibar edilen beyanlarını ve yüksek yaşına rağmen ilk defa suç işlemiş olmasını gerekçe göstererek sanığın durumunun m. 21’e göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁶.

B. Yasak Hatası

Yasak hatasını düzenleyen TCK’nın 30. maddesinin 4. fıkrasına göre: “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”¹⁷⁷. Cinsel istismar suçu özelinde ifade edilecek olursa, çocuk üzerinde cinsel eylem gerçekleştirmenin haksızlık oluşturmadığını düşünen ve bu düşünceye kaçınılmaz¹⁷⁸ olarak sahip olan kişinin kusuru bulunmadığından cezalandırılması söz konusu olmaz. Ancak herhangi bir kişinin böyle bir kaçınılmaz hataya düşmesi hakikatte mümkün müdür? Kanun koyucunun, 16 yaşındaki bir çocuğun evlenmeye ve aile kurmaya ehil olabileceğini yasal düzenlemeye bağlamış olduğu bir toplumda yaşayan bir kişinin bu hataya düşebileceği kabul edilmelidir.

¹⁷⁴ AYM 2015/108 E., 2016/46 K., 26.05.2016 T.

¹⁷⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 70.

¹⁷⁶ BGH, Beschluß vom 06.11.1992 - 2 StR 480/92 (LG Bonn).

¹⁷⁷ Yasak hatasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ragıp Barış Erman, **Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s.186 vd; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 227 vd.

¹⁷⁸ Kaçınılabilirlik kıstasına ilişkin açıklamalar için bkz. Jescheck, **a.g.e.**, s. 412.

Buna karşın cinsel istismarda yasak hatasının uygulama alanının dar olacağını belirtmek gerekmektedir¹⁷⁹. Özellikle cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlere dayalı olarak işlenen fiillerde; mağdurun yaşının 15'ten fazlası küçük olduğu durumlarda yasak hatasına dair değerlendirmenin olumlu sonuç vermesi mümkün değildir. Zira bu hallerde failin işlediği fiilin haksızlık içerdiğine dair kaçınılmaz bir yanılığa düşme olanağı mevcut değildir; bu durumlarda çocuğun sağlıklı bir rızasının bulunamayacağı açıktır. Ancak sözgelimi dünya ile irtibatı zayıf biçimde yaşayan ve ailesi tarafından (gayri resmi olarak) evlendirilen kişinin, evlendiği kişi ile gerçekleştirdiği cinsel eylemlerin haksızlık teşkil etmeyeceğine ilişkin hatasının kaçınılmaz olduğu tespit edilebilir¹⁸⁰. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK'nın yeni yürürlüğe girdiği zamanlarda eski TCK'daki evlenmeyi cezasızlık sebebi olarak gören 423. maddenin yürürlükte olduğuna ilişkin hataya¹⁸¹ düşülmesi mümkündür. Yine – cinsel istismar suçu bakımından uygulama alanı pek olmasa da – hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusunda düşülen hata da yasak hatası kapsamındadır¹⁸².

¹⁷⁹ Yargıtay Genel Kurulu'nun cinsel istismar suçunda yasak hatasına ilişkin değerlendirme yapmadığı ancak sanığın TCK m. 30/4'ten yararlanması gerektiği yönünde karşı oyların bulunduğu kararlar için bkz. CGK 2013/14-564 E., 2013/445 K., 12.11.2013 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-14-564.htm>, 23.10.2016. CGK 2013/14-749 E., 2015/277 K., 15.9.2015 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-14-749.htm>, 23.10.2016.

¹⁸⁰ Koca/Üzülmez de örf ve adete uygun şekilde, aleni merasimle yapılan evlilikler bakımından yasak hatasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 319 – 320.

¹⁸¹ Bkz. karşı oy yazısı; CGK, 2013/14-575 E., 2014/76 K., 18.2.2014 T.

¹⁸² Hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata ile hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata ayırımına dair bkz. Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 704.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE YAPTIRIM

I. Suça Teşebbüs

A. Genel olarak

Teşebbüs kurumu; tipik fiilin bulunmadığı veya tipik neticenin ortaya çıkmadığı olaylara ceza hukukunun değer atfetmesini, diğer bir deyişle tamamlanmamış veya sona ermemiş suçların cezalandırılmasını sağlamaktadır¹. TCK m. 35'te teşebbüsün oluşması için suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması aranmaktadır. Yargıtay "elde olmayan sebepler"e ilişkin; engelleyici etkinin "ciddi" olması ve failin "icra hareketlerini devam ettirme imkanının bulunmaması" ölçütleri çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır². Ayrıntılı açıklamalara gönüllü vazgeçme kapsamında yer verilecektir.

Suç tipinin çizdiği sınırların ötesinde bir cezalandırılabilirlik alanı yarattığından teşebbüsün kapsamının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Genel olarak suç; planlama, hazırlık, teşebbüs, tamamlanma ve sona erme

¹ İcra hareketlerinin bitmesi için "suçun tamamlanması" (Vollendung), tipik neticenin ortaya çıkması için "suçun sona ermesi" (Beendigung) ifadeleri kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, 2001, s. 285 – 286.

² "sanığın ... evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkânı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali isteği ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılma 5237 sayılı Kanunun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir." CGK, 2014/600 E., 2015/194 K., 26.05.2015 T.

"... sonrasında eylemini kendiliğinden sonlandırarak mağdurenin ellerini çözüp evden ayrıldığı sabit olup, engel neden bulunmadığından eylemine devam etme imkanı varken sanığın eylemine kendiliğinden son verdiği ve eylemin o ana kadarki gerçekleşme şekli dikkate alındığında, eylemin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir." CGK, 2014/8 E., 2014/186 K., 15.04.2014 T.

aşamalarından oluşmaktadır³. Teşebbüs aşamasının sınırlarını çizmek adına suç yolundaki iki noktanın belirlenmesi zorunludur. Bunlar; icra hareketlerinin başladığı an ile sona erdiği andır. Cinsel istismar suçu dahilinde, fiil unsuru bakımından biri hafifletici biri ağırlaştırıcı iki nitelikli hal bulunmaktadır. İlgili bölümde açıklandığı üzere belirli bir seviyede kurulan bedensel temas ile sarkıntılık hali (TCK m. 103/1 - 2. cümle), bu seviyeyi aşan bedensel temas ile temel hal (TCK m. 103/1 - 1. cümle), organ veya sair cisim sokma derecesindeki eylemlerle nitelikli hal (TCK m. 103/2) oluşmaktadır.

Cinsel istismar suçunda tipik fiilin gerçekleştirilmesi ile teşebbüs aşaması bitmekte, suç tamamlanmaktadır. Dolayısıyla teşebbüs kurumunun sınırlarının belirlenmesi için tipik fiilin ortaya çıktığı anın tespiti gerekmektedir. Failin cinsel davranışı sonucu fail ile mağdur arasında bedensel temasın olduğu an sarkıntılık hali kesin olarak tamamlanmaktadır. Bu noktada sarkıntılık ile aynı anda cinsel istismarın basit ve hatta nitelikli halinin de tamamlanmasının mümkün olduğuna dikkat edilmelidir. Anlık bir hareket başka sebeplerle sarkıntılık halini aşabildiğinden sözcülemi failin mağdurun cinsel organını öptüğü anda basit hal, failin mağdurun anüsüne parmağını soktuğu anda nitelikli hal tamamlanacaktır. Denebilir ki mağdurun bedeni üzerindeki cinsel eylemin belli bir ağırlığı bulması ile basit hal, organ veya cismin mağdurun vücuduna sokulmasıyla da nitelikli hal tamamlanmaktadır. Basit halin tamamlanmasını sağlayan ağırlığın soyut olarak tespiti mümkün olmamakla beraber nitelikli halin vücut yüzeyindeki sınırların aşılmasıyla olduğu net olarak ortaya koyulabilmektedir. Pratikte karşılaşılabilecek bir durum olsa da; önce bedensel sınırın aşılması ardından bedensel temasın gerçekleşmesi halinde bedensel sınırın aşıldığı anda nitelikli halin tamamlandığı kabul edilmelidir.

Cinsel istismar suçu düzenlemesi, işlenen fiilin ağırlığına göre bir nevi derecelendirme teşkil eden nitelikli haller ihtiva ettiğinden teşebbüsün subjektif unsuru bakımından da objektif unsur bakımından da her hale göre özel bir belirleme yapılması gerekecektir.

³ Suçun aşamaları için bkz. Bernd Heinrich, **Strafrecht – Allgemeiner Teil / Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt**, 2. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2010, s. 295 – 301; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Völlig neu überarbeitete Auflage, Baden-Baden, Verlag Nomos, 2011, s. 247.

Teşebbüse dair yapılan somut suç değerlendirmesinde öncelikle failin cinsel istismar suçunu işlemeye yönelik “suç kararı” veya “suç öngörüsü”, diğer bir deyişle çocuğun bedeni üzerinde bir cinsel davranış gerçekleştirmeye yönelik kastı tespit edilmelidir. Teşebbüsün genel olarak olası kast ile de gerçekleştirilmesi mümkündür⁴. Fakat cinsel suçlar bakımından, objektif gözlemciye göre cinsel nitelikli eylemler ile failin amacı çerçevesinde cinsel nitelik atfedilen eylemlerin ayrımı önem arz etmektedir. Zira eylem objektif gözlemciye göre kesin bir cinsel niteliği haiz olduğunda, teşebbüs olası kast ile de gerçekleştirilebilecek iken eylemin cinsel niteliği failin amacına göre belirlendiğinde doğrudan kastın varlığı zorunludur⁵. Failin cinsel uyarım ya da mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal amacı güderken fiili olası kast ile gerçekleştirmesi mümkün değildir. Ortaya çıkmamış bir davranış ile ilgili bu belirlemenin yapılması bazı durumlarda zor olsa da failin yöneldiği davranışın bedensel temas içerip içermediği, içeriyorsa bunun cinsel nitelikli olup olmadığının tespit edilmesi zorunludur.

Failin kastı ve kastedilen davranışın cinsel niteliği tespit edildikten sonra, bu davranışın yukarıda anılan derecelendirmeye göre konumlandırılması gerekmektedir. Failin, mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim sokmaya yönelik kastı tespit edilmediği takdirde, sarkıntılık ile basit hal ayırımına ilişkin tartışma yapılmalıdır. Kastedilen davranışın, ortalama bir cinsel istismar fiiline göre hafif nitelikte sayılmasını haklı gösterecek – temasın süresinin kısa oluşu, temas edilen yerin cinsellikle ilişkisinin zayıflığı vb.⁶ – hususların belirlenmesi halinde sarkıntılığa teşebbüsten hüküm kurulacaktır. Sarkıntılık seviyesinde bir bedensel temasın zaten kurulduğu durumlarda suçun temel şekline ilişkin teşebbüs tartışmasının yapılabileceği gözardı edilmemelidir⁷. Aynı yorum basit cinsel istismar ile nitelikli

⁴ “Olası kast netice ile belirir.” kuralından hareketle aksi yönde: Fatih Selami Mahmutoğlu, “Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu ve Bu Yolla Bulaşan Hastalıkların Ceza Hukuku Açısından İrdelenmesi ve Bu kapsamda Mağdur Çocukların Ceza Yargılamasındaki Özel Konumu – Bu Süreçte Hekimlerin Hak ve Yükümlülükleri Bağlamında Karşılaştıkları Birtakım Olası Hukuksal Sorunlar”, **Dermatolojide Gelişmeler – 9**, İstanbul, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deri ve Zührevi Hastalıklar Anabilim Dalı ve Dermatoloji Akademisi Derneği Yayınları, 2011, s. 330.

⁵ Doğrudan kast veya amaç ile gerçekleştirilmesi gereken suçlara olası kast ile teşebbüs edilemeyeceği yönünde: Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 492.

⁶ Fiil unsuru dahilinde yapılan açıklamalara bakınız.

⁷ Benzer yönde: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015, s. 397.

cinsel istismar (TCK m. 103/2) arasında da geçerlidir⁸. Burada belirleyici olan yalnızca failin kastı olup; kast tamamlanan hafif hale yönelik olduğunda tamamlanmış suçtan, tamamlanmayan ağır hale yönelik olduğunda tamamlanmayan hale teşebbüs edilmiş suçtan söz edilecektir⁹.

Fail istediği şekilde, istediği yere temas edememiş olsa da temas gerçekleştiği anda suç tamamlanmış olur. Ancak bu temasın bizatihi cinsel nitelik arz etmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Öyle ki cinsel davranışlarda bulunmak üzere mağduru başka bir yere götürmek için tutan failin bu temasının cinsel davranış olduğu söylenemeyecektir. Bu durumda ancak teşebbüs aşamasına geçilip geçilmediğine dair tartışma yapılabilir.

Buraya kadarki değerlendirme ile yalnızca failin iç dünyasına dair sonuçlara ulaşılmaktadır. Ancak failin zihnindeki suç işleme düşüncesi cezalandırılabilirlik için yeterli değildir; bu düşüncenin dış dünyada birtakım yansımalarının bulunması gerekmektedir. Failin suç yolunda hazırlık hareketlerini bitirip icra hareketlerine başladığı andan sonra failin suç düşüncesi ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir.

Bu noktada bir parantez açarak, cinsel istismar suçunda fiil unsuru ile netice unsurunun bitişik olması sebebiyle basit cinsel istismar suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde bir görüş mevcut olduğunu belirtmek gerekir¹⁰. Ancak “hukuki değer doğrudan tehlikeye sokulması”¹¹ ile teşebbüs aşamasına geçildiği kabul edilmesi halinde, tipik hareket icra edilmeden önce teşebbüsün oluşması ve dolayısıyla fiilin işlenmesiyle tamamlanan cinsel istismar suçuna teşebbüs edilmesi mümkün görülmektedir. Bu yoldaki değerlendirmede “hukuki değer doğrudan tehlikeye sokulması” (“zamansal ve mekansal doğrudanlık”) ve “failin davranışı ile

⁸ CGK 2014/14-8 E., 2014/186 K., 15.4.2014 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2014-14-8.htm>, 16.04.2017. CGK 2013/14-496 E., 2014/97 K., 25.2.2014 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2013-14-496.htm>, 16.04.2017.

⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 788, dn. 27; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016, s. 369.

¹⁰ Cinsel saldırı suçuna teşebbüs bakımından bu yönde: Pınar Memiş Kartal, **Cinsel Saldırı, (Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-)**, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 475.

¹¹ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 794.

suçun gerçekleşmesi arasında bir ara hareket bulunmaması” gibi yardımcı ölçütlerden de istifade edilmektedir¹².

Teşebbüsün objektif unsuru dahilinde, doğrudanlığın yanında elverişlilik değerlendirmesi de yapılmaktadır¹³. Cinsel istismar suçu bakımından ölü çocuk bedeni üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmesi, vücuda duhulü mümkün olmayan büyüklükte bir cismin araç olarak kullanılması, çocuğun tırnağına dokunulmaya çalışılması¹⁴ elverişsiz teşebbüs teşkil edecektir. Sözelimi vücuda sokulmaya çalışılan cismin vücuda girmeyeceği ex-ante gözlemle anlaşılabilir olduğunda elverişsiz teşebbüsten bahsedilecek; ex-ante gözlemle vücuda gireceği değerlendirilebilecek bir cismin vücuda girmemiş olması halinde ex-post değerlendirme ile cismin vücuda girmeye elverişsiz olduğu söylenmeyecek, fail teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Elverişsiz teşebbüs, Türk Ceza Hukukunda cezalandırılabilir değildir. Zira TCK m. 35'te açıkça icra hareketlerinin elverişli olması aranmaktadır. Buna karşın Alman CK m. 23/3'teki düzenleme gereği Alman Ceza Hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılabilir.

Elverişsiz teşebbüs, yaşa dair hata hallerinde de meydana çıkabilmektedir^{15,16}. Örneğin geçerli rızası bulunan on altı yaşında bir küçükle cinsel davranışlar gerçekleştiren kişi, küçüğün on beş yaşından küçük olduğunu düşündüğünde; on beş yaşından küçük çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirmeye yönelik konu bakımından elverişsiz teşebbüste bulunmuş olur ve ceza sorumluluğu doğmaz. Failin çocuğu 12 yaşın altında sanması ve çocuğun 12 ila 15 yaş arasında olması halinde ise ağır hale yönelik kastın daha hafif hali de kapsadığından hareketle tamamlanmış basit cinsel istismar suçundan sorumluluk

¹² Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Straftat**, 6., überarbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011, s. 199; Gropp, **a.g.e.**, s. 291; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 43., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013, s. 240; Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2012, s. 511; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 251.

¹³ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 805 vd.; Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s. 187.

¹⁴ Açıklandığı üzere objektif gözlemciye göre cinsel nitelik arz etmeyen fiiller – bedensel temas bulunsa dahi – cinsel suçların kapsamı dışında bulunmaktadır.

¹⁵ Fail 14 yaşından küçük olduğu hatalı düşüncesi ile bir çocuğa cinsel fiillerde bulunduğu da elverişsiz teşebbüs vardır. Hans-Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Verlag Duncker u. Humblot, s. 472.

¹⁶ Hata hallerinin teşebbüs aşamasında kalmış suçlara etkilerine dair geniş açıklamalar için bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 172 vd.

doğar. Zira 12 yaşa dair hüküm cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli haldir; var olmayan bir ağırlatıcı sebebi var sayan failin bu hatasının ceza sorumluluğuna bir etkisi olmaz. Failin kastı bir çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirmeye yönelik olduğunda fakat hataen bir yetişkine karşı cinsel davranış gerçekleştirdiğinde ise cinsel istismar suçuna konu yokluğu sebebiyle elverişsiz teşebbüs etmiş olacak, değerlendirme tamamlanmış cinsel saldırı suçuna ilişkin yapılacaktır.

Hareketlerin doğrudanlığı ve elverişliliğine dair değerlendirme tipik fiil, açık deyişle çocuğun bedeni üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranış bakımından yapılmalıdır. Cinsel istismara yönelik kastı bulunan failin cebir, tehdit veya hilesi ya da onun tarafından yaratılan iradeyi etkileyen neden; teşebbüs değerlendirmesine yardımcı olmakla beraber bu değerlendirmenin odağında olamayacaktır. Fail bu hususları gerçekleştirse dahi henüz teşebbüs aşamasına geçilmediği çünkü çocuğun vücut dokunulmazlığının henüz somut tehlikeye sokulmadığı, bunların gerçekleştirilmesiyle tipik fiilin işlenmesi arasında yeterli darlıkta bir zamansal veya mekansal bağlantı bulunmadığı söylenebilecektir. Failin uzaktaki bir yere götürmek üzere çocuğu aracına bindirmek için cebir uygulaması, gelecek bir zamanda evine gelmesi için çocuğu tehdit etmesi; bu suç unsurlarının gerçekleşmesine rağmen teşebbüs aşamasına geçilmediği durumlara örnektir¹⁷. Aksi görüş benimsendiğinde teşebbüsün başlangıcı, fiil anından haftalar, aylar öncesine kadar gerileyebilecektir.

Alman doktrininde genel olarak somut tehlikenin başladığı an esas alınarak, daraltıcı yorum yapılmaktadır. Sözelimi failin çocuğa belirli bir yere gelmesini söylemesi hazırlık hareketi sayılmaktadır. Dahası genel görüşe göre fail mağduru cinsel eylemler gerçekleştirmek üzere bir yere götürdüğünde teşebbüsün başladığının kabul edilebilmesi için failin yolda çocuğun iradesini uygun şekilde etkilemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde salt çocuğun başka yere götürülmesi ile teşebbüs aşamasına geçilmiş olmayacak, burada iradesini etkilemeye doğrudan başladığında teşebbüs mevcut olacaktır. Daha dar bir yoruma göre çocuk cinsel eylemlerin gerçekleşeceği yere götürüldüğünde ve artık çocuğun itaat etmesi için gerçekleştirilmesi gereken hiçbir eylem kalmadığında teşebbüs mevcut olduğu

¹⁷ Benzer tartışma için bkz. Pınar Memiş Kartal, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 222 – 223.

söylenir. Aynı açıklamalar failin çocuğu bizzat götürmeyip bir odaya çağırdığı olaylar için de geçerlidir¹⁸.

Doğrudanlığa ilişkin ölçütlerin kullanımının ve elverişliliğin değerlendirmeye olan etkisinin cinsel istismar suçu bakımından somutlaştırılması adına örnek üzerinden açıklama yapılması uygun olacaktır.

Basit cinsel istismar suçunu işleme kastına sahip bir kişi, çocuğun içinde bulunduğu odanın kapısını açmak üzere davrandığında kapının kilitli olduğunu görerek kilidi kırar ve odaya girer: Bu kişi kilidi kırarak kapıyı açtığı anda teşebbüs başlamaktadır. Zira bu andan itibaren suçu işlemekle arasında ne önemli sayılacak bir hareket ne zamansal ve mekansal bir uzaklık kalmıştır, çocuğun cinsel dokunulmazlığı artık somut bir tehlike altındadır, suç için gerekli olan bedensel teması oluşturmak yolunda doğrudan doğruya icra hareketlerine başladığı söylenebilmektedir. Oysaki kilitli kapı, kapı kolu çevrilmek suretiyle açılmak istendiğinde henüz doğrudanlık oluşmamıştır, arada kilitli bir kapı bulunması ölçütlerin sağlanmasını engellemektedir. Kilitli kapının kapı kolunun çevrilerek açılması objektif olarak mümkün olmadığından bu hareket teşebbüs aşamasına geçilmesi bakımından elverişsizdir.

Önemli sayılacak bir ara hareketin bulunmaması şartına ilişkin bir başka örnek verilebilir. Kişi dairenin sokak kapısının kilidini kırarak içeri girer, çocuğun içinde bulunduğu odanın kapısının kilitli olduğunu fark edince onu da kırarak odaya girer: Bu durumda teşebbüsün başlangıç anının daha geri çekilmesi mümkündür. Zira sokak kapısının kilidini kırmak üzere hazırlık hareketlerini yapmış biri için bir oda kapısının kilidini kırmak önemli sayılacak bir ara hareket teşkil etmemekte, suçun oluşumu ile arasına önceki örnekteki benzer bir zamansal ve mekansal mesafe koymamaktadır. Uygun kastı bulunan bu kişinin, çocuğun bulunduğu konuta girmesiyle çocuğun cinsel dokunulmazlığının somut tehlike altına girdiği, doğrudan icra hareketlerine başlanmış olduğu söylenebilecektir.

Görüleceği üzere her somut olaya sorunsuz şekilde uygulanabilecek bir teşebbüs formülü bulunmamaktadır. Teşebbüs değerlendirmesi yapılırken anılan

¹⁸ Jörg Eisele, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, § 176 kn. 24, § 182 kn. 17. Benzer açıklamalar için bkz. Joachim Renzikowski, **Münchener Kommentar zum StGB**, Münih, Verlag C.H. Beck, 2012, § 176 kn. 60, § 182 kn. 69 – 70.

ölçütler çerçevesinde, yalnızca failin hareketlerini yaptığı anda objektif gözlemci tarafından algılanabilecek hususlar dikkate alınmalıdır.

B. Nitelikli Hale Teşebbüs ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Teşebbüs

Nitelikli hale teşebbüsün kabul edilmemesi için bir neden bulunmamakla birlikte^{19,20} failin kastının nitelikli hali kapsadığının tespit edilmesi büyük zorluk arz etmektedir. Failin kastının nitelikli unsurları kapsadığının tespit edilmesi halinde tamamlanmış basit hal ile teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli hal arasında fikri içtima bulunacaktır. Teşebbüs indirimi göz önünde bulundurulduğunda; tamamlanmış basit halin 8 ila 15 yıl arasında, nitelikli hale teşebbüsün ise 4 yıldan başlayarak cezalandırılması söz konusudur. Fikri içtima kuralı uyarınca iki bakımdan da cezanın belirlenip yüksek olan cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Nitelikli hale teşebbüs bakımından şüpheden sanığın yararlanacağı unutulmadan deliller değerlendirilmelidir.

Birinci grup cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hale (TCK m. 103/2) ilişkin açıklamalar yukarıda yapıldığından, fail sayısı ve yer bakımından nitelikli haller [TCK m. 103/3 b. a), b)] ise teşebbüs bakımından özellik arz etmediğinden bu nitelikli hallere bu başlıkta değinilmeyecektir. Ancak ikinci fıkraya ilişkin bir örnek verilmesi faydalı olabilecektir.

Kişi çocuk ile cinsel ilişkiye girmek kastıyla çocuğun odasına girer, çocuğun giysilerini çıkarmak için çekiştirmeye başlar ve çocuğu soyar: Fail ve mağdurun henüz giyinik durumda olması ve failin kastettiği eylemi gerçekleştirmek ile arasında önemli sayılacak ara hareketler bulunması sebebiyle basit cinsel istismara teşebbüsün aksine cinsel ilişkiye teşebbüs başlamamıştır. Ancak cinsel ilişki

¹⁹ Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 327.

²⁰ Cinsel istismarın nitelikli şekline teşebbüsün kabul edilmesine dair yerleşik uygulamanın, nitelikli halin ayrı bir suç olarak kabul edilmesinden kaynaklandığı yönünde: Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 324. Nitelikli hale teşebbüs durumunda, failin suçun temel şeklinden cezalandırılması gerektiği yönünde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 317.

bakımından çocuğun giysilerinin çıkarılması ile basit cinsel istismar bakımından kapının kilidinin kırılmasının eşdeğer olmadığı dikkate alınmalıdır. Zira mağdurun ciddi direnci zamansal bağlantıyı koparabilecektir, failin çocuğun giysilerini çekiştirmeye başlamasıyla aradaki mekansal mesafenin sıfır seviyesinde olup basit cinsel istismar suçu halihazırda tamamlanmış olabilecektir, cebri saldırı halihazırda mevcuttur. Bu itibarla çocuğun, failin işlenmesine elverişli derecede soyunmasını sağlamaya yönelik elverişli hareketler yapılmasıyla nitelikli hale teşebbüs başlamaktadır. Daha somut ifadeyle çocuğun altındaki giysinin çıkarılmaya çalışılmasıyla teşebbüs başlamaktadır.

Failin kastı çocuğun 12 yaşından küçük olmasına yönelik olup, gerçekte mağdur 12 yaşından büyük olduğunda, yukarıda belirtildiği üzere elverişsiz teşebbüs sebebiyle nitelikli halden sorumluluk doğmayacaktır.

Fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından nitelikli hallerde [TCK m. 103/3 b. c), d), e)] failin aslında var olmayan ilişkiyi var sayması halinde nitelikli hale elverişsiz teşebbüs oluşacak, fail basit halden cezalandırılacaktır. Gerçekten ilgili ilişki var olup failin kastının da bu ilişkiyi kapsamı fakat suçun tamamlanmaması halinde nitelikli hale teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir. Teşebbüsün yorumu bakımından e) bendindeki nitelikli hal (kamu görevinin veya hizmet ilişkisi), ilişkinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması arandığından, özel durum teşkil etmektedir. Çocuğun, failin sıfatını bilmediği durumlarda objektif olarak bu sıfat kullanılmamış olmakta; failin aksi yöndeki düşüncesi ancak nitelikli hale teşebbüs tartışması çerçevesinde ele alınmaktadır. Sözelimi failin polis memuru olması ve bunun çocuğu itaate zorlayacağını düşünmesi ancak çocuğun, failin sivil giyimi sebebiyle onun polis memuru olduğunu anlamaması, buna rağmen basit cinsel istismar suçunun tamamlanması halinde failin nitelikli hale teşebbüsü de gündeme gelecektir. Çocuğun, failin sıfatını bilmesi fakat failin nüfuzunun ve tehditlerinin çocuğun rıza göstermesi bakımından yeterli olmaması halinde de nitelikli hale teşebbüs değerlendirmesi yapılabilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan, yukarıda belirtildiği üzere, kast – taksir kombinasyonu anlaşılmaktadır. Failin; neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kurumu bakımından ağır neticeye yönelik taksiri, teşebbüs kurumu bakımından ise ilgili neticeye yönelik kastı bulunması gerektiğinden “ağır neticeye teşebbüs” edilmesi

mümkün değildir²¹. Öyle ki mağdurun bitkisel hayata girmesine yönelik kastı olup bu netice gerçekleşmezse nitelikli kasten yaralamaya teşebbüsten sorumluluk doğarken bitkisel hayat bakımından taksiri olup bu netice gerçekleşmezse bitkisel hayata dair herhangi bir ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Aynı yorum ölüm neticesi için de geçerlidir; ölüme dair kast olduğunda kasten öldürmeye teşebbüs, ölüme dair taksir bulunup ölüm gerçekleşmediğinde sorumsuzluk söz konusu olacaktır. Bunlar, tümüyle cinsel istismar düzenlemesinden bağımsız, sadece cinsel istismar suçu ile fikri içtima halinde bulunabilecek durumlardan ibarettir. Ek olarak; fail icra hareketlerine veya çocuk üzerinde cinsel davranışlara başladığı anda çocuk zaten ölü ise elverişsiz teşebbüs tartışması yapılacak, önce bitkisel hayata girmesi halinde mağdur hala yaşadığı için cinsel istismardan hüküm kurulacaktır. Dolayısıyla bu başlığa konu olabilecek yegane husus, cinsel istismar suçuna teşebbüs eden failin taksirle ağır neticeyi oluşturmasıdır.

Failin cinsel istismar suçunu işleme kastı ile hareket ederek cebir uyguladığı esnada çocuk ölürse icra hareketleri sonrasında suç konusu yok olduğu için failin suçu tamamlayamadığı ve suçun basit (ya da nitelikli) haline teşebbüs ederek ağır neticeye yol açtığı söylenecektir. Bu durum neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs olarak adlandırılmaktadır.

C. Gönüllü Vazgeçme

Failin icra hareketlerini tamamlamaması veya icra hareketlerini tamamlamış fakat suç sona ermemişken neticenin ortaya çıkmasını engellemesi halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilmektedir²². Cinsel istismar suçundan vazgeçme, çocuk henüz failin cinsel taleplerine uymamışken mümkündür²³. Fail teşebbüs aşamasının içinde

²¹ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 823.

²² Sözüer, **a.g.e.**, s. 235. Kriminal-politik teori ve diğer teoriler için bkz. Jescheck, **a.g.e.**, s. 485 – 487; Gropp, **a.g.e.**, s. 312 – 313; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 251 – 252; Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 524 – 526. Gönüllü vazgeçmenin bir şahsi cezasızlık sebebi görünümünde olduğuna ilişkin bkz. Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 253; Jescheck, **a.g.e.**, s. 494; Sözüer, **a.g.e.**, s. 240; Stratenwerth, Kuhlen, **a.g.e.**, s. 210; Heinrich, **a.g.e.**, s. 324; Gropp, **a.g.e.**, s. 315; Kühl, **a.g.e.**, s. 533; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 251; Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 525.

²³ Eisele, **a.g.e.**, kn. 24.

bulunmalı ve ilgili cinsel eylemleri gerçekleştirmekten kaçınarak fiilini sonlandırmalıdır.

Cinsel istismar suçunda tipik fiil ile neticenin mündemiç olması gönüllü vazgeçme kurumu bakımından da sonuç doğurmakta, “icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin ortaya çıkmasını engellemek” yoluyla gönüllü vazgeçme mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla sarkıntılıktan dönülmesi için temasın oluşmamış olması, basit halden dönülmesi için temasın belirli bir seviyeye ulaşmamış olması, nitelikli halden dönülmesi için ise duhulün gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Fail, bahsi geçen hale teşebbüs aşamasında iken gönüllü olarak, elinde olan sebeplerle suçu tamamlamaktan geri durduğunda gönüllü vazgeçmeden söz edilmektedir. Failin ağır hale uygun hareketlerden gönüllü vazgeçmesinin, o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin daha hafif hal bakımından tipik olması durumunda bu halden sorumlu tutulmasına bir etkisi bulunmamaktadır.

Gönüllülüğe dair açıklamalara geçmeden evvel açıkça ortaya koymak gerekir ki 35. maddedeki “elde olmayan sebep” ölçütü ile 36. maddedeki “gönüllülük” özdeştir²⁴. Somut ifadeyle fail elinde olmayan bir sebeple suçu tamamlayamadığında gönülsüzdür ya da fail icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinde elinde olan bir sebeple suçu tamamlamamıştır.

Pozitif düzenlemedeki bu soruna ek olarak, gönüllülüğün de üzerinde anlaşılmış bir teorik tanımı bulunmamaktadır. Failin fiili işlemlerini maddeten imkansız hale getiren durumlarda gönüllülüğün bahsedilemeyeceği net olmakla beraber, bunu imkansız hale getirmeyen veya faile manevi olarak etki eden hususların ne şekilde değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır^{25,26}.

“Elinde olan sebep” bakımından ayırt edici olan, sebebin dış dünyadan ziyade failin iç dünyasından kaynaklandığının söylenebilmesidir. Bu hususta kararlarına hakim bir pozisyonda (Herr seiner Entschlüsse) bulunup bulunmadığı,

²⁴ Sözüer, eski kanun dönemindeki benzer düzenlemeyi bu yöndeki gerekçelerle eleştirmiştir. Sözüer, **a.g.e.**, s. 242. Yeni kanuna dair aynı yöndeki görüş ve eleştiriler için bkz. Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 834 – 835, 972 – 973.

²⁵ Bu konudaki tartışma için bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 247 – 248.

²⁶ Frank formülüne göre suçu tamamlayabileceğini düşünmesine karşın bunu istemeyen kişi gönüllü, istese dahi suçu artık tamamlayamayacağını düşünen kişi ise gönülsüz vazgeçendir. Açıklama için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 265. Eleştiri için bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 248.

suç planına nazaran suçun işlenişinde caydırıcı bir değişiklik oluşup oluşmadığı belirleyici olmaktadır²⁷.

Somut olayın özelinde yapılacak belirleme esas olmakla birlikte kural olarak korku, utanç, pişmanlık, acıma (merhamet), vicdan azabı, cezai sonuçlardan çekinme dolayısıyla icra bırakıldığında failin gönüllü vazgeçtiği kabul edilmektedir²⁸. Buna karşın faili öngörmediği derecede yüksek haksızlık içerikli eylemlerde bulunmaya iten veya fail bakımından risk artırıcı olan hususların ortaya çıkması, suçun faydasının kalmaması veya esaslı olarak azalması, failin teşebbüs aşamasını geçmeden kusur yeteneğini kaybetmesi gibi hallerde gönüllülüğün bahsedilememektedir²⁹. Sözelimi basitçe zorlayarak çocuğa karşı cinsel istismarda bulunabileceğini düşünen failin, mağdurun yüksek seviyede direnç göstermesiyle, kasten yaralamanın nitelikli hallerine varabilecek derecede şiddet uygulaması gerektiğini fark etmesi ve bunu göze alamaması halinde vazgeçmenin gönülsüz olduğu söylenmelidir³⁰. Yine sırasıyla failin; suç mahalline yaklaşan biri olduğunu görmesi, cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeden evvel orgazm olması, uyuşturucu etkisinde olması sebebiyle bayılması sebepleriyle fiili işleyememesi durumunda ilgili fiile teşebbüsten sorumluluk söz konusu olacaktır. Cinsel ilişkiye kasteden erkek failin erekte olamaması gibi sair engel hallerde veya erkek mağdurun iktidarsız olması gibi objektif imkansız hallerde³¹ de gönüllülük oluşmamaktadır.

II. Suça İştirak

Suçun oluşumunu sağlayan bir kişi bulunduğu tek başına, doğrudan faillikten söz edilmektedir. Bununla birlikte suçun oluşumuna katkı sunan birden fazla kişinin bulunması da mümkündür. Bu kişiler sundukları katkının türüne göre fail veya şerik olarak adlandırılabilir³². TCK düzenlemesine göre kişinin

²⁷ Kühl, **a.g.e.**, s. 555 – 556; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 265.

²⁸ Heinrich, **a.g.e.**, s. 339; Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 345; Kühl, **a.g.e.**, s. 557.

²⁹ Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2013, s. 358 – 360.

³⁰ Aynı yönde; Kühl, **a.g.e.**, s. 557.

³¹ Sözüer, **a.g.e.**, s. 250.

³² Faillik ile iştirak arasındaki ayrım için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 200 – 204; Kühl, **a.g.e.**, s. 738 – 747; Jescheck, **a.g.e.**, s. 580 – 592; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 325 – 328.

doğrudan, müşterek veya dolaylı fail olarak ya da azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Doğrudan faillik bir “katılma” durumu teşkil etmediğinden, müşterek failliğe³³ ise ilgili nitelikli hale dair açıklamalarda değinildiğinden bu başlıkta diğer iştirak biçimlerinden söz edilecektir.

A. Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik, suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılmasıdır. Bu durumda arkadaki kişinin suç üzerinde fiil hakimiyetinin (Tatherrschaft) öndeki kişi üzerinde ise irade hakimiyetinin (Willensherrschaft) bulunması zorunludur³⁴. Araç; aldatma sebebiyle kastı olmadan hareket ettiğinde, hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde davrandığında, tehdit sebebiyle zorunluluk hali içinde bulunduğu veya başka bir sebeple kusursuz olduğunda dolaylı failliğe uygun bir hakimiyetin oluşabileceği kabul edilmektedir³⁵. Bir görüşe göre aracın tamamen kusursuz hareket etmesi gerekmeyip kusur yeteneğinin azalmış olması yeterli görülmelidir³⁶. TCK’da bu görüş takip edilerek 37. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ile aracın kusur yeteneğine sahip olmaması halinde cezanın artırılacağı düzenlenmiştir.

Dolaylı faillik kurumu, cinsel istismar suçu açısından çocuğun araç olarak kullanıldığı durumlarda özellik göstermektedir. Bu durumda çocuğun kusur yeteneği, dolaylı failliğin oluşup oluşmadığına karar verilmesinde önem arz edecektir. Kusur yeteneğine dair değerlendirme yapılırken, tutarlılık adına, 103. maddedeki algılama yeteneğine ilişkin özel düzenlemenin dikkate alınması uygun olacaktır.

³³ “Sanık Mert’in nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sırada sanık Yasin’in de bir suç işleme kararı kapsamında mağdurenin ellerini tutarak direnmesini engellemek suretiyle fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurduğunun anlaşılması karşısında, sanık Yasin’in de diğer sanık gibi suç ortağı fail statüsünde olduğu ve sorumluluğunun müşterek fail olarak 5237 sayılı TCK.nın 37. maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden sanığın cezasından aynı Kanunun 39/2c maddesi uyarınca indirim yapılması” 14. CD, E. 2013/9830 K. 2014/5979 T. 5.5.2014. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-9830.htm>, 07.03.2017.

³⁴ Gropp, **a.g.e.**, s. 336 – 337.

³⁵ Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 359.

³⁶ Bu görüşe dair eleştiri için bkz. Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 379.

Cinsel istismar suçu kapsamında tartışılacak diğer bir husus, kusur yeteneği bulunmayan çocuğun kendi bedeni üzerinde cinsel eylemde bulunmasının sağlanmasıdır. Çocuğun böyle bir eyleme ikna edilmesinin, böyle bir eylem gerçekleştirmesinin sağlanmasının tipik fiile uygun olmadığı yukarıda açıklanmıştı. Buna karşın dolaylı faillik (ve iştirak) çerçevesinde bir tartışma yapılması mümkündür.

Çocuk açısından bakıldığında bu eylemin suç teşkil etmesi olanaklı görünmemektedir. Prensip olarak kişinin kendisine ilişkin bir hukuki değere zarar vermesi ile suç oluşmamakta, suçun oluşumu için bir başkasının hukuki değerine yönelmesi gerekmektedir. Ancak Kühl'ün yerinde olarak ifade ettiği üzere değerlendirmenin; öndeki kişinin (çocuk) değil arkadaki kişinin (çocuğu araç pozisyonuna indirgeyen, potansiyel dolaylı fail) açısından yapılması gerekmektedir³⁷. Zira dolaylı faillikte öndeki kişi fail sıfatını kazanmamakta, yalnızca arkadaki kişi fail olmaktadır. Arkadaki kişi açısından bakıldığında bir sorun oluşmamakta; öndeki kişi (araç) mağdur olduğunda fail ile mağdur sıfatlarının birleşmesi ve bu sebeple tipikliğin gerçekleşmemesi gibi bir durum gözlemlenmemektedir. Dolayısıyla çocuğun kendi üzerinde cinsel eylemde bulundurulmasından, bunu sağlayan kişinin sorumlu tutulması dolaylı faillik teorisi bakımından mümkündür. Bu noktada arkadaki kişinin sorumluluğu mağdurun kendisine yönelik davranışına değil, arkadaki kişinin suç üzerindeki "fiil hakimiyeti"ne dayandırılmaktadır³⁸. Arkadaki kişinin uygun derecedeki fiil hakimiyeti de; mağdurun kusur yeteneğinin düşüklüğü, aldatılmış veya hataya düşmüş olması, tehdit veya cebire maruz kalması gibi hususlara dayanabilmektedir. Dolayısıyla cinsel eylemleri algılama yeteneği gelişmemiş 14 yaşındaki bir çocuğun ya da algılama yeteneği gelişmiş fakat korkutulmuş olan 17 yaşındaki bir çocuğun araç olarak kullanılması mümkündür.

Çocuğun araç olarak kullanılması ve ona kendi bedeni üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmesi ile ilgili yapılan bu yorumlar evleviyetle çocuğa arkadaki

³⁷ Kühl, **a.g.e.**, s. 751.

³⁸ **A.e.**, s. 751 – 752.

kişinin bedeni üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmesi bakımından da geçerlidir³⁹.

Buna karşın failin bizzat çocuğa temas etmesi ile çocuğun kendi kendisine dokundurulması arasında eylemin cinsel niteliği bakımından farklı bir yorum yapılmasının gerektiği açıktır. Çocuğun kendi kendisine dokunarak kendi cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinden bahsedilebilmesi için kişinin kendi kendine yaptığı dahi cinsel nitelik arz edecek bir eylem bulunmalıdır ki bunlar da sınırlı sayıda olacaktır. Sözelimi çocuğa kendi cinsel organı okşatıldığında veyahut anüsüne bir cisim sokurulduğunda arkadaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilmesi mümkün olacak; çocuk anlık olarak kendi kalçasına dokunduğunda veyahut kendi kolunu öptüğünde herhangi bir cinsel eylemden bahsedilemeyecektir. Bu yorum, cinsel niteliğe dair değerlendirmenin somut olayın şartlarına göre yapılacağı ve birtakım eylemlerin objektif olarak cinsel niteliği haiz olmadığına tespit edilmesi gerektiğine dair görüş ile uyumludur.

Yine dolaylı failliğin şartları mevcut olduğunda, fiiliyatta çocuktan yönelen hareket, hareketin yöneldiği kişinin cezai sorumluluğunu doğurabilmektedir. Böylece fiil ve çocuğun iradesi üzerinde hakimiyet oluşturmak suretiyle tipik fiili gerçekleştirilmeksizin (bizzat çocuğa yönelik bir cinsel eylemde bulunmaksızın) çocuk ile cinsel temas kurmuş kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılmasına gidilebilmektedir. Dolayısıyla fiil hakimiyetine sahip arkadaki kişinin çocuğu kendisine (arkadaki kişiye) yönelik cinsel eylemde bulundurduğunda⁴⁰ da çocuğun üçüncü bir kişi ile cinsel temas kurmasını sağladığında da dolaylı faillik uygulama alanı bulmaktadır.

Dikkat çekmek gerekir ki dolaylı faillik kurumunun yarattığı bu cezalandırılabilirlik alanı, tipiklikte var olan boşluğun doldurulması için yeterli değildir. Dolaylı failliğin sıkı biçimde aranan fiil ve irade üzerinde hakimiyet şartlarının bulunmadığı durumlarda cezasızlık ortaya çıkmaktadır. Zira çocuğun

³⁹ Kendisine yönelik veya kendi bedeni üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmeye zorlamanın dolaylı failliği sonuçlayacağı yönünde: Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 315.

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok failin bir başkasını kendisine (faile) organ veya cisim sokmaya zorlaması ve mağdurun kendi kendine cisim sokmaya zorlanması durumunda dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşabileceği ancak bu noktadaki duraksamayı gidermek için "sokmak veya sokturmak" şeklinde bir ifadeye yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 369 – 370.

cinsel eylemde bulunduran kişinin şerik olarak cezalandırılması da ortada kasten işlenmiş bir asıl fiil bulunmadığından olanaksızdır⁴¹.

Dolaylı faillikte tartışmaya açık bir diğer husus, eylemin cinsel niteliğinin failin amacına başvurularak tespit edildiği hallerde bu amacın dolaylı failde mi yoksa araçta mı aranacağıdır⁴². Bu durumda mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etme amacının failde bulunması gerekli ve yeterli sayılmalıdır.

Türk Ceza Hukukunda dolaylı faillikle doldurulmaya çalışılan bu geniş alana ilişkin Alman Ceza Hukukunda yasal düzenlemeler mevcuttur. Alman CK'daki cinsel istismar düzenlemelerinde tipik fiil "bir kişi (çocuk) üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmek veya kendisi üzerinde gerçekleştirmek" şeklinde seçimlik olarak tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre küçüğe kendi üzerinde (fail üzerinde) cinsel eylem "gerçekleştirmek"; çocuğun cinsel eyleme karar verdirilmesinden daha azını ve fakat çocuğun gerçekleştirdiği eyleme salt katlanılmasından fazlasını ifade etmektedir; failin çocuğu bir şekilde cinsel eyleme yönlendirmiş olması aranmalıdır⁴³. Diğer görüşe göre failin hareketsiz kalması, cinsel eylemin çocuğun girişiyle ve çocuk tarafından gerçekleştirilmesi halinde dahi failin cinsel eylemi gerçekleştirttiği söylenecektir. İnisiatifin kim tarafından alındığı önemsizdir⁴⁴. Bir diğer bakış açısına göre ise failin davranışı fiilin devamına izin verir nitelikte olduğunda dahi failin mağdur üzerinde cinsel eylem gerçekleştirdiğinden bahsetmek gerekmektedir⁴⁵.

Çocukların cinsel istismarı suçunun "bizzat işlenebilen suç" (eigenhändiges Delikt) niteliğinde olup olmadığı da tartışma konusudur^{46,47}. Bizzat işlenebilen suçlarda sadece tipik fiili bizzat işleyen kişi fail olabilmekte, onun dışındakiler ancak

⁴¹ Kühn, **a.g.e.**, s. 752.

⁴² Amacı bulunmayan araca dair tartışma için bkz. Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 337 – 338.

⁴³ Theo Ziegler, **Beck'scher Online Kommentar StGB**, 31. Edition, 01.06.2016, § 174 kn. 13.

⁴⁴ Eisele, **a.g.e.**, kn. 4.

⁴⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 25.

⁴⁶ 176. maddenin bizzat işlenebilen suç ihtiva edip etmediği yönündeki tartışmayı içeren karar için bkz. BGH 1 StR 236/95 - Urteil vom 7. September 1995 (LG Ansbach).

⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger 177. maddedeki cinsel zorlama ve tecavüz suçunun bizzat işlenebilen suç özelliği göstermediğini belirterek, hangi suç tiplerinin bizzat işlenebilen suç özelliği gösterdiğinin tartışmalı olduğunu ifade etmiştir. Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 43., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013, s., s. 13 – 14.

şerik olarak suça katılabilmektedir⁴⁸. Zira bazı suç tiplerinde, fiilin bizzat işlenebilen işlenmesi halinde tipik haksızlığın ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁴⁹. Doktrinde çoğunluk Alman CK m. 176/1'in bizzat işlenebilen suç niteliğinde olduğu görüşünde olup dolaylı faillik ile müşterek failliği reddetmektedir⁵⁰. Ancak zaten dolaylı faillik kurumuna ihtiyaç kalmayacak şekilde bir cezalandırılabilirlik alanı oluşturulmuştur.

Buna ek olarak Alman CK'daki düzenlemelerde "bir çocuğu üçüncü bir kişi üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmeye veya üçüncü bir kişiye kendi üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmeye karar verdirmek" şeklinde tipik fiiller de mevcuttur. Bu fiiller çocuğun, üçüncü kişilerle bedensel temas kurmaya karar verildiği durumları kapsar. Suçun oluşması bakımından, cinsel eyleme taraf olan üçüncü kişinin fıkra bir anlamında cezaya tabi olup olması önemsizdir; bu kişinin bir çocuk olması da mümkündür⁵¹.

Karar verdirmek; çocuğun iradesine – açık veya zımni şekilde – psişik bir tesirde bulunarak, onun cinsel eylemi gerçekleştirme kararı vermesine yol açmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla "mağdur olmaya azmettirme" söz konusudur. Ancak kanunen cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmaya bir çocuğun ceza hukukunca değer atfedilecek bir cinsel eylem gerçekleştirme kararı vermesi söz konusu olmadığından, "karar verdirmek" fiili azmettirmeye nazaran geniş yorumlanmaktadır⁵². Çocuğun zaten böyle bir eyleme eğilim göstermesi veya genel olarak böyle bir eylemde bulunmaya karar vermiş olması halinde dahi karar verdirmek geçerlidir⁵³. Ancak karar verdirilen cinsel eylemin belirli bir düzeyde somutlaştırılması zorunludur. Sözelimi somut bir eyleme yönelik çocuksal bir merak uyandırmak yeterli olsa da⁵⁴ yalnızca çocukta cinselliğe ilişkin genel bir merak uyandırmak tipik olmayacaktır⁵⁵. Karar verdirmenin hangi yolla gerçekleştirildiği (akıl çelmek, hediye vadetmek, tehdit etmek, kandırmak, merak uyandırmak v.b.) ise

⁴⁸ Açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik**, 1993, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, s. 172 – 179.

⁴⁹Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Straftat**, 6., überarbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011, s. 225.

⁵⁰ Klaus Laubenthal, **Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2012, s. 173, s. 179.

⁵¹ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 6.

⁵² Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 16.

⁵³ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 8.

⁵⁴ Karl Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1983, s. 694.

⁵⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 27.

önemli değildir^{56,57}. Yalnızca bu noktada asıl fiilin ihmalen işlenmesinin kabul edilmediği unutulmamalıdır⁵⁸. Garantör pozisyonundaki bir kişinin, üçüncü kişinin karar verdirmesine müdahale etmemesi halinde, ihmali hareketle yardım etmekten söz edilebilir⁵⁹.

Mağdura etki etmeksizin üçüncü kişiye mağdurla cinsel eylemde bulunma fırsatı sunulmuş olması veya fail ile üçüncü kişinin bu konuda anlaşmış olmasının veya eylem esnasında üçüncü kişinin uyuyor olmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰; zira normun koruması üçüncü kişiye değil, mağdur çocuğa yöneliktir⁶¹.

Çocuğa yönelik “gerçekleştirme” ve “karar verdirme”den daha hafif fiiller Alman CK m. 180’de küçüklerin cinsel eylemlere teşviki suçu olarak düzenlenmiştir. Madde dahilinde öngörülmüş olan aracılık etmek ya da fırsat sunmak veya yaratmak suretiyle destek vermek fiil(ler)i, *yardım etme* ile örtüşmektedir. Doktrindeki hakim görüşe göre suç, destek vermek ile sona ermekte; teşvik edilen cinsel fiilin gerçekleşmiş olması aranmamaktadır⁶². Destek verilmiş olduğunun söylenmesi için ise mağdurun somut tehlikeye maruz kalmış olması, ilgili cinsel eylemin ortaya çıkma tehlikesinin oluşması yeterlidir⁶³. Bir diğer görüşe ise yalnızca psişik olarak yardım etme veya azmettirme söz konusudur⁶⁴.

Aracılık etmek; üçüncü kişi ile korunan kişi arasında daha önce bulunmayan ve konusu cinsel eylemler olan bir kişisel ilişkinin oluşturulması anlamındadır⁶⁵. Mağdur ile üçüncü kişi bağlantı kurarak, aralarında gerçekleşecek olan cinsel eylemi somutlaştırdıkları anda suç tamamlanmış olur⁶⁶. Fırsat sunmak veya yaratmak; cinsel eylemin gerçekleşmesini sağlayacak veya doğrudan kolaylaştıracak dışsal

⁵⁶ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 8.

⁵⁷ Fiilin söz, jest veya başkaca davranışlarla işlenebileceği yönünde: Lackner, **a.g.e.**, s. 694.

⁵⁸ Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 18; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 29.

⁵⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 8.

⁶⁰ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 7.

⁶¹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 26.

⁶² Lackner, **a.g.e.**, s. 705.

⁶³ Ziegler, **a.g.e.**, § 180a kn. 5.

⁶⁴ Monika Frommel, **Nomos Kommentar - Strafgesetzbuch, Band 2**, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2013, § 180a kn. 13.

⁶⁵ Lackner, **a.g.e.**, s. 705; Martin Heger, **Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar**, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 180 kn. 5.

⁶⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, § 180 kn. 28. Kontakt kurmakla suçun tamamlanacağı yönünde: Eisele, **a.g.e.**, § 180 kn. 8.

şartların istek üzerine oluşturulması anlamındadır. Dikkat edilmelidir ki, küçük tarafından zaten arzu edilmekte olan cinsel eylemlere yardım edilmesi söz konusudur⁶⁷. Dolayısıyla küçüğe salt psşik olarak etki etmek suçun oluşumu için yeterli değildir. Fırsat sunmanın yaratmaktan tek farkı, fırsatın halihazırda var olması ve failin bunu kullanmasıdır. Cinsel eylem bakımından yakın ve tipik bir bağlantı olduğunun söylenebilmesi için; objektif isnadiyetin genel kuralları gereği, failin işlediği fiilin korunan kişi bakımından risk artırıcı özellik göstermesi gerekmektedir⁶⁸. Bu bağlamda fahişelerle temasa geçebileceği yerlere götürmek veya fahişeye verilmek üzere para temin etmek, oda sağlamak veya hazırlamak, eylem için uygun parti veya seyahat düzenlemek örnek verilebilir⁶⁹. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihadı, suçun tamamlanması için hem mekan hem zaman hem de mağdur bakımından cinsel eylemin somutlaşmış olması gerektiği yönündedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere Alman Ceza Hukukunda bizzat cinsel eylem teşkil etmeyen ancak bir cinsel eyleme neden oluşturan veya oluşturabilecek olan birtakım tipik fiiller öngörülmüştür. Çocuğa etki eden bu fiillerin Türk Ceza Hukukunda cezalandırılabilmesi için ya dolaylı faillğin şartlarının oluşması ya da cinsel istismar teşkil eden bir fiile iştirak iradesi bulunması (müşterek faillik veya yardım etme) bulunması gerekmektedir.

B. Azmettirme ve Yardım Etme

Şeriklik bakımından genel kurallar geçerlidir. Fiil üzerinde hakimiyet kurmaksızın suça nedensel katkı sunan kişiler yardım eden, eylemi gerçekleştiren kişi üzerinde süregelen bir iradi hakimiyet kurmayan kişi ise azmettiren sıfatını kazanmaktadır⁷¹. Tüm şartlarıyla ifade edilirse yardım etme; suçun işlenmesine maddi veya manevi bir katkı sunulması, yardım etme hareketinin ve asıl fiilin kasten

⁶⁷ Ziegler, **a.g.e.**, § 180a kn. 7; Renzikowski, **a.g.e.**, § 180 kn. 29.

⁶⁸ Renzikowski, **a.g.e.**, § 180 kn. 30.

⁶⁹ Eisele, **a.g.e.**, § 180 kn. 10; Lackner, **a.g.e.**, s. 706; Heger, **a.g.e.**, § 180 kn. 6.

⁷⁰ Frommel, **a.g.e.**, § 180a kn. 13; BGH 4 StR v. 16. Juli 1998 – 1 Ss 308/97 (126/97). Diğer görüşler için bkz. Heger, **a.g.e.**, § 180 kn. 4; Eisele, **a.g.e.**, § 180 kn. 6; Renzikowski, **a.g.e.**, § 180 kn. 22.

⁷¹ Bahsi geçen olumsuz şartlar müşterek faillik ve dolaylı faillik ile ayırım bakımından önem arz etmektedir.

gerçekleştirilmesi, asıl fiilin en az teşebbüs aşamasına geçmesi, asıl fiilin hukuka aykırı olması ve sunulan katkı ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağı bulunmasını gerektirmektedir⁷². Azmettirmede ise bir kişinin somut bir suça karar verdirilmesi ve o kişinin o suçu kasten işlemesi gerekmektedir⁷³.

Sözelimi suçu işleyecek kişiyi cesaretlendirmek için konuşmak, faili suçu işlemesi için çocukla tanıştırmak, faile prezervatif sağlamak gibi eylemler yardım etme niteliğindedir⁷⁴. Azmettirmede her zaman failin suça karar verdirilmesi söz konusu olup, sorun failin azmettirileni aşan bir fiil işlemesidir. Failin azmettirildiği fiilden fazlasını – örneğin suçun nitelikli halini – işlemesi durumunda azmettiricinin azmettirme kastı bulunmayan hallerden sorumlu olmayacağı açıktır⁷⁵.

Daha fazla teorik açıklamalardan kaçınılacak olmakla birlikte pratik açıdan sorun teşkil eden bir konuya değinmekte fayda vardır.

Toplumda günümüzde de yaygın olarak görülen çocuk evlilikleri, birçok hukuk alanında olduğu gibi ceza hukuku çerçevesinde de birtakım tartışmalara yol açmaktadır. Bu tartışmaların “cinsel istismar suçuna iştirak” ve hatta şartlarını sağlandığı takdirde “cinsel istismar suçunda dolaylı ve müşterek faillik” başlıklarına da taşınmasında fayda bulunmaktadır. Bilinmektedir ki çocuk evliliklerinin büyük bölümü aile meclisi kararlarıyla gerçekleştirilmektedir. Aile meclisinde söz sahibi olan kişilerin ise cinsel istismar suçuna en azından iştirak ettiğini tespit etmek zorunludur⁷⁶. Kısaca ifade edilecek olursa bir kişinin kafasında bir çocuk ile evlenmek düşüncesi oluşturan kişinin azmettirici sayılması, böyle bir evlilik yoluna girmiş kişiye bu yolda katkı sunan kişilere ise yardım eden sıfatı yüklenmesi birçok halde iştirak kurumlarının şartlarına uygun olacaktır. Bu noktada evlenmenin doğal sonucunun eşler arası cinsellik olduğu, iştirak edenlerin salt “imam nikahı” kılıfına değil, bu kişilerin hayatlarını – cinsel hayatı da kapsayacak şekilde – birlikte sürdürmelerine yönelik bir azmettirme veya yardım etme halinde oldukları

⁷² Yardım etmenin şartlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 918 vd.

⁷³ **A.e.**, s. 880 – 886.

⁷⁴ Cinsel suçun gerçekleşmesi için yer temin eden kişinin yardım eden sıfatı kazanacağına dair bkz. 14. CD, E. 2014/2626 K. 2014/7347 T. 2.6.2014. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-2626.htm>, 16.03.2017.

⁷⁵ Bu konuda açıklama için bkz. Frister, **a.g.e.**, s. 437 – 438.

⁷⁶ Küçük yaştaki çocuklarını evlendiren ve bu yolla cinsel ilişkiye rıza gösteren ana babanın m. 103/2'den cezalandırılacağı yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 401.

kabul edilmelidir. Nasıl ki “Şu kişiyi vur.” diyen kişinin, vurmaktan kastının tabanca ile ateş etmek ve o kişiyi öldürmek olmadığı yönündeki beyanına özel şartlar haricinde itibar edilmesi imkanı yoktur; çocuk ile evlenilmesine iştirak eden kişinin de cinsel istismar suçuna iştirak etmiş olduğu özel şartlar haricinde kabul edilmelidir. Bu kişiler en azından çocuk yapmaya yönelik bir cinsel ilişkiye olası kastla iştirak etmiş olmaktadır. Doğaldır ki bu kişilerin iştirakten sorumluluğuna gidilmesi için tipik bir cinsel istismar fiilinin ortaya çıkmış olması zorunludur.

Evlilik sürecine dahil olan kişiler için dolaylı faillik ve müşterek faillik tartışması yapılması da mümkündür. Bu noktada yardım etmenin, asıl fiil henüz hazırlık aşamasındayken de vuku bulabilecekken, müşterek failliğin hazırlık aşamasında oluşamayacağı yönünde görüşlerin mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Ancak geniş anlamda fiil hakimiyeti teorisi veya sübjektif teori⁷⁷ takip edildiğinde hazırlık aşamasındaki hareketlerle ortaklaşa (müşterek) fiil hakimiyeti kurulabileceği sonucuna varılmaktadır⁷⁸. Dolayısıyla çocukla evlenen kişinin ailesi dolaylı veya müşterek faillikten, çocuğun ailesi ise müşterek faillikten sorumlu tutulabilecektir. Sözelimi tehdit ile oğlunu çocuk yaşta bir kızla evlendiren babanın dolaylı fail veya kızını gerdek gecesi için hazırlanmış odaya zorla sokan ananın müşterek fail kabul edilmesi mümkündür. Yargıtayın da ailenin iştiraki ve hatta failliğinin kabul edildiği kararları bulunmaktadır⁷⁹.

Ek olarak nitelikli hale iştirak, diğer deyişle nitelikli hallerin şerike sirayeti tartışmasının da cinsel istismar suçu bakımından önemi olduğu belirtilebilir. Bu teorik tartışmaya girilmeksizin bir örnekle belirtilebilir ki; azmettirici kişinin mağdur çocuğun babası olması durumunda ilgili artırımın yapılması mevcut düzenlemede mümkün gözükmemektedir⁸⁰. Benzer şekilde Alman CK m. 174’te düzenlenen ve fail ile mağdur arasında özel bir ilişki bulunduğu halleri düzenleyen “himaye altındaki kişinin cinsel istismarı” suçuna ilişkin doktrinde cezalandırılabilirliğin dayanağına ilişkin tartışma bulunmaktadır. Suçun temelinde bir görüşe göre failin özel konumu

⁷⁷ Bu teorilere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 339 – 345.

⁷⁸ Bu konudaki açıklama ve Alman hukukunda bu durum için “kısmi müşterek faillik” tabirinin kullanıldığına yönelik bilgi için bkz. Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 386, 398.

⁷⁹ Fatih Özkul, Mustafa Ernalbant, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, C.XLII, No:3, Temmuz 2016, s. 498; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 318.

⁸⁰ İlgili tartışma için bkz. Krey, Esser, **a.g.e.**, s. 428 – 429, 445 – 450; Gropp, **a.g.e.**, s. 362 – 365, 368 – 369; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 963 – 968.

(çocuk ile özel ilişki içinde bulunması)⁸¹ diğer görüşe göre ise mağdurun korunmaya muhtaç oluşu⁸² bulunmaktadır. Bu tartışma Türk Ceza Hukuku bakımından TCK m. 103'ün üçüncü fıkrasının c), d) ve e) bentlerine uygun cinsel istismar fiillerine iştirakin yorumlanması bakımından faydalı olabilecektir.

Alman Ceza Hukukunda da bizzat işlenebilen suçun getirdiği özel durumlar dışında genel iştirak kuralları geçerlidir⁸³. İştirake ilişkin bakış açısını yansıtmak adına somut örnek vermek gerekirse: Çocuğunun istismar edilmesine müdahale etmeyen anne ihmal yoluyla yardım eden sıfatını kazanabilir. Çocuğu istismar edilirken onu sakinleştirmek için tutan anne ise aktif icra hareketi yoluyla yardım edendir. Çocuğa gebeliği önleyici ilaç satmak veya velisinin bilgisi olmaksızın gebeliği önleyici ilaç reçetesi düzenlemek ceza hukuku bakımından mutlak olarak değerlendirme dışı değildir, bu kişi çocuğun müteakiben cinsel istismar edilmesine azmettirme ve yardım etmenin şartları yerine getirilmiş olabilir⁸⁴. Buna karşılık azmettirmeye azmettirme görünümündeki iştiraklerin ceza sorumluluğu doğurmadığı kabul edilmektedir⁸⁵.

III. Suçların İçtimai

TCK'nın Suçların İçtimai başlıklı bölümünde; bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43/1), aynı neviden fikri içtima (m. 43/2), farklı neviden fikri içtima (m. 44) kurumlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Suçların toplanması, birleşmesi anlamına gelen suçların içtimaina ilişkin düzenlemeler, birden fazla suçun ortaya çıktığı bazı özel durumlarda tek bir suçtan tek bir cezaya hükmedilmesini öngörmektedir.

Suçların içtimai kavramının esasını "fiil tekliği" kavramı oluşturmakta, birden fazla haksızlığa sebebiyet vermiş olsa dahi tek bir fiile yönelmiş olan iradenin bir kez

⁸¹ Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 43.

⁸² Heger, **a.g.e.**, § 174 kn. 17; Eisele, **a.g.e.**, § 174 kn. 20; Frommel, **a.g.e.**, § 174 kn. 27; Ziegler, **a.g.e.**, § 176 kn. 16.

⁸³ Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 25; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 57.

⁸⁴ Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 8.

⁸⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 56.

cezalandırılması düşüncesinden hareket edilmektedir. Fiil tekliğinin kapsamına dair belirleme uğraşı ise içtima teorisinin temelini oluşturmaktadır.

A. Fiil Tekliği ve Çokluğu Ayrımı

Fiil sayısının tespitinde genel olarak “doğal hareket tekliği”⁸⁶ (natürliche Handlungseinheit) teorisi belirleyici olmaktadır⁸⁷. Buna göre tek bir iradeden kaynaklanan ve aynı türden birden fazla hareket zamansal ve mekansal bağlantı içinde olduğunda ve süreç üçüncü bir kişi tarafından bütünlük arz eden tekil bir oluş telakki edildiğinde doğal hareket tekliği bulunmaktadır⁸⁸.

Zamansal ve mekansal bağlantı hususu cinsel istismar suçu özelinde somutlaştırılacak olursa, uzun süreli bir olayda; failin dokunma, öpme, sıkma, penisini mağdurun vajinasına sokma, cinsel ilişki halini devam ettirme, boşalma (ejakülasyon) şeklindeki hareketlerin bütünü tek bir fiile vücut vermektedir⁸⁹. Bu hareketlerin bir evin farklı odalarında gerçekleşmesi hareketler arasındaki mekansal bağlantıyı, iki hareket arasına bambaşka bir hareket girmesi – mesela failin telefonla konuşması – hareketler arasındaki zamansal bağlantıyı kesmemektedir. Her ne kadar Yargıtay cinsel suçlarda bağlantıyı oldukça dar yorumlama eğiliminde olsa da bütünlük arz eden oluşları yapay biçimde bölerek birden fazla fiil bulunduğunun söylenmesi hatalı olmaktadır. Bu bağlamda Yargıtayın, arasında bir ya da iki saat olan cinsel davranışların değişik zamanlarda gerçekleştirilmiş olduğu⁹⁰; yine aynı

⁸⁶ Doğal anlamda hareket ile doğal hareket kavramları arasındaki fark için bkz. Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 384 vd.; Jescheck, **a.g.e.**, s. 643.

⁸⁷ Diğer teori ve ayrımlar için bkz. Neslihan Göktürk, **Fikri İctima (Suçların İctimai)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 100;

⁸⁸ Kühl, **a.g.e.**, s. 888; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 322. Bu konuya ilişkin tartışma ve eleştiriler için bkz. Kühl, **a.g.e.**, s. 888 – 890; Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 396; Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung**, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, s. 475 – 476; Göktürk, **a.g.e.**, s. 105 – 106.

⁸⁹ Yargıtayın zamansal bağlantıya ilişkin istikrarlı bir içtihadı bulunmamaktadır. Yargıtayın mağdurun vajinasına önce parmağın sonra penisin sokulmasını fiil tekliği kapsamında değerlendirdiği kararlara da (5. CD, E. 2008/11972 K. 2008/10675 T. 2.12.2008.); penisin önce mağdurun anüsüne sokulmaya çalışılması, ardından ağızına sokulması ve sonrasında mağdurun eliyle failin penisine dokunarak onu tatmin etmeye zorlanmasını zincirleme suç saydığı kararlara da (5. CD, E. 2007/7481 K. 2007/6548 T. 20.9.2007) rastlamak mümkündür.

⁹⁰ 14. CD, 2013/7469 E., 2013/10638 K., 25.10.2013 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-7469.htm>, 14.03.2017.

gece içinde birden çok kere gerçekleştirilen cinsel davranışların arasında “makul bir zaman aralığı” bulunduğundan bahisle bunların aynı zaman dilimine dahil olmadığı yönündeki yorumları tartışmaya açıktır^{91,92}.

Zamansal ve mekansal bağlantının mevcudiyeti net olduğunda fakat bağlantının yeterli derecede sıkı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğinde “suç kararı” kriterinden yardım almak mümkündür⁹³. Failin aynı gece içerisinde gerçekleştirdiği her bir cinsel davranış için ayrı ayrı karar verdiği söylenebilir, nitekim bir çocuğa dokunup öpen kişinin her dokunuşu ve her öpüşü için ayrı ayrı karar verdiğinin söylenebilmesi de mümkündür. Ancak geniş açıdan bakıldığında failin suça ilişkin kararı, o gece cinsel davranışlar gerçekleştirmeye ilişkindir ve ilk cinsel davranış gerçekleştirilmeden evvel bu suç kararı verilmiştir. İşte fiil tekliline ilişkin karar bakımından olayın geneline ilişkin suç kararı esas alınmalıdır⁹⁴. Bu değerlendirmenin ancak zamansal ve mekansal bağlantı mevcut olduğunda yapılacağı unutulmamalıdır. Sözgelimi failin suç mahallinde mağduru alıkoymaya devam etmesi ve ertesi gün gelip tekrar tipik davranışlar gerçekleştirmesi halinde artık iki eylem arasında zamansal bağlantının koptuğunu söylemek gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki cinsel suçlarda – öldürme, kişi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlarda da olduğu gibi – zamansal ve mekansal bağlantıyı dar yorumlama eğiliminde olan Yargıtayın başkaca suç tiplerinde farklı bir içtihat geliştirdiği anlaşılmaktadır⁹⁵. Yargıtay bilhassa hırsızlık, dolandırıcılık, hakaret ve

⁹¹ CGK, 2012/14-1550 E., 2013/276 K., 04.06.2013 T.; 14. CD. 2013/6692 E., 2014/985 K., 28.1.2014 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-6692.htm>, 15.03.2017.

⁹² Eylemlerin aynı zaman dilimi içerisinde mi yoksa değişik zamanlarda mı işlendiğinin şüpheli kaldığı durumlarda ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin tatbik edildiği görülmektedir. CGK, 2012/14-1396 E., 2013/268 K., 28.05.2013 T. Bahsi geçen kararlar ve bunlara dair tespitler için bkz. Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1027.

⁹³ “Suç kararı” kriterine ilişkin açıklama için bkz. Kühl, **a.g.e.**, s. 888.

⁹⁴ Yargıtayın hakaret suçuna ilişkin verdiği kararlarda; failin birden fazla kişiye ortak olmayan sözlerle hakaret etmiş olmasının ve hatta bu kişilere özel olarak hitap etmesinin fiil tekliliğinin kabul edilmesine engel olmadığı kabul edilmektedir. Doğal anlamda birden fazla hareket olan olayda “objektif bir gözlemcinin bakış açısıyla bakıldığında failin hareketlerinin tek bir iradi karara dayalı olduğu, aralarında yer ve zaman bakımından bağlantı bulunduğu, bu nedenle bir bütünlük oluşturduğu sonucuna ulaşılması durumunda, fiilin hukukten tek olduğu kabul edilmelidir.” 18. CD, 2015/19866 E., 2016/18336 K., 29.11.2016 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-19866.htm>, 03.03.2017.

18. CD, 2015/10398 E., 2015/11676 K., 23.11.2015 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-10398.htm>, 13.03.2017.

⁹⁵ Bu yöndeki tespitler, açıklamalar ve bahsi geçen Yargıtay kararları için bkz. Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1021 – 1043, 1052 – 1054.

görevi yaptırmamak için direnme suçlarında bağlantıyı oldukça geniş yorumlamaktadır. Konuttaki birtakım eşyanın çalınmasının ardından apartmanın önünde duran arabanın da alınması⁹⁶, “başlangıçta planladığı senaryo”ya uygun olarak mağdurdan birden fazla kere para alınması⁹⁷, konutu önünde polis memurlarına hakaret edilmesi ve bunun karakola gidildiğinde tekrarlanması⁹⁸, aracın yanında karakolda ve hastanede ayrı ayrı polis memurlarına direnilmesi⁹⁹ olaylarında fiil tekliliğinin bulunduğu hükmedilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun “aynı zamanda” kavramının dar yorumlanmaması gerektiğini açıkça ifade ettiği kararlar bulunmaktadır¹⁰⁰. Zamansal ve mekansal bağlantının, suç tiplerinin bazılarında geniş bazılarında dar yorumlanmasını haklı gösteren bir gerekçe bulunmadığından ve bu değerlendirmenin objektif olarak yapılması gerektiğinden anılan suçlara ilişkin içtihadın cinsel suçlar bakımından da takip edilmesi uygun olacaktır¹⁰¹.

1. Farklı mağdurlara yönelik olma

İfade edildiği üzere ilgili bağlantının bulunduğu birden fazla hareketin tek bir fiil teşkil edebileceği konusunda tartışma bulunmamakla beraber mağdur sayısının birden fazla olmasının fiil tekliliğini bertaraf edebileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Türk doktrini ve uygulamasına da hakim olan bu görüş kaynağını Alman öğretisinden almaktadır. Kabule göre yaşam, vücut dokunulmazlığı, cinsel

⁹⁶ CGK, 2007/6-195 E., 2007/197 K., 2.10.2007 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2007-6-195.htm>, 13.03.2017.

⁹⁷ CGK, 2013/8-140 E., 2013/171 K., 16.4.2013 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-15-140.htm>, 13.03.2017.

⁹⁸ 18. CD, 2015/33564 E., 2016/17062 K., 02.11.2016 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-33564.htm>, 15.03.2017.

⁹⁹ 15. CD, 2013/20955 E., 2014/11675 K., 11.06.2014 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15cd-2013-20955.htm>, 15.03.2017.

¹⁰⁰ (Hırsızlık suçuna ilişkin) CGK, 2013/14-35 E., 2013/266 K., 08.06.2010 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-14-35.htm>, 15.03.2017.

¹⁰¹ “Yine ifade edelim ki fiilin tek olup olmadığına ilişkin somut olay bağlamında değerlendirme yapılırken, suç tiplerindeki farklılık dikkate alınmamalıdır. Örneğin hırsızlık suçunda tekrarlanan eylemler arasında on dakika gibi bir sürenin girmesinin fiil tekliliğini bertaraf etmediği kabul ediliyorsa bunun cinsel suçlarda veya hürriyeti tahdit suçunda da fiil tekliliğini ortadan kaldırmadığı kabul edilmelidir. Aksi bir yaklaşım çelişkili ve kendi içinde tutarlı olmayan keyfi sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verecek, bu ise hukuk güvenliğini zedeleyici bir durum olacaktır.” Mahmutoğlu, Karadeniz, a.g.e., s. 1042.

özel belirlenim, kişi özgürlüğü, özel hayat gibi yüksek kişiselikteki hukuki değerlerin (höchstpersönliche Rechtsgüter) ihlal edildiği suç tiplerinde, mağdurların farklı olması durumunda fiil tekliği oluşmamaktadır. Ancak Alman uygulamasında “olağanüstü dar bir zamansal ve mekansal ilişki bulunması ve fiil çokluğunun kabul edilmesinin keyfi ve zorlama gözükmemesi” halinde bu suçlarda fiil tekliği kabul edilmektedir^{102,103}. Frister’in de belirttiği üzere bu açıklamalar hukuki anlamda fiil tekliği kapsamında olup, doğal anlamda tek bir fiil söz konusu olduğunda fikri içtima kurumu uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁴.

Türk uygulamasındaki kabule göre ise fiil tekliğinin diğer bütün şartlarını sağlayan hareket veya hareketler ile birden fazla çocuk istismar edilmiş olduğunda hukuki anlamda birden fazla fiil ve birden fazla suç ortaya çıkmış olacak ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹⁰⁵. Yargıtay bu yöndeki uygulamayı hırsızlık suçuna kadar genişleterek, malvarlığına karşı suçlarda dahi mağdur sayısı kadar suç oluştuğunu kabul etmektedir¹⁰⁶. Sonuç olarak sözgelimi yan yana duran iki çocuğun art arda poposuna dokunulması olayında Alman uygulaması tek fiil, Türk uygulaması ise iki fiil bulunduğunu söyleyecektir.

TCK’nın 43. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki düzenlemeler ışığında, ceza sorumluluğunu bu şekilde genişleten bir yorum suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından sakıncalı gözükmektedir. Zira üçüncü fıkradaki istisnalardan biri olmadığı sürece “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille” gerçekleştirilmesi mümkündür¹⁰⁷. Bu, cinsel istismar suçu için de geçerli olmalıdır.

¹⁰² Kindhäuser, **a.g.e.**, s. 385. Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 10; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 43., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013, s. 323.

¹⁰³ Arabasında bulunan üç çocuğa karşı zorla gerçekleştirdiği eylemlerin fiil tekliği oluşturduğu, korunan hukuki değer yüksek kişiselikte olmasının fiil tekliğini bozmayacağı yönünde: BGH 4 StR 504/99 - Beschluß v. 16. November 1999 (LG Essen). Failin aynı anda aynı yerde bulunan beş çocukla yaptığı webcam görüşmesinde gerçekleştirdiği cinsel eylemlerin (erkeklik organını göstererek mastürbasyon yapmak) m. 176 f. 4 b. 1’in bir kez ihlal edilmesi niteliğinde olduğu yönünde: BGH Beschluss vom 21. April 2009 - 1 StR 105/09 (LG München I).

¹⁰⁴ Bomba patlatılarak birden fazla kişinin ölümüne yol açılması aynı neviden fikri içtima oluşturmaktadır. Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2013, s. 475.

¹⁰⁵ Göktürk, **a.g.e.**, s. 120; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1014.

¹⁰⁶ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1024.

¹⁰⁷ 29 Haziran 2005 tarihli ve 5377 numaralı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile üçüncü fıkradaki istisnalar arasından cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları çıkarılmıştır.

2. Birden fazla fail tarafından işlenme

Suç tipini gerçekleştiren kişilerin müstakil fail niteliğinde olması halinde ortada fail sayısı kadar fiil ve suç olacağı açık olmakla beraber müşterek faillikte bu yönde bir yorum yapılması mümkün değildir. Müşterek faillik; ortak suç kararı ve ortak hakimiyet gerektirmektedir. Bu şartların ise tek bir fiil çerçevesinde gerçekleşmektedir. Öyle ki kişilerin tek bir suça yönelik kararı ve tek bir fiil üzerinde birden fazla kişinin hakimiyeti ile müşterek faillik ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla müşterek faillikte fiil teklifi incelenirken, hareketlerin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesinden farklı bir bakış açısının benimsenmesi söz konusu olmamaktadır.

Yargıtay ise müstakil faillikte fiil teklifi arz edecek hareketler bütününe müşterek faillikte fiil çokluğu oluşturduğu yönünde bir içtihat geliştirmiş durumdadır¹⁰⁸. Sözelimi mağdurun direncini kırmak için cebir uygulamak, ona dokunmak ve cinsel ilişki gerçekleştirmek hareketleri tek bir fiile vücut verecekken; iki müşterek failden biri mağduru tutarken öbürünün cinsel ilişkiye girmesi ve sonra bu kişilerin yer değiştirmesi şeklinde cereyan eden olayda Yargıtay failerin tutma ve cinsel ilişkiye girme şeklinde değişik zamanlarda gerçekleşen iki fiili bulunduğunu, zincirleme suçun oluştuğunu kabul etmektedir¹⁰⁹. Oysaki bu tür olaylarda zamansal ve mekansal bağlantının fiil teklifini sağlayacak ölçüde dar olduğu açıktır¹¹⁰. Faillerin daha fazla cezalandırılması eğilimiyle oluşturulduğu anlaşılan bu içtihadı, TCK m. 103, f. 3, b. (a) ve f. 4'teki nitelikli hal düzenlemeleri gözetildiğinde ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu içtihadın takip edilmesiyle basit cinsel istismarda bulunan müşterek failer bakımından alt sınır 15 senelik hapis cezası olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁸Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1028; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 400.

¹⁰⁹ Bu yöndeki kararların hemen hepsinde muhalefet şerhi bulunmaktadır. CGK, 2013/14-35 E., 2013/266 K., 28.05.2013 T; CGK, 2013/14-379 E., 2013/427 K., 22.10.2013 T.; CGK, 2012/14-1371 E., 2013/267 K., 28.05.2013 T; 6. CD, 2014/12957 E., 2015/39897 K., 22.04.2015 T. Bkz. Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1028, dn. 112.

¹¹⁰ Bu durumda hukuki anlamda tek fiil olduğunu ifade etmek suretiyle aynı yönde Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 325.

¹¹¹ TCK m. 103, f. 3, b. (a) uyarınca nitelikli cinsel istismarda alt sınır (8 + 0,5 x 8) 12 yıl olup, zincirleme suça ilişkin alt sınırdan artırım yapılması ile (12 + 0,25 x 12) 15 yıl bu halde alt sınırı oluşturmaktadır.

3. Fiilin çoğul ifade edilmesi

Fiile ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde madde metnindeki “her türlü davranış” ve “davranışlar” ifadelerinin yalnızca Türkçe’nin kullanım özelliğinden kaynaklandığı, ifadelerdeki ayrılığın a) ve b) bendinde farklı fiiller tanımlandığına işaret etmediği ortaya koyulmuştu. İçtima kurumu ve fiil tekliği konusu bakımından da ifade etmek gerekir ki suç tipinde fiilin çoğul ifade edilmesinin kural olarak suçun işlenişine ve fiil hakkında yapılacak hukuki yoruma bir etkisi yoktur. Fiile dair çoğul ifade ne tanımlanan hareketin bir kez gerçekleştirilmesiyle suçun oluşmayacağı anlamına gelmekte ne de tipe uygun hareketin birden fazla gerçekleştirilmesi halinde yapılacak fiil tekliği değerlendirmesi bakımından özel bir durum oluşturmaktadır. Cinsel istismar düzenlemesi çerçevesinde; çocuğa karşı cinsel davranışın gerçekleşmesiyle suç tamamlanmakta, zamansal ve mekansal bağ kopmaması şartı ile devamında gerçekleştirilen cinsel davranışlar fiil tekliği oluşturmaktadır¹¹².

Sonuç olarak fiile dair çoğul ifadenin sadece genel kuralın pekiştirilmesi niteliğinde olduğu söylenebilir. Buna ek olarak madde metninde fiilin çoğul ifade edilmesinin, hukuki anlamda fiil tekliğinin bir alt başlığı olan “tipik (kanuni) fiil tekliği”nin¹¹³ (pauschale tatbestandliche Handlungsbeschreibungen¹¹⁴) bir görünümü olarak kabul edilebileceğini de belirtmek gerekmektedir.

B. İçtima Türleri

Fiil tekliği fikri içtimain olumlu, zincirleme suçun ise olumsuz şartıdır. Fiil tekliğine ilişkin yapılacak tespitin pratik faydası, aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suçun ayrılmasıdır.

¹¹² Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2016, s. 495. Göktürk, **a.g.e.**, s. 134; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1012.

¹¹³ Göktürk, **a.g.e.**, s. 134 – 135.

¹¹⁴ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s. 320.

1. Görünüşte içtima

Görünüşte içtima, birden çok suç düzenlemesi için tipik olan bir fiilin yalnızca bir suçtan dolayı sorumluluk doğurması halidir; suç çokluğu yalnızca görünüştedir. Görünüşte içtimanın görünüm biçimlerinden “genel norm - özel norm ilişkisi” ve “bileşik suç”un özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

a) Genel norm - özel norm ilişkisi

Nitelikli hal ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi bulunan suçlarda, bu düzenlemelerle ve temel şekil arasında görünüşte içtimanın bir görünümü olan genel norm - özel norm ilişkisi bulunmakta; bu durumda yalnızca özel norm niteliğindeki düzenlemeden sorumluluk doğmaktadır.

Bu kapsamda cinsel istismar fiiline ilişkin nitelikli halin öngörüldüğü ikinci fıkra ve ile basit şeklin öngörüldüğü ilk fıkra arasında bu türden bir ilişki bulunduğuna¹¹⁵ dikkat etmek gerekmektedir. Öyle ki mağdura vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cisim sokulduğu bir nitelikli cinsel istismar fiilinde failin basit cinsel istismar teşkil edecek şekilde mağdura temas etmesi fazladan bir ceza sorumluluğunu sonuçlamamaktadır. Açık deyişle, fail nitelikli cinsel istismar düzenlemesine göre cezalandırılmakta ancak ceza belirlenirken basit cinsel istismar niteliğindeki diğer hareketleri de gözönünde bulundurulmaktadır. Aynı ilişki sarkıntılık hali ile temel şekil arasında da, suçun diğer halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçu arasında da¹¹⁶ mevcuttur.

Görünüşte içtimaa dair bir tartışma da cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları bakımından yapılmalıdır. Düzenlemelerin mevcut durumu bakımından cinsel istismar suçunun, cinsel saldırı suçunun mağdurunun çocuk olması haline indirgenmiş olduğu ifade edilmişti. Bu durumda özel normun önceliği ilkesi uyarınca hukukça değer atfedilen rızası hilafına çocuğun bedeni üzerinde cinsel davranışta bulunma görünümündeki fiiller bakımından yalnızca cinsel istismar

¹¹⁵ Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 235; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 978.

¹¹⁶ Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 324.

suçundan sorumluluk doğmaktadır. Ancak cinsel taciz suçu ile, kapsamı farklı olduğundan¹¹⁷, böyle bir özel norm - genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Cinsel taciz suçu, geçit suç niteliğinde de olmadığından¹¹⁸ “asli norm – tali norm ilişkisi” yönünden de görünüşte içtima söz konusu olmamaktadır. Ancak sözgelimi mağdur ile cinsel ilişkide bulunurken ayrıca ona dokunmanın görünüşte içtima oluşturması fakat bu esnada söylenen sözlerin cinsel taciz suçuna vücut vermesi tutarlı gözükmemektedir. Dolayısıyla, cinsel istismar suçunun aynı hukuki değeri üst seviyede koruduğundan hareketle, cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasında bir “tüketen – tüketilen norm ilişkisi”¹¹⁹ bulunduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Alman CK m. 176’da birçok tipik fiil öngörülmüş olması sebebiyle madde içinde içtima problemleri doğmaktadır. Doktrinde dördüncü fıkranın bentlerinde sayılan birden fazla fiilin gerçekleştirilmesi halinde ise fiil tekliğinden söz edilmeyeceği, bu durumda zaten bir fiil bulunduğu ifade edilmektedir¹²⁰. Birbirinden farklı fiillerin yalnızca aynı fıkroda düzenlenmiş olmasından hareketle ortaya koyulan bu yorum tartışmaya açıktır. Buna karşın dördüncü ve beşinci fıkranın, birinci ve ikinci fıkra karşısında daha hafif nitelikli olmasından, daha hafif bir işleniş biçimi teşkil etmesinden dolayı geri çekileceği açıktır¹²¹. Bir gerekçelendirmeye göre, ön alan suçu niteliğine sahip olan dördüncü fıkranın üçüncü bendi ve beşinci fıkra, diğer suçlar karşısında gerileyecektir¹²². Ancak ağır nitelikteki fiilin teşebbüs aşamasında kalması ve fakat hafif nitelikte olanın tamamlanmış olması halinde iki hüküm arasında fiil tekliği olacağı kabul edilmektedir¹²³.

Benzer durum diğer cinsel istismar düzenlemeleri kapsamında da bulunmaktadır. Alman CK m. 182’de düzenlenen “gençlerin cinsel istismarı”

¹¹⁷ Pozitif düzenlemelerde dayanağı olmamasına karşın madde gerekçelerinden hareketle cinsel taciz suçunun vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan eylemleri kapsadığı kabul edilmektedir.

¹¹⁸ “Çünkü sarkıntılık suçunu işlenmesi için söz atmak zorunluluğu yoktur.” Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No:14, Güz 2008, s. 47.

¹¹⁹ Tüketen – tüketilen norm ilişkisinde, normların düzenledikleri suçlar arasında bir zorunluluk ilişkisinin bulunması gerekmediğine dair: İçel, **a.g.m.**, s. 38, 43.

¹²⁰ Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 63.

¹²¹ Frommel, **a.g.e.**, § 176 kn. 30; Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 9; BGH, Beschluß vom 23-01-1996 - 1 StR 481/95 (LG Stuttgart).

¹²² Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 63.

¹²³ Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 9.

suçunun ilk üç fıkrasında düzenlenen fiiller arasında baskın görüşe göre görünüşte içtima bulunurken diğer görüşe göre bunlar suçun işlenişinin eşdeğer biçimleri olmayıp bağımsız haksızlık içeriklerine sahiptir ve dolayısıyla bu hallerin birden fazlasını sağlayan bir fiil bulunması halinde “fiil tekliği” (Tateinheit) oluşmaktadır¹²⁴. Alman CK m. 174’te düzenlenen “himaye altındaki kişinin cinsel istismarı” bakımından da tartışma bulunmaktadır¹²⁵.

Yine suçlar arasında da içtima problemleri oluşmakta, hangi suç tipinin özel norm teşkil ettiğinin belirlenmesinde zorluk yaşanmaktadır. Zira 176. maddenin 182. maddeye göre özel hüküm teşkil ettiği hususunda görüş birliği bulunsa da¹²⁶ içtima problemi her zaman bu basitlikte olmamaktadır¹²⁷. Örneğin bir babanın hiçbir direnç göstermeyen on iki yaşındaki kızının odasına gidip, kızı fark etmeksizin kapıyı kilitleyip cinsel eylem gerçekleştirilmesi halinde Alman CK m. 174, 176 ve 177 gündeme gelebilecektir. Çocuk, kapının kilitli olduğunu ve kaçamayacağını bilmediği için “korumasız durumda bulunma” şartının gerçekleşmediği çünkü kapının açık olması halinde kaçma imkanının bulunacağı ve 177’nin uygulanabilir olmadığı öncelikli olarak söylenebilecektir. Olay, Alman CK m. 174/1 b. 3’e ise uygundur¹²⁸. Ancak m. 176/1 ile kanunların içtimaı bulunduğundan, m. 52/2 uyarınca cezası daha ağır olan m. 176/1 uygulanacaktır.

¹²⁴ Renzikowski, **a.g.e.**, § 182 kn. 71.

¹²⁵ Birinci fıkranın bentleri arasındaki içtima problemine ilişkin bkz. Heger, **a.g.e.**, § 174 kn. 18; Ziegler, **a.g.e.**, § 174 kn. 17.

¹²⁶ Frommel, **a.g.e.**, § 176 kn. 30; Heger, **a.g.e.**, § 176 kn. 9 – 10; Renzikowski, **a.g.e.**, § 176 kn. 64; Eisele, **a.g.e.**, § 176 kn. 25, § 182 kn. 19; Ziegler, **a.g.e.**, §182 kn. 16. Ayrıca bkz. BGH, Urteil vom 28-02-1996 - 3 StR 309/95 (LG Lübeck).

¹²⁷ Alman CK m. 180 ile m. 182 arasındaki görünüşte içtima problemine ilişkin açıklamalar için bkz. Renzikowski, **a.g.e.**, § 180 kn. 76; Frommel, **a.g.e.**, § 180a kn. 36. Küçüklerin cinsel eylemlere teşviki suçu (m. 180) aynı zamanda 180a (fahişelerin sömürülmesi suçu), 180a (fahişelerin sömürülmesi suçu, 232 (insan kaçakçılığı suçu) ve 232a (zorla fuhuş suçu) maddeleri ile içtima problemi doğurmaktadır. Zira bu suç tiplerinin kesişim alanları geniştir. Lackner, **a.g.e.**, s. 680.

¹²⁸ Örnek ve çıkarım için bkz. Urs Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft**, Bonn, Nomos Verlag, 2009, s. 174 – 175.

b) Bileşik suç

İkinci gruba dahil çocukların basit cinsel istismarının ve birinci gruba dahil çocukların nitelikli cinsel istismarının tanımında cebir ve tehdit ifadelerinin kullanılması (TCK m. 103/1 ve 103/4) “bileşik suç” kurumuna dair bir tartışma yapmayı gerekli kılmaktadır. Zira bu eylemlerin cinsel istismar suçu haricinde gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 86’daki kasten yaralama, TCK m. 108’deki cebir ve TCK m. 106’daki tehdit suçları gündeme gelmektedir. Nitekim doktrinde cinsel istismar suçunun; tehdit, cebir ve kasten yaralama suçlarını unsur olarak içermesi sebebiyle bileşik suç niteliğinde olduğu yönünde fikir birliği mevcuttur¹²⁹.

Bileşik suç, başka bir suçu unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak bünyesinde bulunduran suç olarak tanımlanmaktadır¹³⁰. Ancak bu kapsamdaki açıklamaların “fiil” ve “hareket” kavramları üzerinden yapılıyor oluşundan¹³¹ ve bileşik suçu düzenleyen TCK m. 42’de “tek fiil sayıl(mak)”tan bahsedilmesinden, asıl olarak bir suçun fiilinin diğer suçun fiilinde mündemiç olması gerektiği anlaşılmaktadır¹³². Belirtmek gerekir ki cinsel istismar suçunda cinsel davranışın cebir veya tehdide dayanması aranmakta olup; fail tarafından işlenen fiilin cebir veya tehdit niteliğinde eylemler ihtiva etmesi gerektiği açıkça öngörülmemiştir. Dolayısıyla düzenlemenin yalnızca “mağdurun cebir veya tehdit etkisi altında olması”nı aradığı ve bu bakımdan bileşik suçun söz konusu olmadığı savunulabilir¹³³. Buna karşın dördüncü fıkradaki nitelikli hal düzenlemesinin bileşik suça temel oluşturduğu açıktır. Fıkra metninde açık bir şekilde “Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı

¹²⁹ Kasten yaralama halinde, cinsel istismar suçunun alt sınırdan uzaklaşarak cezalandırılacağı yönünde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 318.

¹³⁰ Kayıhan İçel, **Suçların İctimai**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 204 – 208.

¹³¹ **A.e.**, s. 205.

¹³² Dönmezer/Erman bileşik suçu (mürekkep suçu) suç teşkil eden bir neticenin başka bir neticenin içinde erimesi olarak tanımlamakta, netice unsuru çerçevesinde açıklamaktadır. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: I**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1994, s. 406.

¹³³ Nitekim iştirak iradesi bulunmayan kişilerden biri çocuğun iradesini etkilediğinde diğeri ise cinsel davranışı gerçekleştirdiğinde bu kişilerin ne şekilde sorumlu tutulacağı açık değildir. Örneğin bir kişi on yedi yaşında bir çocuğu bir gece mekanında çalıştırmaya başlamış ve kendisine sarkıntılık teşkil eden eylemlerde bulunan müşterilere karşı çıkması halinde kendisini (çocuğu) öldüreceği tehdidinde bulunmuş, çocuk da bir müşterinin kendisine temas etmesine müsaade etmiş olsun. Tehdit eden kişinin dolaylı fail sayılarak cinsel istismar suçundan cezalandırılması mümkündür. Ancak diğer kişinin (müşterinin) “tehdit” hareketini gerçekleştirmemiş ve dolayısıyla tipik fiili tamamlamamış olduğu anlaşılabilir.

cebir veya tehditle ... gerçekleştirilmesi” daha ağır cezaya tabi tutulmuştur. Cinsel istismarı gerçekleştiren kişi ile cebir veya tehdidi gerçekleştiren kişinin aynı kişi olması gerektiği açık olan bu düzenleme, bir suçun başka bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olmasının tipik bir örneğidir.

Yine aynı fıkradaki, ikinci gruba dahil çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesine dair nitelikli hal düzenlemesi özel bir içtima düzenlemesi olarak okunabilir. Zira fıkranın lafzından fail tarafından bizzat silah kullanılması halinde nitelikli halin oluşacağı anlaşılmaktadır. Daha açık ifadeyle fail mağdurun iradesini silah kullanmak suretiyle etkilediğinde ve bu etkiden faydalanarak cinsel istismar fiilini işlediğinde nitelikli cinsel istismar suçu oluşmaktadır. Denebilir ki kanun koyucu, fail tarafından silahla yaralama veya silahlı tehdit suçu gerçekleştirilmek suretiyle cinsel istismar suçu işlendiğinde TCK m. 44’un uygulama alanı bulmamasını amaçlamıştır.

Her ne kadar cebir kavramı ile kasten yaralama suçu arasında zorunlu bir bağlantı bulunmasa da¹³⁴ cebir suçunun düzenlendiği TCK m. 108’de cebrin yaralama suçundan verilen cezayı artırıcı etki ile sınırlandırılmış olması, kanunen böyle bir bağlantının kabulünü zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla cebre dair yapılan yorumların tamamı kasten basit yaralama suçu için de geçerli olmaktadır¹³⁵.

Alman Ceza Hukukunda cebir ve tehdide ilişkin durum farklılık göstermektedir. Alman CK m. 176’da düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunda (ve diğer cinsel istismar suçlarında) cebir, şiddet ve tehdidin tipikliğe dahil olmadığı, bir suç unsuru teşkil etmediği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira suç tipinin tanımında bu veya benzeri bir ifadeye yer verilmiş değildir. Buna karşın m. 176a’daki çocukların ağır cinsel istismarı düzenlemesinde mağdurun sağlığındaki ağır nitelikte bozulması veya gelişiminin zarar görmesi tehlikesi (f. 2 b. 3), kötü muamele ve ölüm (f. 5) hallerine ilişkin hükümler tesis edilmiştir. Bu düzenlemeler çerçevesindeki ortak kanaat şu şekildedir:

İkinci fıkradaki zarar tehlikesine ilişkin düzenlemede bu tehlikenin “fiil dolayısıyla” çıkmasından bahsedilmiştir, cebir ve şiddet cinsel istismar fiiline dahil olmadığı için yalnızca ilgili cinsel eylem sonucu oluşan tehlikeler bu düzenleme

¹³⁴ İçel, **Suçların İçtimalı**, s. 207.

¹³⁵ Cebrin hafif yaralama suçunu oluşturacağı yönünde: Soyaslan, **a.g.e.**, s. 249.

kapsamında olabilir. Cinsel eyleme yönelik uygulanan cebir ve şiddet sonucu böyle bir tehlike ortaya çıktığında ise “cinsel saldırı, cinsel zorlama, tecavüz” suçuna başvurulacak ve olaya m. 177/3 b. 3 uygulanması gündeme gelebilecektir. Nitekim Alman Ceza Hukukunda yaptırım miktarlarının tutarlılığına dikkat edildiğinden, cinsel istismar fiili dolayısıyla ortaya ilgili tehlikenin çıkması iki yıldan başlanarak cezalandırılırken, cinsel eyleme yönelik şiddet sebebiyle bu tehlike ortaya çıktığında ceza alt sınırı üç yıl olmaktadır.

Beşinci fıkradaki ağır şekilde kötü muamele ve ölüm tehlikesine ilişkin düzenlemede ise “fiil esnasında” ifadesi kullanıldığına dikkat çekilmektedir. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere Alman kanun koyucusu fiil dolayısıyla değil, fiil esnasında gerçekleştirilen tipiklikdışı başka bir hareket dolayısıyla da bu durumların ortaya çıkmasını kapsama almıştır. Böylece tipik fiil ile dar bir zamansal ve mekansal bağı bulunan tüm şiddet eylemleri bakımından fıkra uygulama alanı bulmakta ve ceza alt sınırı beş yıl olmaktadır. Ancak uygulanan şiddetin “ağır şekilde kötü muamele” teşkil etmemesi halinde Alman CK m. 240'deki zorlama suçu ve m. 177'nin de katıldığı bir içtima problemi ortaya çıkmaktadır.

2. Gerçek içtima

“Çocuğun cebir ve tehdit yoluyla cinsel istismarı”, TCK m. 87'ye uygun bir ağır neticeye yol açtığında kanunen gerçek içtima uyarınca hüküm tesis edilecektir. Zira TCK m. 103'ün 5. fıkrasındaki “ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler”in uygulanacağı düzenlenmiştir. Başka bir suça dair hükümlerin ayrıca uygulanması sadece gerçek içtima halinde söz konusu olup; ne bileşik suç ne de fikri içtima halinde ikinci bir suçun hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir¹³⁶. Dolayısıyla cebir ve şiddeti bizzat uygulamak suretiyle cinsel istismar suçunu işleyen fail hem cinsel istismar suçu hem de kasten yaralama suçu

¹³⁶ 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesinde, TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” hali için gerçek içtima kuralı öngörülmekteydi. Bu sebeple doktrinde daha çok korunmaya muhtaç olan çocuğun mağdur olduğu cinsel istismar suçunda yalnızca yaralamanın ağır neticeleri bakımından gerçek içtimanın kabul edilmiş olması eleştirilmekteydi. Bu yönde eleştiri için bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Türk Ceza Hukuku'nda Bileşik Suç”, **AÜHFD**, C.LXI, No:1, 2012, s. 59.

hükümlerine göre ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Oluşan ceza sorumluluğuna dair açıklamalar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında yapılmıştır.

3. Zincirleme suç

Zincirleme suçun koşulları TCK m. 43/1 uyarınca bir suç işleme kararı¹³⁷, bir mağdur ve tek bir suç tipinin söz konusu olması ancak birden çok fiil bulunmasıdır. Ne zaman birden fazla fiil işlenmiş olacağı, fiil tekliline ilişkin ayrıntılı açıklamaların negatifinden anlaşılmaktadır; fiil teklilinin şartlarını sağlamayan hareketler arasında fiil çokluğu bulunmaktadır. Alman Ceza Hukukunda zincirleme suç kurumu, mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş, yine Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Genel Kurulunun 03.05.1994 tarihli kararı ile hukuk dünyasındaki etkisini yitirmiştir¹³⁸. Halihazırda tek bir toplam kasta (Gesamtvorsatz) dayansa dahi, aynı çocuğa karşı gerçekleştirilmiş olan birden fazla cinsel istismar fiili, fiil çokluğu teşkil etmekte, her biri ayrı ayrı cezaya tabi olmaktadır . Oysaki Alman Ceza Hukukundaki eski kabulde bu tür fiillerin “hukuki fiil teklili” oluşturduğu kabul edilmekte ve tek bir cezaya hükmedilmekteydi.

Tek bir suç tipinin söz konusu olması şartı bakımından; mağdurun çocuk yaşında başlayan zincirleme suçun, 18 yaşını geçtikten sonra da devam etmesi durumunda cezanın hangi suç üzerinden, ne şekilde belirleneceği önemli bir içtima problemi teşkil etmektedir. Yargıtayın bu husustaki içtihadının “*sanığın daha ağır olan ve zincirleme surette gerçekleşen çocuğun cinsel istismarı suçundan*” cezalandırılması yönünde olduğunu belirtmekte fayda vardır¹³⁹. Buna karşın aynı

¹³⁷ Suç işleme kararına ilişkin açıklamalar ve tartışmalar için bkz. İçel, **Suçların İçtimalı**, s. 130 – 136; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 498 vd.; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1077.

¹³⁸ Zincirleme suç kurumunun ilgasının uygulamadaki yansımalarının incelendiği bir eser bulunmaktadır. Bkz. Christiane Rohleder, **Die Folgen des Wegfalls der fortgesetzten Tat bei sexuellem Mißbrauch: zugleich ein Beitrag zu den Anforderungen an die Konkretisierung der Tat(en) in Anklage und Urteil**, Berlin, Verlag Duncker & Humblot, 2001.

¹³⁹ 14. CD E. 2016/7129, K. 2017/655, T. 14.2.2017. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2016-7129.htm>, 25.04.2017. Özgenç de aynı yönde görüş belirtmiştir: Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 572, dn. 1124.

çocuğa karşı farklı zamanlarda işlenen cinsel istismar ve cinsel taciz fiillerine zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁰.

TCK m. 43'ün açık lafzı gereği iki farklı suç tipi arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Ancak zincirleme suç düzenlemesinin aynı tür hukuki değeri koruyan cinsel istismar ve cinsel taciz suçları arasında zincirleme suç ilişkisi kurulması hukuk mantığına uygun gözükmemektedir.

Zincirleme suçtan hüküm kurulurken daha ağır cezayı gerektiren fiilin esas alınması, diğer fiillere artırım oranının belirlenmesinde dikkat edilmesi gerekmektedir. Fiillerden biri nitelikli hal veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal teşkil ettiğinde bu fiillere temel şekle uygun işlenmiş fiiller karşısında üstünlük tanınması gerektiği açıktır. Ancak Yargıtay uygulaması neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği yönündedir¹⁴¹. İçtihat uyarınca ağırlaşmış neticenin ortaya çıkmadığı fiiller bakımından zincirleme suç hükmü uygulanarak tespit edilen ceza ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin gerçekleştiği fiilin karşılığı olan ceza toplanmak suretiyle hüküm oluşturulmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiğinde, 43. maddenin son fıkrasındaki aynı neviden fikri içtima ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı suç tipleri arasında cinsel istismar suçu da sayılmıştı. Ancak özellikle uygulamadaki hukukçuların ispat ve cezada ölçülülük bakımından gösterdiği çekince sebebiyle¹⁴² cinsel istismar ve cinsel saldırı suçları 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun ile fıkra metninden çıkarılmıştır¹⁴³.

4. Aynı neviden fikri içtima

Aynı neviden fikri içtima, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi anlamına

¹⁴⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2015, s. 319.

¹⁴¹ Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 232 – 233.

¹⁴² Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1091.

¹⁴³ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 573.

gelmektedir. Bu durumda bir cezaya hükmedilmekte fakat bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılmaktadır.

Kısaca açıklamak gerekirse aynı neviden fikri içtimadan söz edilebilmesi için birden fazla mağdur ve tek bir fiil bulunması gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar genel kanı cinsel istismar suçu bakımından mağdur sayısı kadar fiil bulunduğu yönünde olsa da mevcut düzenleme ve genel ilkeler bu kanıyı doğrulamamaktadır. Kaldı ki hareketlerin zamansal ve mekansal bağlantı içinde bulunması ve bir bütünlük arz etmesi mağdur sayısından bağımsızdır.

Sonuç olarak failin birden fazla kişiye karşı gerçekleştirdiği hareketlerinin fiil tekliğinin şartlarını sağlaması halinde gerçek içtima değil aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır. Sözelimi nasıl ki bir çocuğa dokunduğu esnada onu öpmesi ve sonrasında bu çocukla cinsel istismar gerçekleştirmesi tek fiildir; bu hareketlerden her birinin aynı şekilde farklı çocuklara karşı gerçekleştirmesi de tek fiil arz edecektir. Ancak TCK m. 43/2'nin açık hükmü gereği mağdur sayısının fazlalığı göz önünde bulundurularak ceza belli bir oranda artırılacaktır.

5. Farklı neviden fikri içtima (Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu)

Alman Ceza Hukukunda cinsel suçların kazuistik biçimde düzenlenmesi sebebiyle suçlar arasında fikri içtima problemleri de oluşabilmektedir. Özellikle “ön alan suçu” niteliğinde fiillerin öngörüldüğü 180. maddenin yapısı gereği, çoğu durumda diğer cinsel suçlara yardım etme ile fiil tekliği mevcut olmaktadır¹⁴⁴. Bu başlık altında ise asıl olarak, Türk Ceza Hukuku bakımından, cinsel istismar ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki fikri içtima problemi ele alınacaktır.

¹⁴⁴ Lackner, **a.g.e.**, s. 709.

a) İçtima problemi

TCK'nın 109. maddesinde "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu" düzenlenmekte, maddenin dördüncü fıkrasında ise suçun cinsel amaçla işlenmesi cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmektedir. Bunun yanında cinsel istismar suçu birçok halde mağdurun bulunduğu yerde veya bir yere götürülerek orada durmaya zorlanması suretiyle işlenmekte ya da suça konu olan cinsel davranışlar anlık olmayıp süreklilik gösterdiğinden mağdur belirli bir süre alıkoymaktadır¹⁴⁵. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cinsel suçların karşılıklı durumu bir içtima tartışmasına yol açmaktadır.

Bu tartışmanın neticelendirilmesinde iki ana nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki cinsel istismar suçunu oluşturan bazı fiillerin (örneğin cinsel ilişki) mağdurun hürriyetini zorunlulukla sınırlamasına nasıl bir sonuç bağlanacağı, ikincisi ise hangi şartlarda bu iki suçun tipik hareketlerinin fiil teklifi teşkil edeceği.

İlk noktayı önce "cebir" bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Burada üzerinde durulması gereken husus cebir suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılması suçunun arasındaki ilişkidir. Gerçekten de (potansiyel) mağdurun bir şey yapması veya yapmaması ya da yapılmasına müsaade etmesi için kullanılan zor (cebir); mağdurun yapmamak veya yapmak ya da müsaade etmemek için gösterdiği direncin bertaraf edilmesini kapsamaktadır. Buna mağdurun mahali terk etme girişimlerinin engellenmesi de dahildir. Nitekim mağdurun kendisini bir şeye zorlayan kişinin etki alanında rızaen durması söz konusu olamaz. Bu açıklamalar pozitif düzenlemeye dayandırılırsa, fail "müsaade ettirmek" amacı ile bir zorlamada bulunduğu "hürriyete karşı suçlar"dan biri olan cebir suçu oluşmaktadır. Cebir suçuna uygun şekilde (cinsel davranışa) müsaade edilmesi amacına ulaşılmasının ardından da zorlamanın/kısıtlamanın devam etmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu gündeme gelebilmelidir. Görüldüğü üzere bu noktadaki tartışma cinsel istismar suçuna dair olmayıp, cebir suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki sınırın belirlenmesi ile alakalıdır ve asıl sorun hürriyeti

¹⁴⁵ Aslında ani olarak işlenebilen bir suçun, bazı hallerde mütemadi olarak gerçekleştirilebileceği yönünde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2012, s. 261.

yoksun kılma suçunda süreye ilişkin bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanmaktadır¹⁴⁶.

Cinsel istismar suçu bakımından somutlaştırılacak olursa; mağdurun cinsel davranışlara göstereceği direncin bertaraf edilmesiyle sınırlı olarak gerçekleştirilen zorlama cebir suçuna vücut verecektir. Cinsel istismar fiilinin sınırlarını süre bakımından aşan kısıtlamalar bakımından ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu tartışma konusu yapılmalıdır¹⁴⁷. Hangi seviyede bir süre aşımının hürriyetten yoksun kılma suçunu sonuçlayacağına dair ise önceden bir belirleme yapılması mümkün değildir¹⁴⁸. Yalnızca “önemli sayılabilecek bir aşım”ın gerekli olduğu söylenebilir¹⁴⁹. Sözelimi salonda oturan çocuğu zorla aynı konutun başka bir odasına götürüp cinsel istismarda bulunduktan sonra konuttan ayrılmak şeklindeki olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluk doğmayacaktır, sokaktaki bir çocuğu otomobile zorla bindirip bir eve götürerek cinsel istismarda bulunmak ve hemen ardından bırakmak şeklindeki olayda ise cinsel istismar suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu farklı neviden fikri içtima oluşturacaktır.

Cebir ve tehdit suçları, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bileşik suç niteliğindedir. Dolayısıyla aynı yorumlar tehdit suçu bakımından da geçerli olup, cebir veya tehdit yoluyla mağdur hürriyetinden yoksun kılınarak cinsel istismarda

¹⁴⁶ Mukayeseli hukuka ilişkin bilgi için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2012, s. 256 – 267.

¹⁴⁷ “...rızası hilafına cinsel ilişkiye girdiği ve sonrasında evden çıkarak olay yerinden ayrıldığı anlaşılınca, sanığın cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdiği zaman zarfı dışında mağdureyi hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir eyleminin bulunmadığı gözetilmeden...” 14. CD 2013/10526 E., 2014/366 K., 16.1.2014 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-10526.htm>, 12.02.2017.

Mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması, cinsel istismar suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı olarak mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkanını ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı yönünde: 14 CD 2014/8860 E., 2017/3941 K., 14.9.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2014-8860.htm>, 02.12.2017.

¹⁴⁸ Türk hukukunda hürriyeti yoksun kılmanın uzun veya kısa süreli olmasının suça etkisi bulunmadığı ancak engellemenin suçu oluşturacak ağırlıkta olup olmadığını somut olayın koşullarına göre hakimin belirleyeceği yönünde: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, 2012, s. 258.

¹⁴⁹ Üzülmöz, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “önemli bir zaman dilimi içinde sınırlama” ile tamamlanacağını ifade etmektedir. İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, No:1,2, 2007, s. 1188. Koca/Üzülmöz, aynı şekilde, “önemsiz sayılamayacak bir zaman dilimi için sınırlama” ifadesini kullanmaktadır. Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 402.

bulunulduğunda cinsel istismar ve (hem ikinci fıkra hem beşinci fıkra bakımından) nitelikli kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.

Sonuç olarak yukarıda ortaya koyulan bakış açısı; gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun doğal sonucu olan kısıtlamaların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermeyeceği yönündeki görüş ile paraleldir¹⁵⁰.

İkinci nokta bakımından ise dikkat edilmesi gereken husus kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kesintisiz suç niteliğinde olmasıdır. Öyle ki kişinin hürriyetinin önemli bir süre kısıtlanmasıyla suç tamamlanmakta ancak hürriyetini tekrar kazanmasına kadar suç, yani fiilin icrası devam etmektedir¹⁵¹. Suçun devam ettiği esnada cinsel istismar suçunun da işlenmesi halinde bu iki suç arasında farklı neviden fikri içtima oluşacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sürerken birden fazla cinsel istismar fiilinin işlenmesi halinde bu fiiller bakımından zincirleme suç tartışması yapılabilecek, bu fiillerle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında ise farklı neviden fikri içtima bulunacaktır.

Oysaki hürriyetten yoksun bırakma esnasında cinsel davranış gerçekleştirilmesi halinde fiil tekliğini reddeden ve gerçek içtima oluştuğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır¹⁵². Bu görüş, kesintisiz suçlarda fiilin değil neticenin sürekliliği olduğu görüşünün bir devamı olarak kabul edilebilir. Nitekim kesintisiz suçlarda fiilin değil neticenin sürekli olduğunun kabul edilmesi, fiilin sürekli kabul edilmesinin yarattığı tutarsızlığı ortadan kaldırmaktadır. Açıklanacak olursa; birbiri ile fiil tekliği içinde olmayan iki cinsel istismar fiilinin, aynı hürriyeti yoksun kılma fiili ile fiil tekliği içinde olduğunun kabulü çelişkilidir. Ek olarak bir kez cinsel istismar fiili gerçekleştirdiği çocuğu bir yıl boyunca alkoyan bir kişinin, farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca yalnızca cinsel istismar suçundan cezalandırılacak olması yerinde gözükmemektedir.

¹⁵⁰ "...cinsel istismar eylemlerinin işlendiği sınırlı zaman diliminde mağdurenin hareket etme olanağının ortadan kaldırılmasının, çocuğun cinsel istismarı suçunun unsuru olduğu, zira mağdurenin hareket etme olanağını ortadan kaldırmadan bu suçun işlenemeyeceği..." 14. CD 2016/4726 E., 2016/8477 K., 13.12.2016 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2016-4726.htm>, 25.01.2017. Bkz. Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 326.

Doktrinde cebir de cinsel istismar fiilinin bir alt unsuru sayıldığından cinsel istismar fiilinin süresi ile sınırlı olan zorlama cinsel istismar suçu dahilinde değerlendirilmekte, cebir suçuna dair bir tartışma yapılmamaktadır.

¹⁵¹ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 416; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 817.

¹⁵² İlhan Üzülmöz, **a.g.m.**, s. 1207; Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 339 – 340.

b) Suçun cinsel amaçla işlenmesi ve çocuğun rızası

Doğrudan ichtima kurumuna ilişkin olmasa da, TCK m. 109/5'teki "cinsel amaca" yönelik nitelikli hale ve bu kapsamda çocuğun rızasına dair bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Zira kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun "cinsel amaç" ile işlenmesi, mağdurun çocuk olduğu ve neticede cinsel istismar suçunu işlemenin amaçlandığı halleri de kapsamaktadır¹⁵³.

Bu noktada failin sahip olduğu tek bir cinsel amacın, ceza sorumluluğuna iki kez etki edip etmediği tartışma konusu yapılabilir. Ancak aslında iki suç bakımından iki farklı cinsel amaç¹⁵⁴ bulunduğu söylenebilir. Öyle ki failin sonradan gerçekleştirmek istediği cinsel istismar suçu için mağduru kaçırmayı ve kaçırdıkça ona – zorlama amacı ile – dokunması cinsel istismar suçuna değil cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla vücut vermektedir. Ne zaman ki fail cinsel davranış teşkil eden bir temas gerçekleştirir ancak o zaman cinsel istismar suçu işlenmiş olur. Yoksa kaçırdıkça sahip olunan cinsel amacın cinsel istismara dair değerlendirmeye bir etkisi bulunmamaktadır. Aksi kabulde sözgelimi çocuğu cinsel amaçla kaçırmak veya bulunduğu yerde alıkoymak için ona yönelik – objektif olarak cinsel nitelik göstermediği söylenemeyen – her temasın cinsel istismar teşkil ettiği çünkü failin cinsel amacının bulunduğu sonucuna varılmak zorundadır. Dolayısıyla teorik olarak aynı hususun ceza sorumluluğuna iki kez etki etmesi söz konusu değildir. Ancak pratikte cinsel amaç bulunmaksızın çocuğu hürriyetinden yoksun kılan kişinin daha sonra cinsel istismar suçu işlemesi veya cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılan kişinin daha sonra cinsel istismar suçu işlememesi veya en azından teşebbüs etmemesi muhtemel olmadığından; failin fiilin bütününe yönelik amacı iki kez değerlendirilmiş olmaktadır. Bu sorunun çözümü ancak açık düzenleme ile, örneğin TCK m. 109/5'te neticede cinsel suç işlenmesi halinde cinsel amaç sebebiyle ceza artırımı yapılmayacağına öngörülmesi ile, mümkün olacaktır.

Cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesinde, çocuğun rızasına ilişkin tartışmaya da değinmek gerekmektedir. Doktrinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlemesi dahilinde özel bir

¹⁵³ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 414.

¹⁵⁴ Yalnızca objektif olarak cinsel niteliğin bulunup bulunmadığının tespit edilememesi halinde failin amacının araştırıldığı unutulmamalıdır.

düzenleme bulunmadığından rızanın genel kurallara göre tespit edilmesi gerektiği¹⁵⁵ ve cinsel istismar suçu dahilindeki kuralın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da geçerli olması gerektiği yönünde iki görüş mevcuttur. Kısa ifadeyle ikinci görüşteki sorun kıyas yasağına aykırılık bakımından tartışmalı olması, birinci görüşteki sorun ise düzenlemeler arası tutarlılığı yadsımasıdır. Çocuğun, cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, fiilin amacını da kapsayan bir rızası söz konusudur¹⁵⁶. Bu şekilde bakıldığında, vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlamını ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmadığı kanunen kabul edilen 15 yaşından küçük çocukların, vücudu üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmek üzere bir yere götürülmenin anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi de mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde sözgelimi cinsel münasebette bulunmak için bir konuta gitme teklifini kabul etmesine hukuken değer atfedilen küçüğün bu kabul doğrultusunda cinsel münasebet bakımından rızasının kabul edilmemesi gibi tutarsız bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak cinsel istismar suçu kapsamında kanun koyucunun çocuğun algılama yeteneğine dair ortaya koyduğu irade dikkate alınmak zorundadır. Nitekim Yargıtay uygulamasında da mağdurun yaşı (15 yaş sınırı) rızanın maddi şartı olarak kabul edilmekte, mağdurun 15 yaşın altında olması halinde rızanın maddi şartlarının gerçekleşmediği ve hukuka aykırı bir fiilin bulunduğu söylenmektedir.

Buna karşılık kesintisiz suç olması sebebiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kolaylıkla birden çok amaç için işlenebilmesine dair tartışma ayrıca yapılmalıdır. Örneğin sevgili ilişkisi içinde olduğu bir çocuk ile kısa süreli bir seyahate çıkan kişinin, içinde cinsellik de olan birçok amacı olduğunda, çocuğun bu seyahatin bütününe yönelik rızasını “cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi farklı sonuçlar doğuracaktır. Amaçlardan birinin cinselliğe ilişkin olması halinde TCK m. 109/5’in uygulama alanı bulacağından, mağdur çocuğun fiilin bütününe ilişkin rızasının m. 103’teki düzenlemeye uygun olarak araştırılması yerinde olacaktır.

¹⁵⁵ Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 407.

¹⁵⁶ Cinsel amaç dahilinde gerçekleşebilecek bir cinsel istismar fiili bakımından rıza, bu fiil esnasında araştırılacaktır. Burada kastedilen herhangi bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiiline gösterilen rızadan farklı olarak rızanın cinsel amacı da kapsadığıdır.

6. Çocuk evliliklerinde oluşan suç tipi

Türk Medeni Kanunu'nun 124 ve 126. maddeleri; 16 yaşını tamamlayan çocukların olağanüstü durumlarda hakim kararı ile, 17 yaşını tamamlayan çocukların ise yasal temsilcisinin izni ile evlenmesine cevaz vermektedir. Aile hukuku alanındaki bu düzenleme sebebiyle ceza hukukunca çocuk sayılan 18 yaşını bitirmemiş kişilerin evlenmeleri ve bu meşru evlilik içinde cinsellik yaşamaları söz konusu olmaktadır. Mağdura ilişkin bölümde açıklandığı üzere evlenmiş çocuğun kural olarak ikinci gruba dahil olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Böyle bir çocuğun üzerinde rızası haricinde cinsel davranışlarda bulunulduğunda cinsel istismar suçunun mu cinsel saldırı suçunun mu oluşacağı, bu çocuğu cinsel amaçlı olarak taciz eden kişinin cinsel taciz suçunun temel şeklinden mi nitelikli halinden mi sorumlu tutulacağı ve bu çocuk ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye girildiği takdirde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı tartışma konusudur.

İlk olarak belirtmek gerekir ki evlenmiş de olsa 18 yaşını doldurmamış bir kişinin ceza hukuku anlamında çocuk olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda evli çocuğa karşı rızası haricinde gerçekleştirilen cinsel davranışın cinsel istismar suçu bakımından tipikliği sağlayacağı muhakkaktır. Cinsel saldırı suçunda ise mağdurun yaşına bakılmaksızın vücut dokunulmazlığını rıza haricinde ihlal eden cinsel davranışlar düzenlenmekte, diğer ifadeyle mağdur çocuk olsa dahi bu davranışlar cinsel saldırı suçu bakımından tipik olmakta, fakat söz konusu çocuk olduğunda özel normun önceliği ilkesi gereği fail yalnızca cinsel istismar suçundan sorumlu tutulmakta, cinsel saldırı suçu geri çekilmektedir.

Eşin evli çocuğa karşı gerçekleştirdiği vücuda organ veya sair cisim sokma niteliğindeki cinsel davranışlar özel bir durum teşkil etmektedir. Zira TCK m. 102/2'de cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi için düzenlemeye yer verilerek bu fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdur eşin şikayetine bağlı kılınması; mağdurun eş olması hali bakımından nitelikli cinsel saldırıya göre özel bir düzenleme sayılabilir. Böylece mağdurun çocuk olması sebebiyle özel düzenleme

olan TCK m. 103/2 ile mağdurun eş olmasını öngörerek özel düzenleme oluşturan 102/2 c. 2 arasında bir seçim yapmak gerekmektedir¹⁵⁷.

Kanun koyucu 103. madde kapsamındaki düzenleme ile çocukları daha geniş ve yoğun bir koruma altına almak isterken; 102. madde kapsamındaki düzenleme ile evlilik birliği içindeki cinsel davranışlara müdahaleden imtina etme eğilimini ortaya koymaktadır. O kadar ki doktrinde bu eğilimi oldukça geniş yorumlayan, evlilik birliği içerisindeki basit cinsel saldırı görünümündeki fiillerin tipik olmadığını ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹⁵⁸. Bu görüş tartışılabilir olmakla beraber, eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun da evleviyetle şikayete bağlı olacağı açıktır. Dolayısıyla iki maddenin uygulanması için de haklı gerekçeler mevcuttur. Ancak devlet; yasama, idare ve bazı hallerde yargı faaliyeti (Türk Medeni Kanunu m. 124/2) ile iki kişinin evlenmesine ve dolayısıyla cinsellik yaşamasına izin vermektedir. Bu iki kişi arasında rıza haricinde bir cinsel eylem gerçekleştiğinde; mağdur konumundaki kişinin çocuk olmasının fiilin haksızlık içeriğini artırdığından, çocuğun kendisini korumak ve fiilin etkileri ile başa çıkmak bakımından dezavantajlı olduğundan, kısa deyişle cinsel istismara uygun bir durum olduğundan bahsedilmesi tutarlı olmayacaktır¹⁵⁹. Eğer 18 yaşını bitirmemiş kişilerin cinsel olarak istismar edilmeye elverişli olduğu mutlak ise – ki evrensel kabul bu yöndedir – devlet 18 yaşını doldurmamış birinin aile kurmak üzere bir başkası ile aynı çatı altında yaşamasına müsaade etmemelidir. Buna müsaade ediliyor ise 18 yaşını bitirmemiş olsa da bu kişinin cinsellik ve sair bakımlardan herhangi bir kişi ile eşdeğer bir

¹⁵⁷ Özbek v.d.'nin önceki görüşüne göre; eşler arasında "eş" kavramı yaş kıstasını da kapsayan ve ona göre öncelikli uygulanması gereken kıstastır. Bu sebeple eşler arası rıza dışı gerçekleşen fiiller m. 102 kapsamında değerlendirilmelidir. Cinsel saldırının nitelikli halinin eşler arasında işlenmesi halinde şikayete bağlı olması, kanun koyucunun aile mahremiyetini de korumaya çalıştığının göstergesidir ve bu bile 102 kapsamında değerlendirmek için yeterli bir gerekçedir. Resmi evlilik değil "fiili eşlik" durumunda ise iki türlü de yorum yapılabilecek olsa da, bu durumda "eş" değil "yaş" kavramı esas alınmasının daha uygun olacaktır. Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 336. Özbek v.d.'nin mevcut görüşü ise mutlak olarak cinsel istismar düzenlemesinin uygulanması gerektiği yönündedir. Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 349.

¹⁵⁸ Koca/Üzülmez basit cinsel saldırının eşler arasında işlenemeyeceğini, dahası eşe karşı gerçekleştirilen ve cinsel saldırının nitelikli halini oluşturan cinsel davranışların "normal yoldan" olmak kaydıyla zorla gerçekleştirilmiş olsa dahi cinsel saldırı suçunun maddi unsurunu oluşturmayacağını iddia etmektedir. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 284 – 285. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin de nitelikli halinin de eşe karşı işlenebileceği yönünde: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2015, s. 348; Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 314.

¹⁵⁹ Evlilik birliği içindeki çocuğun, kendisinin de eşi kadar saygıya layık olduğunu dahi bilemeyebileceğinden hareketle aksi yönde: Nişancı, **a.g.m.**, s. 222.

konumda bulunduğu (istismara elverişli bir dezavantajının bulunmadığı), evlilik birliği içindeki cinsel davranışlara cinsel saldırı suçunun tatbik edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Somut ve özet olarak açıklanırsa; evlenmiş bir kişinin cinsel istismar suçunun mağduru olabileceği söylenememelidir. Dolayısıyla olması gereken hukukta çocukların evlenememesi ve rızaları haricinde gerçekleşen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçu kapsamında olması gerekirken, geçerli hukukta tutarlı olan; bu eylemlerde TCK m. 102/2 c. 2'deki ifadenin daha özel bir düzenlemeye işaret ettiğini kabul etmek ve faili cinsel saldırı suçundan sorumlu tutmaktır. Ancak bu özel düzenlemenin kapsamı failin mağdurun eşi olması hali ile sınırlı olduğundan evli çocuğa karşı yalnızca eşi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlar 102. madde dahilinde değerlendirilebilecek, üçüncü kişilerin davranışları için 103. madde geçerliliğini koruyacaktır.

Cinsel istismar suçunun bütün unsurları bakımından sorun yaratan Türk Medeni Kanunu'ndaki "çocuk evliliği"ne ilişkin düzenlemelerin tamamen yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır¹⁶⁰.

Aksi yoruma temel bir düzenleme bulunmadığından, çocuğa yönelik (nitelikli) cinsel taciz suçu, mağdur çocuğun evli olması halinde özellik göstermeyecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise madde başlığında "reşit olmayan" madde metninde ise "çocuk" ifadesinin kullanılması karışıklığa yol açmaktadır. Bir görüş madde başlığının düzenlemeye dahil olmamasını göz önünde bulundurarak evlilik veya mahkeme kararı yoluyla reşit olan çocuklara karşı da bu suçun işlenebileceğini kabul ederken, diğer görüş madde başlığının düzenleme yorumlanırken dikkate alınması gerektiğini ve kanun koyucunun maksadının "reşit olmayan" kişilerin mağdur olabileceği bir suç tipi öngörmek olduğunu öne sürmektedir. Birinci görüş teknik hukuk, ikinci görüş ise hukuk mantığı bakımından tutarlılık göstermektedir.

¹⁶⁰ Buna karşın cinsel istismar faili ile mağduru arasındaki resmi evliliğe çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmasını uygun gören, yasama ve yargı erklerinin çeşitli işlemlerinde de karşılık bulan görüşler de bulunmaktadır.

Bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'na, cinsel istismar faili ile mağdurunun evliliğinin "cezanın ertelenmesi" benzeri bir sonuç doğurmasını öngören ek bir hüküm getirilmesi için TBMM Genel Kurulu'na sunulan 17.11.2016 tarihli Önerge.

Bkz. "fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi" gibi özel durumların cezanın tayininde dikkate alınamamasının da gerekçe gösterildiği 12.11.2015 tarihli, 2015/26 Esas sayılı AYM iptal kararı.

Evli çocukla girilen cinsel ilişkilerin de TCK m. 104 bakımından tipik olduğu kabul edilse dahi – hukuka aykırılık unsurunun incelendiği bölümde ifade edildiği üzere – eş bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak “hakkın kullanılması” gündeme gelebilecektir.

IV. Muhakeme

A. Genel Olarak

Cinsel suçlar, suçun aydınlatılmasındaki zorluk bakımından da özellik arz etmektedir. Ekonomik suçlarda çeşitli belgeler ve banka kayıtları, vücut dokunulmazlığına karşı suçlarda mağdurun vücudunda meydana gelmiş değişiklikler, görgü tanıkları suçun delillendirilmesi bakımından çoğunlukla işlevsel olmaktadır cinsel suçlar bakımından bu tip olağan ve güçlü bir delillendirme yöntemi bulunmamaktadır.

Cinsel suçlar failin mağdura yönelik fiziksel veya sözel bir müdahalesi ile oluşsa da çoğu zaman bu müdahale sonrasında kanıt niteliğini haiz bir iz kalmamaktadır. Bunun aksi yalnızca saldırının tecavüz seviyesine ulaşmış olması ya da failin salgıladığı cinsel sıvının mağdurun bedenine veya suç mahallindeki sair bir nesneye bulaşması halinde geçerlidir. Ancak bu halde dahi mağdurun maruz kaldığı hadiseyi dile getirmesi ve suç duyurusunda/şikayette bulunmasına kadar geçen sürede izlerin kaybolması gibi ikinci bir engel söz konusu olabilmektedir. Yaralama suçundan ayırt edilmemesi söz konusu olabilse de failin cinsel eylemini gerçekleştirmek için şiddet kullanmış olması halinde de kanıt niteliğini haiz bir izin bulunması mümkün olur. Ancak şiddet kullanmaksızın da cinsel suçların işlenebileceği, dahası çocuklara karşı cinsel suçlarda zorlama olmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemlerin de cezaya tabi tutulduğu gerçeği gözden kaçırılmamalıdır¹⁶¹.

¹⁶¹ Markus Hug, “Glaubhaftigkeitisgutachten bei Sexueldelikten gegenüber Kindern”, **Schweizerische Zeitschrift Für Strafrecht**, Stämpfli Verlag AG, Heft: 1, Jahr: 2000, s. 22 – 23.

Çocuklara karşı işlenen cinsel suçların aydınlatılmasındaki zorluk yukarıda izah edilen nesnel hususları aşmaktadır. Bunun ilk nedeni, failin çoğunlukla çocuğun yakın çevresinden oluşudur. Fail ile mağdur ne kadar yakınsa, aralarındaki duygusal bağ ne kadar yoğunsa çocuğun bunun kötü bir şey olduğunu anlaması ve sonrasında bunu ifade etmesi o kadar zor olur, yalan söyleme ihtimali de artar. Benzer durum tanıklar için de geçerlidir; aile içinde gerçekleşen bir cinsel istismar vakasında tarafsız bir tanık bulmak mümkün değildir. Bu bağlamda özellikle boşanma sürecinde bulunulan beyanlara dikkat çekilmektedir. Zira yapılan araştırmalarda boşanan eşlerin, çocuğun velayetine sahip olmak adına yalan beyanda bulunma oranının oldukça arttığı saptanmaktadır. O kadar ki literatürde bu durumu ifade etmek için Türkçe karşılığı “boşanma esnasındaki cinsel suçlamalar sendromu” olan “SAID-Syndrom” (sexual allegations in divorce) terimi kullanılmaya başlanmıştır. Bu sendromu yaşayan ebeveynin gerçekten eski eşinin çocuklarını istismar ettiğine inanması da bilinçli olarak yalan beyanda bulunması da mümkündür. Her ihtimalde sendrom sahibi ebeveynin çocuğun ifadesini yönlendirdiği, doğrudan olmasa da dolaylı olarak bütün kötülüklerin babasından geldiğine inanmasına sebep olacak bir atmosfer oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁶².

Bir başka zorluk, çocuk mağdurun ifadesinin yetişkinler tarafından değerlendiriliyor oluşudur. Gerçekten ne polis ne savcı ne hakim ne de yargılama sürecinde görev alan diğer sùjeler “çocuk dili”ni konuşmaya ve anlamaya ehildir. Özellikle küçük çocukların yaşadığı olayı anlamakta ve ifade etmekte yetersiz oluşu, yetişkin dili ile çocuk dili arasında bir nevi “çeviri” yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada uzman bir doktor ya da psikologun yardımı zorunludur. Ancak sorgunun hakimden başka biri tarafından yapılmasının, hakimin temel görevlerini üçüncü kişilere devretmesi anlamına gelebilecektir. Bu sebeple mağdur çocuğun sorgusunun bilirkişi tarafından yapılmasının kural olmaması, hakimin yetersiz kaldığı durumlarda bilirkişiye başvurması gerektiğini ifade etmek yerinde olur¹⁶³. Alman Yargıtayı 1954 yılındaki bir kararında, çocuğun ifadesinin hükmün temelini oluşturması söz konusu olduğunda bilirkişiye başvurulması gerektiğine hükmetmiştir. Alman Yargıtayına göre genel kanının aksine çocuklar en iyi tanıklardır, bu sebeple verdikleri ifade değerlidir¹⁶⁴. Bu görüş çocukların yetişkin

¹⁶²A.e., s. 23 – 24.

¹⁶³A.e., s. 24 – 26.

¹⁶⁴BGHSt 7 Nr. 26 S. 82, 5. Strafsenat, 14.12.1954.

bilincine sahip olmamalarına karşın yalan söyleme yetilerinin bulunduğu ifade edilerek eleştirilebilse de; soyut düşünme yeteneği bulunmayan küçüğün tekil yalan söyleyebileceği ancak kurgusal yalan söylemesinin çok da mümkün olmayacağı açıktır. Dolayısıyla iyi bir sorgu ile yalan beyan kolayca anlaşılacaktır¹⁶⁵.

Bu bağlamda fail olduğu iddia edilen kişiyle, mağdur olduğu iddia edilen kişi arasındaki ilişkinin suç öncesi ve sonrasındaki genel seyri de dahil olmak üzere, geniş kapsamda bir inceleme yapılması zorunluluk arz etmektedir¹⁶⁶.

Türk Yargıtayı ise gerek cinsel suçlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının güçlüğü gerekse bu suçlara yönelik toplumsal/bireysel infialin etkisiyle “Cinsel suç mağdurunun tutarlı beyanı esastır.”¹⁶⁷ gibi ceza hukukunun temel prensipleriyle – en başta masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesiyle – uyuşmayan düsturları benimseyerek ayırık içtihatlar oluşturmakta, özel ilkeler yaratarak ile genel ilkelerin yok sayabilmektedir¹⁶⁸. Bu bağlamda “mağdurenin aşamalardaki istikrarlı ve samimi anlatımları”, “kendi iffetini ortaya atarak iftira etmesi için hiçbir nedenin bulunmaması”¹⁶⁹, “henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği”¹⁷⁰ gibi mahkumiyet gerekçelerine rastlanmaktadır. Samimiyet, iffet, genç ve bekar

¹⁶⁵ Demircan asılsız cinsel istismar iddialarının; çocuğun ruhsal problemi, ebeveynlerin ruhsal problemi, toplumsal baskı veya çocuğun kasti yalanından kaynaklanabileceğini ifade etmektedir. Yusuf Tunç Demircan, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları”, **Köksal Bayraktar’a Armağan, C.II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, 2010, s. 1096 – 1097.

¹⁶⁶ Babası tarafından cinsel istismara uğradığını iddia eden kişinin “*babasından süreklili karnına masaj yapmasını istemesi, iddia edilen son cinsel istismar eylemi üzerinden yaklaşık 8 ay geçtikten sonra olayın adli mercilere intikal etmesinin ardından mağdurenin kendi isteğiyle babasının yanına giderek kalması, annesinin de cinsel istismar olayına ihtimal vermediğini beyan etmesi ve sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzmana kızının babası ile ilişkilerinin iyi ve sıcak olduğu, babasından uzaklaşmadığına dair anlatım*” ile mağdurenin daha önce de asılsız cinsel suç iddiasında bulunduğu tespit edilmesinin beraat hükmüne gerekçe yapıldığı karar için bkz. 14. CD 2016/7823 E., 2017/11 K., 9.1.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2016-7823.htm>, 02.04.2017.

¹⁶⁷ Yargıtay, kendi içinde tutarlı mağdur beyanını mahkumiyete esas alma eğilimindeyken çelişkili beyanların bulunduğu durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesini işletmektedir. CGK 2010/5-109 E., 2010/177 K., 28.9.2010 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-5-109.htm>, 06.09.2016.

¹⁶⁸ “Şüpheden sanık yararlanır.” ilkesi ile uyumlu, bu içtihattan ayırık kararlara da rastlanabilmektedir: BAM İstanbul 20. CD, 2016 / 25 E., 2016 / 91 K., 28.11.2016 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=is-istanbulbam-20cd-2016-25.htm>, 25.10.2017.

¹⁶⁹ 5. CD, 2004/2304 E., 2005/22711 K., 07.12.2005 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2004-2304.htm>, 13.10.2016.

¹⁷⁰ CGK, 2008/5-187 E., 2009/128 K., 26.05.2009 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2008-5-187.htm>, 13.10.2016.

olmak gibi hususların hiçbir hükme esas olamayacağı izahtan varestedir. Bunun yanında aynı yoğunlukta olmasa da Yargıtayın yerinde olmayan şekilde failin beyanını esas aldığı ve “*Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır.*” gibi gerekçelendirmelere yer verdiği kararlara rastlamak da mümkündür¹⁷¹. Yargıtayın cinsel suçların değerlendirilmesine ilişkin bu tutumu, toplumsal cinsiyetteki çarpıklığın basit bir görünümünü teşkil etmektedir.

B. Yargılamaya İlişkin Önemli Hükümler

Ceza muhakemesi kanunlarında cinsel suçlara ve cinsel istismar suçlarına ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. CMK m. 91 uyarınca, kolluk amirinin cinsel istismar suçu şüphesiyle gözaltı kararı alması mümkündür. Ayrıca CMK m. 100’deki tutuklama düzenlemesi bakımından katalog suçlara dahildir. Ancak sarkıntılık fiilinin faili çocuk olduğunda şikayet arandığından, şikayete tabi suçun tutuklama kataloguna dahil olması durumu ortaya çıkmaktadır.

Tutuklamaya ilişkin Alman Ceza Hukukunda da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Alman CMK’nın “Tekrar Tehlikesine Dayanan Tutuklama Sebebi” başlıklı 112a maddesinde, çocukların cinsel istismarının da içinde olduğu bazı cinsel özbelirlenime karşı suç tipleri bakımından (m. 174, 174a ve 176) genelden farklı ek bir gerekçe öngörülmüştür¹⁷². Buna göre kesin hüküm verilmeden önce benzer ciddi suçlar işleyebileceği veya suçu işlemeye devam edebileceğini gösteren belirli olgular bulunması durumunda tutukluluk kararı verilmesi mümkündür.

Ayrıca Alman CK m. 78b/1’deki cinsel suçlara dönük özel düzenleme gereği zamanaşımı, mağdur 30. yaşını tamamlayana kadar durmaktadır¹⁷³. Çünkü çocuk yaştaki mağdurun yaşadığı travmayı atlatıp olaydan yargı mercilerini haberdar

¹⁷¹ 5. CD 2970 / 4134, 23.05.2011 T. Karar için bkz. Özbek v.d., a.g.e., s. 354 – 355, dn. 147.

¹⁷² Renzikowski, a.g.e., § 176 kn. 75.

¹⁷³ 1994 yılında getirilen bu düzenlemenin, medyanın baskısının bir sonucu olduğu ve sembolik bir yasama faaliyeti teşkil ettiği yönündeki eleştiri için bkz. Artz v.d. a.g.e., s. 296.

etmesinin uzun bir zaman alabileceği ve bu durumda zamanaşımı sebebiyle soruşturma açılmamasının ikincil bir travmaya neden olabileceği düşünülmektedir¹⁷⁴.

C. Muhakeme Şartları

Kanun koyucu, suçun bir çocuk tarafından sarkıntılık seviyesinde bir fiille işlenmesi hali için şikayet şartı getirmiştir. Düzenleme uyarınca şikayet hakkını mağdur çocuk, çocuğun velisi ve vasisi şikayet hakkına sahiptir. Bu husustaki ilk problem şikayet hakkı sahiplerinin iradelerinin çelişmesine ilişkindir. Bir görüşe göre her bir hak sahibinin diğerlerinden bağımsız olarak şikayet hakkını kullanması mümkün olup, diğerinin şikayette bulunmaması veya şikayetini geri alması şikayetçinin şikayetine tesir etmez¹⁷⁵. Diğer görüşe göre ise çocuğun iradesi esas olmalıdır¹⁷⁶. Bir diğer görüşe göre ise bu kişilerden biri şikayette bulunabilecekken, birinin yaptığı şikayetten vazgeçmesi için şikayet hakkı sahiplerinin tamamının bu yönde irade göstermesi gerekmektedir¹⁷⁷. Çocuğun şikayet hakkını kullanması bakımından, her çocuğun da şikayette bulunma ehliyeti bulunamayacağı unutulmamalıdır¹⁷⁸.

Şikayete bağlılığa ilişkin bir diğer problem suça katılan kişilerin hepsinin çocuk olmamasıdır. Bu durumda failin çocuk şeriklerin yetişkin olması durumunda şikayet şartının tüm katılanlar bakımından bulunacağı, failin yetişkin katılanların çocuk olması durumunda ise hiçbir katılan için şikayet şartının aranmayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁹. Bunun gerekçesi olarak da madde metninde failin çocuk olması halinin öngörülmesi gösterilmektedir¹⁸⁰.

Tezcan/Erdem/Önok, şikayete ilişkin düzenlemeyi, şikayet hakkı sahibinin mağdurun yaşını bilmemesi ihtimalini gözetmemesi ve hak sahibinin failin sarkıntılık

¹⁷⁴ Laubenthal, **a.g.e.**, s. 173, kn. 436.

¹⁷⁵ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 328.

¹⁷⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 395.

¹⁷⁷ Özbek v.d., **a.g.e.**, 2016, s. 365.

¹⁷⁸ 2. gruba dahil mağdurların şikayet etme ve şikayetten vazgeçme hakları bulunduğu yönünde: Özkul, Ernalbant, **a.g.m.**, s. 468.

¹⁷⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 395.

¹⁸⁰ Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 328.

düzeyinde kaldığını bilmesini beklemesi sebebiyle haklı olarak eleştirmektedir¹⁸¹. Gerçekten de çocuklar tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemlere ilişkin özel bir düzenleme gerekli olmakla beraber bu düzenleme ilgili sorunu çözmekten çok uzaktır. Kaldı ki Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'ne göre çocukların cinsel istismarını içeren suçlar şikayete tabi olmamalıdır¹⁸². Kanun koyucu ya çocuklar arası eylemleri cinsel istismar saymakla ya da bunu şikayete tabi kılmakla hata yapmaktadır.

V. Yaptırım

A. Öngörülen Cezalar

Son yıllarda cinsel istismar suçunun cezalarını artırma eğilimi oldukça yüksektir. 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile, "ruh ve beden sağlığının bozulması" haline ilişkin düzenleme ilga edilmiş ve her cinsel istismar suçunda bu bozulmanın ortaya çıkacağı varsayılarak ceza sınırları çok ciddi biçimde yukarı çekilmiştir. Böylece suçun temel şekline ilişkin ceza aralığı üç ila sekiz yıldan sekiz ila on beş yıla çıkmıştır. Buna karşın aynı kanunla suçun hafif hali olarak sarkıntılık fiili öngörülmüş ve bu halin üç ila sekiz yıl arasında cezaya tabi olduğu düzenlenmiştir.

Cezanın genel önleme fonksiyonunun güçlendirilmesi için yaptırımın bu derecede artırılmasının işlevselliği tartışmalıdır¹⁸³. Zira yalnızca daha yüksek ceza öngörülerek bir suçun işlenmesinin önüne geçilemeyeceği bilinmekte; aksi yönelim, hukukla çözülemeyecek bir sorunun çözümü için hukukun zorlanması olarak görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi son dönemde verdiği kararlarda hem

¹⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 2016, s. 395.

¹⁸² Ayşe Nuhoğlu, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku", **Köksal Bayraktar'a Armağan, C.1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, 2010, s. 293.

¹⁸³ Adalet Komisyonunun 09.11.2016 tarihli oturumunda sarfedilen "2014 yılında Türk Ceza Kanunu'muzun çocuk istismarıyla ilgili maddesinde cezalarda artırım gerçekleştirilmiştir. Ancak bu sorun, özellikle cezalardaki caydırıcılık açısından kamuoyunda birtakım olaylar, hepimizi derinden üzen olaylar gerçekleştiğinde 2014'te artırdık..." şeklindeki sözler, yaptırımların ilkesel değil duygusal düzlemde belirlendiğini ortaya koymaktadır. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1776, 15.11.2016, s. 33.

birinci fıkradaki suçun temel şekline ilişkin yaptırımın hem de ikinci fıkradaki nitelikli hale ilişkin yaptırım ölçüsüz ve cezanın somut olaya göre belirlenmesi bakımından yetersiz olduğunu vurgulamaktadır^{184,185}.

Düzenleme kapsamında cezanın artırılmasını gerektiren birçok nitelikli hal bulunmaktadır. Bunlardan ilki 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun'la yürürlüğe giren, mağdurun 12 yaşın altında olması halinde suçun temel şekline uygun fiillerin on yıldan, sarkıntılık fiillerinin ise beş yıldan az olmamak üzere cezalandırılacağına ilişkin düzenlemedir.

İkinci olarak “vücuda organ veya sair cisim sokma” seviyesine ulaşmış cinsel davranışların on altı yıldan başlanarak cezalandırılacağı düzenlenmiş. Mağdurun 12 yaşın altında olması ise nitelikli halin nitelikli hali olarak öngörülmüş ve ceza alt sınırı on sekiz yıl olarak belirlenmiştir.

Ceza alt sınırı öngörülmüş olan nitelikli hallerin üst sınırının da tespit edilmesi gerekmektedir. Birinci fıkradaki 12 yaşından küçüklerin cinsel istismarına ilişkin düzenlemenin lafzından, yalnızca basit halin alt sınırının yükseltilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Somut anlatımla 12 yaşından küçük çocuğun mağdur olduğu basit cinsel istismar fiili on ile on beş yıl, sarkıntılık fiili ise beş ila sekiz yıllık ceza sınırlarına sahiptir.

İkinci fıkradaki organ veya sair cisim sokma hali için ise sadece ceza alt sınırı belirlenmiştir. Bu noktada ceza üst sınırının belirlenmesi konusunda TCK m. 49/1'deki süreli hapis cezasının yirmi yıldan fazla olamayacağına ilişkin düzenleme ile TCK m. 61/7'deki sonuç cezasının otuz yıldan fazla olamayacağına ilişkin düzenleme akla gelmektedir. 61. maddedeki düzenleme temel ceza üzerinden ilgili artırımlar ve indirimler yapıldıktan sonra ortaya çıkan cezanın otuz yıldan fazla olması halinde otuz yıllık hapis cezasına hükmedilmesine yöneliktir; bir soyut ceza üst sınırı öngörmemekte, yalnızca hükme konu olabilecek en yüksek sonucu cezayı belirlemektedir. Buna karşılık 49. maddedeki düzenleme genel bir ceza üst sınırı öngörmektedir. Yeni ceza sınırları öngören nitelikli haller bakımından ayrıca bir düzenleme olmadığına göre, özel hükümde yalnızca alt sınırı belirlenmiş nitelikli

¹⁸⁴ AYM 2015/108 E., 2016/46 K., 26.05.2016 T.; AYM 2015/26 E., 2015/100 K., 12.11.2015 T.

¹⁸⁵ Bu kararlar, Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket ettiği savunularak eleştirilmektedir. Bkz. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 309 – 310, dn. 96.

hallerin de ceza üst sınırının yirmi yıl olacağıın kabulü zorunludur. Zira m. 61/1 uyarınca temel ceza, nitelikli halde öngörülen ceza aralığına göre belirlenmektedir. Bu çözüme açıklama getiren bir görüş uyarınca suçun nitelikli hali ile basit hali arasında özel norm – genel norm ilişkisi bulunmakta, görünüşte içtima kuralları gereği özel norm olan nitelikli hal öncelikli olarak ayrı bir suç gibi değerlendirilmektedir.

Dolayısıyla on iki yaşından büyük çocuklar ile gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar fiillerinin cezası on altı ila yirmi yıl iken, on iki yaşından küçük çocuklar bakımından on sekiz ila yirmi yıllık ceza sınırları mevcuttur. Hakime bu denli dar bir takdir marjı bırakılması, cezanın bireyselleştirilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu düzenleme ile kanun koyucu farklı yaş grupları için farklı cezalar belirlenmesini sağlamaya çalışırken aslında farklı yaştaki çocuklara benzer cezalar verilmesine hizmet eden bir düzenleme yapmıştır. Öyle ki on iki yaşlık aralık (0 – 12 yaş) için iki yıllık, üç yaşlık aralık (12 – 15) için de dört yıllık bir takdir marjı öngörülmüştür. Halihazırda yeni doğmuş bir bebekle gerçekleştirilen cinsel ilişki benzeri bir eylem ile on iki yaşından gün alan bir çocukla gerçekleştirilen cisim sokma görünümündeki bir eylem arasında en fazla iki yıllık bir ceza farkı olabilmektedir.

Üçüncü fıkra kapsamındaki beş farklı nitelikli halde ve dördüncü fıkradaki nitelikli hallerde ise ceza yarı oranında artırılmaktadır.

Kasten yaralamanın ağır sonuçlarının ortaya çıkması durumunda yaralama suçundan ayrıca ceza verilmekte; çocuğu bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenmektedir.

Alman Ceza Hukukundaki durumu özetlemek gerekirse:

- 14 yaşın altındaki çocuklara karşı işlenen;
 - o Bedensel temas ihtiva eden cinsel istismar fiili (karar verdirme de dahil olmak üzere) altı aydan on yıla kadar,
 - o Bedensel temas ihtiva etmeyen cinsel istismar fiili altı aydan beş yıla kadar,
 - o Teklif etme, vaat etme görünümündeki fiiller ise üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmakta;
 - o Suça konu cinsel eylem vücuda girme ile bağlantılı olduğunda ceza iki yıl ila on beş yıl arasında olmaktadır.

- 14 ila 16 yaş arasında olup cinsel özbelirlenim yeteneği bulunmayan çocuklara karşı işlenen ve bedensel temas içeren cinsel istismar fiilleri üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.
- 14 yaşından büyük çocuklara yönelik, bedensel temas içermeyen cinsel eylemler – himaye altındaki kişinin cinsel istismar suçundaki özel durumlar haricinde – cinsel istismar suçu teşkil etmemektedir. Bu fiiller, teşhircilik suçunu düzenleyen m. 183 uyarınca bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.
- 18 yaşın altında olan bir çocuğun içinde bulunduğu zaruret halinden faydalanarak veya ivaz karşılığında işlenen cinsel istismar fiilleri beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır.
- Himaye eden kişi tarafından işlenen cinsel istismar fiilleri ise üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Açıkça görüldüğü üzere Türk düzenlemesindeki ceza sınırları Alman düzenlemesine göre oldukça yüksektir. Dahası Alman CK m. 182'deki gençlerin cinsel istismarı suçu ve m. 180'deki küçüklerin cinsel eylemlere teşviki suçunda adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Bunun yanında cinsel eylemin niteliğine göre cezanın artırılması konusunda da Türk düzenlemesinde soyut ceza belirlemesi oldukça öne çıkmakta ve hakime düşük bir takdir marjı bırakılmaktadır. Cinsel ilişki veya benzeri bir fiil için bir düzenleme on altı yıl (ve mağdur on iki yaşın altında olduğunda on sekiz yıl) ile yirmi yıllık bir ceza aralığı belirlenmişken, diğerinde ceza aralığı iki ila on beş yıldır. Nitelikli cinsel eylem bakımından yaptırımlar böyleyken bedensel temas olmaksızın işlenen cinsel davranışlar (cinsel taciz) Türk düzenlemesinde altı aydan üç yıla kadar (teşhir ise dokuz aydan dört buçuk yıla kadar) hapis cezası ile Alman düzenlemesinde altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu noktada Alman kanun koyucusu daha yüksek ceza aralıkları belirlemiş olmasına karşın 14 yaşından büyük çocuklara yönelik bedensel temas ihtiva etmeyen cinsel eylemleri – fail ile mağdur arasında bir himaye ilişkisi olmadığı (m. 174/3) veya küçüklerin cinsel eylemlere teşviki teşkil etmediği sürece (m. 180/1) – cinsel istismar fiilinin konusu olarak kabul etmemiştir.

Nitelikli haller bakımından da Türk düzenlemesi çok daha uzun süreli hapis cezalarına hükmedilmesine cevaz vermektedir. Vücuda organ ya da sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen bir cinsel istismar fiili aynı zamanda 103. fıkranın üçüncü veya dördüncü fıkrasındaki bir nitelikli hale uygunluk gösterdiğinde otuz yıla

kadar hapis cezasına hükmedilmesi mümkün olabilmektedir. Dahası beşinci fıkra uyarınca ayrıca ağırlaşmış yaralama suçundan ek bir cezaya hükmedilmesi de söz konusu olabilmektedir. Alman düzenlemesinde ise Alman CK m. 38/2'deki on beş yıllık ceza üst sınırı bütün nitelikli haller bakımından geçerli olmakta, nitelikli haller arasında da fikri içtima uygulandığı için on beş yıldan yüksek bir cezaya hükmedilememektedir. Yine ölüm neticeli cinsel istismar suçu Alman düzenlemesinde on yıl alt sınırlı bir süreli hapis cezası veya müebbet hapis cezası ile karşılanırken Türk düzenlemesine göre fail mutlak olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

B. Cezanın Belirlenmesi

Cinsel istismar suçundan ceza belirlenirken, TCK m. 61'de sayılan cezanın belirlenmesi ölçütlerine ve mükerrer değerlendirme yasağına dikkat edilmelidir. Sözelimi failin suç işlerken kullandığı araçlar cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olsa da ikinci gruba dahil çocuğa karşı silah niteliğinde bir aracın kullanılması veya suçun cisim sokmak suretiyle işlenmesi halinde bu silah veya cisim temel cezanın belirlenmesine etki etmeyecektir¹⁸⁶. Zira bu hususlar nitelikli hale vücut vermekte olup aynı hususların temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınması mükerrer değerlendirme yasağına aykırılık teşkil edecektir. Ancak nitelikli hal yalnızca ikinci gruba dahil çocuklar için öngörülmüş olduğundan, birinci gruba dahil çocuklara karşı kullanılan silah "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar" kapsamında değerlendirilecektir.

Cinsel istismar suçunda cezanın belirlenmesinde özellikle, fiile istismar görünümü veren hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Mağdur ile fail arasındaki ilişki, fiilin işlenmesinde cebre başvurulması gibi haller zaten kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ancak bunların dışında da failin çocuğa göre daha üstün, otoriter veya bilinçli konumda olduğunu gösteren başkaca hususlar bulunması da mümkündür. Bu bağlamda failin yaşının büyüklüğü, başka bir ifadeyle fail ile mağdur arasındaki yaş farkının çok olması önem teşkil etmektedir; 19

¹⁸⁶ 14. CD, 2014/9999 E., 2017/4528 K., 5.10.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2014-9999.htm>, 06.11.2017.

yaşındaki birinin fiiliyle 60 yaşındaki bir kişinin fiili arasında istismar niteliği ve yoğunluğu yönünden fark olacağı açıktır. Zira kendisi tam bir cinsel (ve sosyal) olgunluğa ve bilince erişmemiş kişinin, bir başkasının cinsel olarak olgun olmamasından faydalanma ihtimali ve seviyesi görece düşük olacaktır.

Nitelikli hallerin tamamının aynı sabit artırım oranına bağlı olmasının sakıncasından ilgili bölümde bahsedilmiş ve artırım oranlarının farklılaşabilmesinin önemi vurgulanmıştır. Ancak mevcut düzenlemede nitelikli hallerin bulunduğu vakıalar bakımından artırım oranının farklılaşması mümkün olmadığı gibi - çünkü bu hallerden birinin tespit edilmesi halinde cezanın yarı oranında artırım yapılması zorunludur - mahkemenin ilgili halin haksızlık içeriğinin görece daha yoğun olduğundan bahisle temel cezayı üst sınıra yaklaştırması da kanunen mümkün değildir. Zira “mükerrer değerlendirme yasağı” mutlaktır ve nitelikli hal kapsamına giren bir olgunun temel cezanın belirlenmesine etki etmesi söz konusu olamaz. Kanun koyucu öz babanın gerçekleştirdiği cinsel istismar ile üvey babanınkini ve hatta teyzenin kocasınınkini bir tutmuştur ve aynı artırım oranına bağlamıştır. Bu noktada ceza mahkemesinin öz babanın fiilinin daha yoğun haksızlık içerdiği, daha yüksek ceza ile karşılanması gerektiğini gerekçe göstererek temel cezada alt sınırdan uzaklaşma şansı yoktur. Aksi halde hem ilgili hal için öngörülmüş olan artırım oranını dolaylı olarak aşarak hem de nitelikli hal kapsamındaki olguyu temel cezanın belirlenmesi sebebi yaparak kanun koyucunun açık iradesine karşı gelmiş olacaktır. Fakat sözgelimi babası tarafından istismar edilmesi sonucu mağdurun aile, eğitim ve sosyal hayatının olağanın üzerinde zarara uğraması veya böyle bir tehlikenin oluşması sebebiyle cezanın alt sınırdan uzaklaştırılması “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ölçütü kapsamında söz konusu olabilecektir¹⁸⁷.

Ayrıca cinsel davranışın kendisinin veya kullanılan cismin olağanın üzerinde acı verici olmasının, “suçun işleniş biçimi” ölçütü bakımından cezayı artırıcı etkisi olacağını ve çocuğun yaşının ceza yüksekliği ile ters orantılı olarak gözetilmesi gerektiğini belirtmekte fayda vardır¹⁸⁸. Failin ayrıca suç oluşturmayan ve mağdurun muhalif irade oluşturmasını ya da bunu ortaya koymasını önlemeye yönelik hareketlerinin yoğunluğu da cezaya etki etmelidir.

¹⁸⁷ Benzer açıklamalar için bkz. Ziegler, **a.g.e.**, § 174 kn. 19 – 21.

¹⁸⁸ Renzikowski, **a.g.e.**, § 174 kn. 51.

Kusur yeteneği ve dolayısıyla işlediği cinsel istismar fiilinden dolayı ceza sorumluluğu bulunan çocuk fail bakımından her zaman “kasta dayanan kusurun yoğunluğu” ölçütü dikkate alınmalıdır. TCK m. 31 uyarınca yaş küçükluğu sebebiyle yapılacak indirimin, kusur yeteneğinin azlığına ilişkin olduğu açıktır. Ancak çocuğun ergenlik döneminde olması ve cinsel dürtülerini kontrol etmekteki yetersizliği kusur yoğunluğunda, yaşın küçük olmasını aşan bir düşüklüğe işaret olacaktır.

Cinsel istismar suçunun birçok nitelikli hal düzenlemesi barındırması sebebiyle, birden çok nitelikli halin bulunduğu durumlarda cezanın ne şekilde belirleneceği önem arz etmektedir. Bu konuda doğrudan pozitif bir düzenleme olmasa da, m. 61’in gerekçesinden hareketle birden fazla cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal bulunduğunda yalnızca bir nitelikli halden artırım yapılacağını kabul etmek gerekmektedir¹⁸⁹. Ancak artırımda dikkate alınmayan diğer nitelikli halin bu durumda mükerrer değerlendirme yasağının kapsamı dışında kaldığı ve temel cezanın belirlenmesine etki edeceği göz ardı edilmemelidir. Yeni ceza aralığı öngören nitelikli haller ise suçun temel şekli gibi kabul edilerek temel ceza belirlenecek, oransal artırım yapılmasını gerektiren başka bir nitelikli hal bulunması halinde bu temel ceza üzerinden oransal artırım yapılacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki kamuoyunun tepkisini çeken davaların da etkisiyle bilhassa cinsel suçlar bakımından takdiri indirim sebeplerinin uygulanmaması bağlamında tartışmalar sürdürölmektedir¹⁹⁰. Her ne kadar toplum vicdanını yaralayan suçlar karşısında büyük toplumsal tepkilerin oluşması olağansa da hukukun temel prensiplerine tekil istisnalar getirmek yerinde bir hukuksal önlem olmayacaktır. Bu noktada ancak hakime tanınan takdir marjının daraltılması veyahut takdiri indirim kurumunun uygulanmayacağı katalog suçların belirlenmesi gündeme getirilebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki takdiri indirim kararlarının mevcut düzenlemeye riayet edilerek verilmesi halinde adalet duygusuna zarar veren sonuçlar kendiliğinden bertaraf olacaktır. Dolayısıyla hakimin takdir yetkisini

¹⁸⁹ Bütün nitelikli hallerin eklenerek ceza tayini yapılacağı yönünde: Kartal Memiş, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁹⁰ Takdiri indirim sebeplerinin cinsel suçlar bakımından uygulanmamasına dair kanun teklifleri için bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=193145; https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=197845, 18.04.2016.

sınırlandırmaya yönelik değişiklikler yerine hakimlerin mevcut sınırlara uymaya zorlanması daha hukuki ve işlevsel olacaktır.

C. Diğer Hükümler

Ceza normu çerçevesinde belirlenen cezanın yanında, şartları oluşması halinde, güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesi gerekmektedir. Öncelikle failin, TCK m. 53/1’de sayılmış olan haklardan yoksun bırakılması gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda çocuğu istismar eden kişinin, çocuğun velisi veya vasisi olması ya da kayyım sıfatıyla çocuğun mallarını yönetiyor olması halinde; ilgili hak ve yetkiler kötüye kullanılmış olacağından bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir. Bu yasaklanma TCK m. 53/5’te öngörüldüğü üzere, cezanın infazının ardından işlemeye başlayacak ve ceza süresinin yarısından bir katına kadar sürebilecektir¹⁹¹. Aynı şekilde cinsel istismar suçunun bir kamu kurumu bünyesinde bir kamu görevlisi (örneğin öğrenci yurdu, yetimhane, hastane, okul vb. dahilinde çalışan kamu görevlisi) tarafından işlenmesi halinde ilgili kamu görevinin üstlenilmesinden yasaklanma söz konusu olabilecektir.

Bunun yanında CGTİK m. 108/9’da yetişkin cinsel suç failleri için hükmedilebilecek güvenlik tedbirleri sayılmıştır. Bunlar sırasıyla tıbbi tedaviye tabi tutulmak, tedavi amaçlı programlara katılmak, suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak, çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmaktır. Kanunda sayılan bu tedbirlerin kapsamı ve uygulanmasına ilişkin olarak 26.07.2016 tarihinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi Ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik yürürlüğe koyulmuştur. Yönetmeliğin diğer hükümleri dayanak kanun ile uyum içinde olmakla beraber, “Tıbbi tedaviye tabi tutulmak” başlıklı yedinci maddesinde tedavi ifadesi; *“ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik*

¹⁹¹ 14. CD 2016/7129 E., 2017/655 K., 14.2.2017 T. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2016-7129.htm>, 06.07.2017.

tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem” olarak tanımlanmıştır. Tanımdaki işlem kastrasyona karşılık gelmektedir. Bu düzenleme birçok problemi bünyesinde taşımaktadır.

Öncelikle tedavi, en basit tanımıyla, iyileştirme faaliyetidir. Cinsel suç failinin cinsel dürtülerini kontrol edemeyen kişinin tedavisi, ancak dürtülerini kontrol edebilmesinin sağlanması ile mümkün olabilir. Dürtülerin yok edilmesi veya zayıflatılması bir tedavi işlemi değildir. Nitekim kastrasyon yalnızca bu yönde bir tedavinin yardımcı unsuru olabilecek niteliktedir. Kastrasyonun tıbbi tedavi sayılamayacağına ilişkin bu açıklama hukuki bir sorunu da beraberinde getirmektedir. Zira yönetmelikteki düzenleme ilgili kanun maddesini aşmakta, esasen ona dayanmamaktadır. Kişinin vücut dokunulmazlığı, cinsel yaşamı ve de psikolojik durumuna bu denli ağır etkisi olacak bir tedbirin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesinin yerinde olmadığı da açıktır. Son olarak düzenlemenin kapsamı da belirsizdir. Zira tedavi ifadesi kimyasal kastrasyonun konu edildiği izlenimi verirken “ilaçlı ve ilaçsız” ifadesinden hem fiziksel hem kimyasal kastrasyona cevaz verildiği anlaşılmaktadır. Yine her ne kadar maddenin sekizinci fıkrasında tedavinin tamamlanıp tamamlanmadığına ilişkin bilginin altı ayda bir mahkemeye verileceği düzenlenmiş olsa da hangi noktada bu işlemin tamamlanmış sayılacağı belirsizdir. Cinsel istek veya dürtü ölçülebilir olmadığından, sözgelimi hakkında cinsel isteğin azaltılması kararı verilen bir kişinin hangi aşamada isteğinin yeterince azaldığını belirlemek mümkün değildir.

Alman Ceza Hukukunda kastrasyona ilişkin, “Gönüllü Kastrasyon ve Diğer Tedavi Yöntemleri Hakkında Kanun” (KastrG – Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden) isimli özel bir kanun bulunmaktadır. Bu konun uyarınca cinsel suç hükümlüsünün 25 yaşından büyük olması, gönüllü olması ve sağlığı bakımından bir zarar tehlikesi oluşmayacak olması halinde süreli veya sürekli etkili şekilde kimyasal kastrasyona tabi tutulması mümkündür.

SONUÇ

Çalışmanın amacı olarak belirlenen Türk Ceza Hukukundaki cinsel istismar düzenlemesine farklı bir bakış açısı sunulması adına; TCK m. 103 düzenlemesi ve bunun uygulaması kendi içinde değerlendirmeye tabi tutulurken Alman Ceza Hukukundaki durum da yansıtılarak ilgili bakış açısına dayanak oluşturacak dışsal bir düzlem tesis edilmiş ve bu iki düzenin karşılaştırılmasına yer verilmiştir.

Türk Ceza Hukuku çerçevesindeki incelemede genel kabullere değinilmiş ve bunlar tartışılmıştır. Suçun maddi unsurlarına ilişkin yapılan değerlendirmede düzenlemenin cinsel istismar teşkil eden fiillerin yeterli düzeyde kapsayıcı olmadığı görülmüştür. Öyle ki TCK m. 103'te öngörülen tipik fiil "çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirmek"ten ibarettir. Oysaki bu formülasyon sonucunda çocuğun kendisine (faile), bu kişiye veya üçüncü bir kişiye yönelik cinsel eylemleri bakımından cezalandırılabilirlik boşluğu ortaya çıkmaktadır. Kişinin çocuk ve çocuğun eylemi üzerinde hakimiyeti bulunduğu hallerde bu sorunun dolaylı faillik kurumu dahilinde çözülebileceği ancak böyle bir hakimiyetin oluşmadığı ve bilhassa çocuğun girişimi/inisiyatifiyle gerçekleşen cinsel oluşlar bakımından suçun oluşmadığı anlaşılmıştır. Buna ek olarak Türk kanun koyucusunun yaptığı ek düzenlemeler ile doktrinel ve içtihadi yorumlarla cinsel istismar suçu yalnızca bedensel temas ihtiva eden eylemlere uygulanabilir hale gelmiştir.

Alman Ceza Hukukundaki düzenlemelere bakıldığında ise suç tiplerinin seçimlik fiiller ihtiva ettiği; çocuktan yönelen cinsel eylemlerin de kişinin sorumluluğunu doğurabilmesi için "cinsel eylem gerçekleştirmek" şeklinde bir tipik fiile yer verildiği görülmüştür. Dahası Alman kanun koyucusu cinsel eylem gerçekleştirmeye "karar verdirme" ve çocuğa pornografik vb. öğelerle "etki etme" gibi cinsel istismar bakımından hazırlık hareketi sayılabilecek davranışları da tipik fiil olarak öngörmüş, çocukların etkin korunması adına "ön alan suçları" yaratmıştır. Ayrıca Alman CK'da bedensel temas içermeksizin çocuğun önünde cinsel eylem gerçekleştirme, çocuğa kendi önünde cinsel eylem gerçekleştirtme, çocuğa üçüncü bir kişi önünde cinsel eylem gerçekleştirme kararı verdirme ve hatta çocuğa – başka bir kişi algılamaksızın – kendi kendine cinsel eylem gerçekleştirme kararı verdirme gibi tipik fiiller oluşturulmuştur.

Fiil unsuruna ilişkin olarak, davranışın cinsel niteliği ne şekilde kazanacağı hususunda bir belirlilik sorunu bulunmaktadır. Bu bağlamda uygulama ve doktrinde madde gerekçesindeki açıklamalar benimsenmiş; basit cinsel istismar fiillerinde “cinsel amaç” aranacağı, “sokma” ile gerçekleşen nitelikli cinsel istismar suçu kapsamındaki fiillerin objektif olarak cinsel niteliğe sahip olduğu kabul edilmiştir. Oysaki bu bakış açısı sözgelimi cinsel oluş esnasında burna kalem sokma hareketinin objektif olarak cinsel niteliği sağladığını söylemeyi gerektirmektedir. Bu hususta Alman Ceza Hukuku da örnek alınmak suretiyle iki aşamalı bir değerlendirme yöntemi önerilmiştir. Buna göre; objektif ve dışsal bir gözlemci tarafından cinsellikle alakalı olduğu veya olmadığı kanaatinin oluşturulabildiği eylemler bakımından failin amacı araştırılmayacak fakat bu şekilde kesin bir kanaate ulaşılamaması halinde amaç değerlendirmesine başvurulacaktır. Nitekim Alman sisteminde de benzer sayılabilecek; bizzat kendisi cinsellik arz eden eylemler (örneğin penis ile vajinanın birleştiği cinsel ilişki), oluşun bütünsel gözlemiyle cinsellikle alakası tespit edilebilen eylemler ve istisnai olarak failin amacının tespit edilmesi suretiyle cinsellikle alakası kurulan eylemler şeklinde üç basamaklı bir sistem benimsenmiştir. Ayrıca Alman CK m. 184h maddesi ile, cinsel niteliği haiz olsa da belirli bir önemin altında olan eylemlerin ceza hukukunun ilgi alanına girmesi önlenmiştir. Bu bağlamda sözgelimi aşkın dışavurumu görünümündeki bir öpücük – birtakım sosyal yaptırımlarla karşılanabileceksen de – tipik olamayacaktır.

Yine fiil unsuruna ilişkin olarak TCK m. 103 f. 1 b. b)’deki cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen nedenlerin fail tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu kılınamayacağına dikkat çekilmiştir. Gerekçe olarak madde metninde cinsel davranışın cebir, tehdit, hile “uygulanarak” veya mağdurun iradesini etkileyecek bir neden “yaratarak” gerçekleştirilmesinin değil; böyle bir nedene “dayalı” olarak gerçekleştirilmesinin aranması gösterilmiştir. Böylece iradesi herhangi bir şekilde etkilenmiş vaziyetteki bir çocuk ile cinsel eylem gerçekleştirilmesinin de suç kapsamında olacağı ifade edilmiştir. Bu hususta Alman Ceza Hukukuna bakıldığında yalnızca Alman CK m. 176a dahilinde, çocukların nitelikli cinsel istismarı bakımından “kötü muamele”nin değerlendirilebildiği görülmüştür. Ki zaten bu düzenleme Türk düzenlemesindeki birinci grup çocuklara yöneliktir. On dört yaşından büyük çocukların istismarını düzenleyen diğer suç tiplerinde ise cebir, şiddet veya tehdit öngörülmemiş; bunların Alman CK m. 177’deki cinsel saldırı, cinsel zorlama, tecavüz suçu çerçevesinde çözülmesi yoluna gidilmiştir. Buna karşın

çocuğun iradesini etkileyebilecek üç durumun, başkaca suç tiplerinin esasını oluşturduğu tespit edilmiştir. Kişi ile çocuk arasında bir himaye ilişkisi bulunmasının kendiliğinden istismar niteliğini sağlayacağı düşünülerek yalnızca bu kapsamda olan Alman CK m. 174 tesis edilmiştir. Oysaki Türk Ceza Hukukunda bu hal, yalnızca, zaten var olan bir istismar suçunun nitelikli hale gelmesini sağlamaktadır. Yine çocuğun zaruret halinde bulunması veya cinsel eylem karşılığında ivaz teklif edilmesi halinde sağlıklı bir iradenin oluşamayacağı kabul edilerek bu durumlar da Alman CK m. 182'de öngörülmüştür. Yine Alman CK m. 182/3 dahilinde – mağdurun on altı yaşından küçük, failin ise yirmi bir yaşından büyük olması şartıyla – çocuğun cinsel özbelirlenim yeteneğinin olmaması sebebiyle oluşacak bir suç tipi öngörülmüştür.

Bu noktada, Türk düzenlemesinde daha yoğun olmakla beraber, iki düzenlemenin de kavramsal bir sorun barındırdığı ortaya çıkmaktadır. Zira istismar kavramı, karşılıklı iki kişinin denk olmayan durumlarda bulunması, avantajlı durumda olanın diğerinin dezavantajından faydalanmasını ifade etmektedir. Bu göreceliliğin oluşması için düzenlemelerde mağdura ilişkin olduğu kadar faile ilişkin belirlemelere de yer verilmelidir. Alman Ceza Hukuku bakımından; Alman CK m. 182'de failin yaşına dair belirlemeler bulunduğu, yine 182. ve 174. maddelerde haksızlık içeriğinin düşük olduğu hallerde ceza vermekten kaçınılabileceği öngörüldüğü, uygulamada ilgili muhakeme kurallarından faydalanarak bilhassa akranlar arası münasebetlerin ceza konusu yapılmayabildiği görülmektedir. Türk ceza uygulamasında ise çocuklar arası ya da benzer yaş ve durumdadaki kişiler arasındaki oluşlara dahi cinsel istismar düzenlemesi doğrudan uygulanmaktadır.

Türk Ceza Hukukunda tartışılan diğer bir husus, nitelikli cinsel istismarın düzenleniş şeklidir. Formülasyonun “sokma” çerçevesinde yapılması, yalnızca erkeğin fail olabileceği kabulüne varan olumsuz uygulamalara yol açmaktadır. Çalışma dahilinde failin erkek veya “aktif” olması gibi bir zorunluluk bulunmadığı ortaya koyulmuştur. Ancak Alman düzenlemesindeki gibi “vücuda girme ile bağlantılı” eylemlerin nitelikli cinsel istismarı oluşturacağı düzenlenerek bu sorun kolayca çözülebilecektir. Yine nitelikli hal ile alakalı olarak, ne tür “sokma” veya “girme” durumlarının TCK m. 103/2 kapsamında değerlendirileceği sorunu bulunmaktadır. Bu bakımdan da Alman CK m. 176a f. 2 b. 1'de öngörüldüğü şekilde eylemin “cinsel ilişkiye benzer” olması şartı koyularak net bir dayanak noktası oluşturulabilir.

Bunun dışındaki nitelikli hallerin ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerin fikirsel tabanda çoğunlukla benzeştiği fakat farklı şekillerde düzenlendiği anlaşılmıştır.

Suçun özel görünüş biçimlerinden teşebbüs iki sistemde de genel kurallara göre işlemektedir. Ancak Alman düzenlemesinde öngörölmüş olan “karar verdirme” fiilleri ve ön alan suçu niteliğindeki fiiller sebebiyle, cinsel eylemin gerçekleşmediği daha geniş bir alanda cezalandırılabilirlik söz konusudur.

İçtima kapsamında Türk Ceza Hukukundaki sorun cinsel suçlara ilişkin uygulamadır. Zira Türk Yargıtayı genel içtima kurallarını işletmemekte, fiil teklifinin şartlarının oluştuğu birçok halde gerçek içtima bulunduğunu kabul etmektedir. Alman Ceza Hukuku bakımından ise, cinsel suçlara ilişkin kazuistik düzenlemeler sebebiyle, büyük bir görünüşte içtima ve farklı neviden fikri içtima sorunu bulunmaktadır.

İki hukuk sistemi iştirak alanında karşılaştırıldığında ise Türk Ceza Hukukunda dolaylı faillik kurumu marifetiyle oluşturulabilen (ve oluşturulamayan) birçok cezalandırılabilirlik alanı Alman Ceza Hukukunda doğrudan pozitif düzenleme marifetiyle oluşturulmuştur. Yine bir tarafta genel iştirak hükümleri işletilirken diğer sistemde bir cinsel eylem için birine bir çocuk “teklif etme” ve “vaat etme”, biriyle “anlaşma”, cinsel eyleme “aracılık etme”, “fırsat sunma veya yaratma” gibi fiiller öngörölmüştür.

Yaptırım kapsamında Türk düzenlemesinde bedensel temas ihtiva eden fiillerin çok yüksek ceza aralıklarına tabi olduğu ancak bedensel temas ihtiva etmeyen eylemler bakımından Alman düzenlemesine göre daha düşük cezaların söz konusu olduğu görölmektedir. Zira bu türden eylemler Türk Ceza Hukukunda taciz olarak nitelenirken, Alman Ceza Hukukunda cinsel istismar olarak görölmekte ve düzenlenmektedir.

Özetle Alman düzenlemesi, bilhassa belirlilik ve kanunilik ilkeleri bakımından yol gösterici niteliktedir. Ancak bu kazuistik düzenlemeler de uygulamada geniş içtima problemlerine yol açmaktadır. Türk Ceza Hukukunda cinsel suç düzenlemelerinin yeniden ele alınma gerekliliği yoğun şekilde hissedildiğinden; Türk düzenlemesi ve uygulamasına ilişkin tespitler, öneriler ve Alman düzenlemesi ile karşılaştırmaların bu yolda katkı sağlayacak şekilde yapılmasına gayret edilmiştir

KAYNAKÇA

Adelmann, Nina:	"Die Straflosigkeit des »Busengrapschens«", JURA - Juristische Ausbildung , C.XXXI, No:1, Ocak 2010.
Akbulut, Berrin:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
Aksoy İpekçioğlu, Pervin:	"Türk Ceza Hukuku'nda Bileşik Suç", AÜHFD , C.LXI, No:1, 2012, s. 43 – 67.
Altaş, Ebru:	"Çocukların Cinsel İstismarı Suçu" (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İzmir, 2009.
Aslantürk, Mustafa:	Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar , 1. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
Arzt, Gunther;Weber, Ulrich;Heinrich, Bernd;Hilgendorf, Eric:	Strafrecht Besonderer Teil , Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2009.
Artuk, M. Emin;Gökçen, Ahmet;Yenidünya, A. Caner:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, A. Caner:	Ceza Hukuku Özel Hükümler , 12. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, A. Caner:	Ceza Hukuku Özel Hükümler , 15. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
Aydın, Öykü Didem:	"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi , Sayı 2, Sonbahar 2004, s. 152 – 162.
Bakıcı, Sedat:	Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler , Ankara, Adalet Yayınları, 1994.
Bayraktar, Arzu Buşra;Akın, Burak:	"6545 Sayılı Kanunla Ceza Mevzuatımıza Getirilen Değişiklikler", Suç ve Ceza , No:2, Nisan Mayıs Haziran 2013, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları – Beta Yayınevi, Basım Tarihi: Mart 2015, s. 305 – 422.
Bayraktar, Köksal;Keskin Kızıroğlu, Sera;Yıldız, Ali Kemal;Memiş Kartal, Pınar;Altunç, Sinan;Bostancı Bozbayındır, Gülşah;Erman, Barış;Eroğlu Erman, Fulya;Kurt, Gülşah;Sinar, Hasan:	Özel Ceza Hukuku, c. II, Kişilere Karşı Suçlar -1- , İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 492 – 535.
DeMarni Cromer, Lisa;Goldsmith, Rachel E.:	"Child Sexual Abuse Myths: Attitudes, Beliefs And Individual Differences", Journal Of Child Sexual Abuse , 19(6), Kasım 2010, s. 618 – 647.
Demirbaş, Timur:	Kriminoloji , Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.
Demircan, Yusuf Tunç:	"Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları", Köksal Bayraktar'a Armağan, C.II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , No:1, 2010, s. 1091 – 1100.
Dönmezer, Sulhi:	Kriminoloji , 8. bsk., İstanbul, Beta Yayınları, 1994.
Sulhi Dönmezer, Sahir Erman	Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: I , İstanbul, Beta Yayınevi, 1994.
Dural, Mustafa;Öğüz, Tufan;Gümüş, Mustafa Alper:	Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku , 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
Dursun, Selman:	"Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", CHD , Sayı: 24, Seçkin Yayınevi, Nisan 2014, s. 57 – 73
Duttge, Gunnar; Hörnle, Tatjana; Renzikowski, Joachim:	"Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung", Neue Juristische Wochenschrift , Heft 15, Verlag C.H. Beck, 57. Jahrgang, 2004, s. 1065 – 1072.
Eisele, Jörg; Franosch, Rainer:	"Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik , No:8, 2016, s. 519 – 525.
Ekici Şahin, Meral:	Ceza Hukukunda Rıza , 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık,

	Ocak 2012.
Endres, Johann;Scholz, O. Berndt:	“Sexueller Kindesmißbrauch aus psychologischer Sicht - Formen, Vorkommen, Nachweis“, Neue Zeitschrift für Strafrecht , Heft 10, 1994, s. 466 – 473.
Erdem, Mustafa Ruhan:	“Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi , C.VIII, No:1-2, 2004, s. 73 – 91.
Erdoğan, Ayten:	“Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar , Cilt.II, No:2, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2010, s. 132 – 160.
Erdoğan, Ayten; Tufan, Evren;Karaman, Mehmet Gökşin;Atabek, Mehmet Süleyman;Koparan, Cem;Özdemir, Esra;Baranova Çetiner, Anna;Yurteri, Nihal;Öztürk, Ülkem;Kurçer, Mehmet Ali;Ankaralı, Handan:	“Characteristic features of perpetrators of sexual abuse on children and adolescents in four different regions of Turkey”, Anadolu Psikiyatri Dergisi , C.XII, No:1, 2011, ss. 55 – 61.
Erman, Ragıp Barış:	“Yanılgımanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
Evrensel, Alper; Özşahin, Aytekin:	“Bir Olgu Nedeniyle Pedofilin Adli Psikiyatrik Yönü”, Anadolu Psikiyatri Dergisi , C.XV, No:15 (Ek Sayı: 1), 2014, s. 43 – 47.
Finger, Jasmin Daniela:	Homofobie und Strafrecht: Eine strafrechtliche Unterschung homophober Äußerungen und Äußerungen in Bezug auf Homosexualität , Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.
Foth, Eberhard:	“Dürfen verjährte Taten strafscharfend wirken?”, Neue Zeitschrift für Strafrecht , Heft 8, 1995, s. 375 – 376.
Frister, Helmut:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 6. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2013
Frommel, Monika; Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrid; Paefgen, Hans-Ullrich:	Nomos Kommentar - Strafgesetzbuch, Band 2 , 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2013.
Genç, Şura;Coşkun, Seçil:	“Ensest”, TBB Dergisi , Yıl: 26, No:26, Mayıs – Haziran 2013, s. 215 – 260.
Gercke, Marco:	“Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2013/2014”, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht , Heft 8/9, 56. Jahrgang 2012, s. 625 – 635.
Göktürk, Neslihan:	Fikri İctima (Suçların İctimai) , Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
Gössel, Karl Heinz;Dölling, Dieter:	Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte , Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004.
Gropp, Walter:	Strafrecht Allgemeiner Teil , Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, 2001.
Gülergün, Cansu:	Kriminoloji Yazıları , Haz. Türkan Yalçın Sancar, Ankara, Savaş Yayınevi, Kasım 2015.
Güntge, Georg-Friedrich:	“Das Handlungsunrecht der sexuellen Nötigung bei schutzloser Lage des Opfers”, NJW , Heft 52, Verlag C.H. Beck, 57. Jahrgang, 2004, s. 3750 – 3752.
Hafizoğulları, Zeki; Güngör, Devrim:	“Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi , Yıl: 20, No:69, Mart – Nisan 2007, s. 21 – 50.
Haft, Fritjof:	Strafrecht Besonderer Teil , 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1997.
Hakeri, Hakan:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 18. Bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
Hakeri, Hakan:	Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri , 1. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
Hartmann, Ilya:	Prostitution, Kuppelei, Zuhälterei: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870 , Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
Heinrich, Bernd:	Strafrecht – Allgemeiner Teil / Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt , 2.

	Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2010.
Heiß, Hans:	“§§ 1684, 1685 BGB iVm §§ 151 bis 168 a FamFG”, Familienrecht , 3. Auflage, Nomos Verlag, 2016.
Herning, Lara; Illgner, Johannah:	“„Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht”, Zeitschrift für Rechtspolitik , 49. Jahrgang, Heft 3, 2016, C.H. Beck, s. 77 – 80.
Herrmann, Bernd; Dettmeyer, Reinhard; Banaschak, Sibylle; Thyen, Ute:	Kindesmisshandlung Medizinische Diagnostik, Intervention und rechtliche Grundlagen , 3. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2008.
Hug, Markus:	“Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexueldelikten gegenüber Kindern”, Schweizerische Zeitschrift Für Strafrecht , Stämpfli Verlag AG, Heft: 1, Jahr: 2000, s. 19 – 44.
İçel, Kayıhan:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 6. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, Nisan 2014.
İçel, Kayıhan:	“Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Yıl: 7, No:14, Güz 2008, ss. 25 – 49.
Jescheck, Hans-Heinrich:	Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil , 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Verlag Duncker u. Humblot, 1988.
Renzikowski, Joachim; Hörnle, Tatjana; Joecks, Wolfgang; Miebach, Klaus:	Münchener Kommentar zum StGB , Münih, Verlag C.H. Beck, 2012.
Kanbur, Mehmet Nihat:	“6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) , C. XVI, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 4139-4210
Kılıç, Abbas:	“Cinsel Hakimiyet Ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, TBB Dergisi , No:78, 2008, ss. 167 – 204.
Kindhäuser, Urs:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 5. Völlig neu überarbeitete Auflage, Baden-Baden, Verlag Nomos, 2011.
Kindhäuser, Urs:	Strafrecht Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft , Bonn, Nomos Verlag, 2009.
Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 9. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2016.
Krey, Volker; Esser, Robert:	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil , 5., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2012.
Kühl, Kristian:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 7. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012.
Kusch, Roger; Mössle, Karen Ilka:	“Verschärfter Jugendschutz - Zur Auslegung des neuen § 182 StGB”, NJW , Heft 23, Verlag C.H. Beck, 47. Jahrgang, 1994, s. 1504 – 1508.
Lackner, Karl:	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen , 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1983.
Heger, Martin; Lackner, Karl; Kühl, Kristian:	Strafgesetzbuch – Kommentar , 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.
Laubenthal, Klaus:	Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung , Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2012.
Mahmutoğlu, Fatih Selami:	“Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu ve Bu Yolla Bulaşan Hastalıkların Ceza Hukuku Açısından İrdelenmesi ve Bu kapsamda Mağdur Çocukların Ceza Yargılamasındaki Özel Konumu – Bu Süreçte Hekimlerin Hak ve Yükümlülükleri Bağlamında Karşılaştıkları Birtakım Olası Hukuksal Sorunlar”, Dermatolojide Gelişmeler, C.IX , İstanbul, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deri ve Zührevi Hastalıklar Anabilim Dalı ve Dermatoloji Akademisi Derneği Yayınları, 2011, s. 323 – 348.
Mahmutoğlu, Fatih Selami; Karadeniz, Serra:	Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi , İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.

Malkoç, İsmail:	Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar , Ankara, Malkoç Kitabevi, 2009.
Memiş Kartal, Pınar:	Cinsel Saldırı, (Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-) , On İki Levha Yayıncılık, 2017.
Memiş Kartal, Pınar:	Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı , İstanbul, Der Yayınları, 2014.
Mumcu, Ahmet:	"Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?", Köksal Bayraktar'a Armağan, C.I , Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No:1, 2010, ss. 261 – 270.
Namlı, Zeynep; Karakuş, Gonca; Tamam, Lut; Demirkol, Mehmet Emin:	"Bipolar Bozuklukta Cinsellik ve Cinsel İşlev Bozuklukları", Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C.8, No:4 , 2016, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, ss. 309 – 320.
Nişancı, Doğukan:	"6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", TBB Dergisi , Yıl: 28, No:120, Eylül – Ekim 2015, ss. 209 – 260.
Nuhoğlu, Ayşe:	"Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku", Köksal Bayraktar'a Armağan, C.1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , No:1, 2010, s. 287 – 301.
Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay – Özdemir, Saibe:	Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) , 10. bsk., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
Olzen, Dirk:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB , c.IX, 6. Baskı, Münih, Verlag C.H. Beck, 2012.
Önder, Ayhan:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
Özbek, Veli Özer:	"Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", CHD , Yıl: 2, No:4, Ağustos 2007, ss. 223 – 246.
Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , 3. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.
Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , 7. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.
Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
Özgenç, İzzet:	Genel Hükümler , 11. Baskı, Ağustos 2015.
Özgenç, İzzet:	Suçta İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik , İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, 1993.
Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan:	Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku , 15. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, Ekim 2015.
Özkul, Fatih; Ernalbant, Mustafa:	"Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi", Yargıtay Dergisi , C.XLII, No:3, Temmuz 2016, 461 – 510.
Özmen, Remzi:	"Çocukların Cinsel İstismarı" Suçunun Yasal Evrimi", Terazi Hukuk Dergisi , C.XII, No:16, Şubat 2017, s. 146 – 148.
Polat, Oğuz:	Çocuk Pornografisi , 1. bsk., İstanbul, Nokta Kitap Yayınevi, Mart 2007.
Polat, Oğuz; Alay, Cemal:	"Pedofili Nedir, Ne Değildir?", Türkiye Biyoetik Derneği Bildiri Özetleri Kitabı , İstanbul, Ekim 2012, 134 – 136.
Puppe, Ingeborg:	Strafrecht Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung , 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.
Rohleder, Christiane:	Die Folgen des Wegfalls der fortgesetzten Tat bei sexuellem Mißbrauch: zugleich ein Beitrag zu den Anforderungen an die Konkretisierung der Tat(en) in Anklage und Urteil , Berlin, Verlag Duncker & Humblot, 2001.
Eisele, Jörg; Schönke, Adolf; Schröder, Horst:	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar , 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014.
Schroeder, Friedrich-Christian:	"Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB", Neue Juristische Wochenschrift , Heft 23, Verlag C.H. Beck, 47.

	Jahrgang, 1994, s. 1501 – 1504.
Soyaslan, Doğan:	Ceza Hukuku Özel Hükümler , 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010
Sözüer, Adem:	“Tehdit Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , Yıl: 1994, C.LIV, No:1-4, s. 125 – 146.
Sözüer, Adem:	Suçta Teşebbüs , İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.
Şen, Ersan:	“Cinsel İstismarın İhmalî Davranışla İşlenmesi”, (Çevrimiçi) http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1925228-cinsel-istismarin-ihmal-i-davranisla-islenmesi , 17.04.2017.
Şimşek, Alahattin:	“Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, CHD , Yıl: 10, No:28, Ağustos 2015, ss. 309 – 359.
Taner, Yasemin; Gökler, Bahar:	“Çocuk İstismarı ve İhmalî: Psikiyatrik Yönleri”, Hacettepe Tıp Dergisi , C.XXXV, No:2, 2004, s. 82 – 86.
Taşkın, Ozan Ercan:	“Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu”, TBB Dergisi , No:79, 2008, ss. 61 – 72.
Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat:	Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku , Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015.
Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat:	Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku , Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016.
Toroslu, Nevzat:	Ceza Hukuku Özel Kısım , Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
Üzülmez, İlhan:	“Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları (TCK. m. 421)”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl: 22, No:2, İstanbul 2002, s. 999 – 1038.
Üzülmez, İlhan:	“Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XI, No:1,2, 2007, s. 1183 – 1210.
Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut:	Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau , 43., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013.
Yalçın Sancar, Türkan:	“Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, AÜHFD , C.LI, No:3, 2002, 1 – 25.
Yenerer Çakmut, Özlem:	“Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu”, GSÜHFD , No:1, Beta Yayınevi, 2016, ss. 3 – 22.
Yenisey, Feridun; Plagemann, Gottfried:	Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB) , İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
Yokuş Sevük, Handan:	“5237 Sayılı Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi , Yıl: 18, Sayı: 57, Mart – Nisan 2005, ss. 243 – 282.
Yokuş Sevük, Handan:	“Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi , No:57, 2005, ss. 243 – 282.
Zafer, Hamide:	Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 , 6. bsk., İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2016.
Ziegler, Theo; v. Heintschel-Heinegg, Bernd:	Beck'scher Online Kommentar StGB , 31. Edition, 01.06.2016.
	“Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” ve “Aile Düzenine Karşı Suçlar” Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı”, TBB Dergisi , Yıl: 28, No:122, Ocak – Şubat 2016, s. 436 – 458.
	“OLG Hamm: Sexueller Missbrauch von Kindern durch WhatsApp-Nachricht”, MultiMedia und Recht , Heft 6, 2016, s. 425.
	Türk Ceza Kanunu Reformu -I- Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli , Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ağustos 2004.
	Türkçe Sözlük , 7. bsk., Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1983.
	Türkçe Sözlük , C.I, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1988.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.bdk.de>

<https://www.bundestag.de>

<http://www.cocukhaklariizleme.org>

<https://dejure.org/gesetze/StGB>

<https://www.destatis.de>

<http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>

<http://www.kazanci.com>

<http://lexetius.com/StGB>

Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi orijinal İngilizce metni
<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 02.10.2016

Türkçe metni

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf, 02.10.2016

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem: 22,
Yasama Yılı: 2, (Çevrimiçi)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, 25.10.2016

Dünya Sağlık Örgütü istismar tanımı;

(Çevrimiçi) http://www.who.int/topics/child_abuse/en, 31.05.2017

1999 WHO Consultation on Child Abuse Prevention

http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf,
24.04.2017